

Arbitragem: os possíveis entraves à eficácia do procedimento arbitral

Priscila Monteiro Pereira *

Resumo

O presente trabalho, longe de pretender resvalar em críticas obsoletas ao sistema arbitral delineado pela legislação em vigor, almeja alertar para a existência de alguns entraves que, se utilizados perniciosamente, podem atravancar o procedimento arbitral, impedindo que ele preencha o nobre objetivo de viabilizar o acesso à justiça mediante a outorga célere e simplificada da prestação jurisdicional. A partir da interceptação das falhas e lacunas, pretende-se desvendar soluções aptas a cerceá-las preventivamente, sem olvidar a grandiosidade da legislação pátria e a sua contribuição para o revigoramento do instituto arbitral em nosso país.

Palavras-chaves: Arbitragem – Incidentes procedimentais – Celeridade

1. Introdução

A entrada em vigor da Lei N°9307/1996 contribuiu para despertar profunda reflexão acerca dos métodos extrajudiciais de outorga da prestação jurisdicional, tendo propiciado a revitalização do fenômeno arbitral. Até então pouco afeitos à solução arbitral, os operadores jurídicos pátrios abandonaram o rígido apego ao formalismo para desafiar postura inovadora, perfilhando na arbitragem um modelo de resolução de controvérsias idôneo a atender à missão de pacificação social e a equacionar adequadas soluções às demandas judiciais. O arraigado descrédito no instituto arbitral em nosso país não mais se justificava diante do quadro de insatisfação social para com as mazelas e debilidades do sistema judiciário, fazendo-se mister envidar alternativas aptas a garantir o acesso à justiça de forma efetiva.

A grande tarefa empreendida ao longo da primeira década de existência da lei de Arbitragem foi a de persuadir os operadores jurídicos e a sociedade em geral de que o recurso à solução arbitral em nada ofende a soberania do Poder Judiciário, nem obsta ao direito à tutela jurisdicional, sendo inarredável o reconhecimento da idoneidade do método arbitral para contornar as imperfeições do processo convencional e para ofertar resposta célere, segura e eficaz aos conflitos.

Os primeiros anos de vigência da lei foram acompanhados de polêmicas e questionamentos que ocasionaram o emperro da prática arbitral. O debate foi levado à apreciação do STF, o qual repugnou acertadamente as posições que sustentavam a inafastabilidade do controle jurisdicional e a universalidade da jurisdição do Poder

Judiciário. Ao dizer do Procurador da República, o procedimento arbitral não só é “lícito e constitucional”, mas é também “recomendável”, diante do acúmulo e do formalismo excessivo dos processos judiciais.

Por fim, pacificado o entendimento em prol da constitucionalidade da lei de Arbitragem, a batalha continua a impor desafios, sendo um desconcerto constatar o ceticismo, e não raro o desconhecimento que ainda permeia a sociedade em geral, e os operadores do direito em especial.

Não se pode olvidar o papel fundamental a ser desempenhado pelo advogado, sendo imprescindível a compreensão das especificidades do mecanismo da arbitragem, de molde a evitar o uso pernicioso de expedientes que travanquem o procedimento arbitral.

De fato, como se verá a seguir, a lei de Arbitragem perfilha algumas questões incidentais ensejadoras de suspensão do procedimento arbitral, as quais, se utilizadas com propósito protelatório, podem resvalar em despicienda morosidade da arbitragem.

2. Cláusula compromissória e compromisso arbitral

Para a melhor compreensão do tema proposto, impõe-se delinear a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. Ambos representam a manifestação de vontade dos interessados no sentido de submeter suas controvérsias ao mecanismo arbitral. Trata-se de opção voluntária e irrevogável, que tem o condão de afastar a discussão do conflito da seara do Poder Judiciário. Assim, ao celebrar a cláusula ou o compromisso, estarão as partes encerrando uma preferência que não comporta repensamento unilateral, cabendo porém o distrato de comum acordo entre as partes.

Por meio da cláusula compromissória inserida em contrato ou outro instrumento particular, as partes projetam para o futuro o recurso à arbitragem. No momento em que dispõem a cláusula, não sabem sequer se existirá algum conflito, mas desde então se comprometem a instituir a arbitragem quando a eventualidade se averiguar, declinando a matéria que será objeto da arbitragem. Por sua vez, o compromisso tem cabimento somente quando o litígio já surgiu e as partes, já de conhecimento do teor da controvérsia, optam por solucioná-la via arbitragem.

A Lei 9307/96 contribuiu para o fortalecimento da cláusula compromissória, pois até então esta não era juridicamente vinculante, sendo comum a atitude de um dos contratantes desprezá-la, descumprindo a promessa de fazer arbitrar a controvérsia. Ademais, a contraparte não encontrava respaldo no Poder Judiciário, pois os Tribunais brasileiros não raro solapavam a legitimidade da cláusula, admitindo que a parte optasse pela resolução do conflito perante o Judiciário. O descrédito da cláusula era motivo de insegurança jurídica e redundou no desuso da mesma, acarretando o desprezo pelo instituto arbitral.

Esta situação veio a modificar-se somente com a Lei de Arbitragem, a qual previu expediente processual expreso para a hipótese de recusa da instauração da arbitragem por uma das partes (art. 7º. Lei 9307/96). Neste sentido também anovera-se o art. 301 do código de processo civil, o qual inclui no rol das preliminares da contestação a alegação de existência de prévia convenção de arbitragem, fato que obsta ao seguimento do feito, por se tratar de preliminar peremptória, que não enseja oportunidade de sanatória do vício. Diante da alegação, urge ao juiz extinguir o processo sem julgamento do mérito, remetendo as partes ao juízo arbitral.

A Lei da arbitragem trouxe ulterior contribuição digna de nota. Antes de sua entrada em vigor, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que a sentença arbitral não era dotada de força vinculante, fazendo-se necessária a sua homologação pelo Poder Judiciário. Este expediente retirava à arbitragem o que ela tinha de melhor: custo, celeridade e sigilo. Com a lei 9307, a exigência homologatória não mais se faz presente, tendo a lei, em seu art. 31, vislumbrado a equiparação da sentença arbitral com a sentença judicial, ao dispor 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”.

Com a eliminação destes problemas, a lei 9307 equacionou mecanismos aptos a imprimir a revitalização da arbitragem naquela que já fora apontada pelo renomado arbitralista francês René David como sendo uma “ilha de resistência à arbitragem”.

3. Primeiro percalço: A resistência à instituição da arbitragem

Depreende-se do art. 6º. da Lei 9307/1996 que a estipulação da cláusula arbitral constituirá medida apta a assegurar a instauração do juízo arbitral somente se adequadamente redigida. Far-se-á necessária a posterior celebração do compromisso toda vez que a cláusula não contiver os elementos necessários à instituição da arbitragem, tais como a nomeação do(s) árbitro(s), a descrição do objeto da lide a ser arbitrada, o prazo para que a sentença arbitral seja proferida, as normas procedimentais a serem adotadas, dentre outras. Em tal caso, a celebração do compromisso arbitral terá por finalidade complementar a cláusula compromissória, quando esta for do tipo “vazia”.

Por conseguinte, se uma das partes se demonstrar recalcitrante em lavrar o compromisso arbitral integrador da cláusula compromissória sucintamente convencionada, restará à contraparte propor demanda perante o Poder Judiciário, a fim de obter a celebração do compromisso, com designação do seu conteúdo. Quando não for possível estabelecer o teor do compromisso de comum acordo entre as partes, caberá ao juiz decidir sobre o seu conteúdo, respeitadas as disposições constantes da cláusula compromissória e os requisitos obrigatórios do compromisso, contemplados no Art. 10 da Lei 9307.

O expediente acima descrito traz o inconveniente de submeter as partes ao Judiciário desde a primeira tentativa de instauração do juízo arbitral, sendo bastante que uma delas não mais visualize interesse a que a controvérsia seja decidida por arbitragem, ou proceda com o manifesto propósito de obstruir a ágil celebração do procedimento arbitral, para que o instrumento de tutela concebido pelo art. 7º. assumia caráter nítidamente protelatório. Cabe ainda ressaltar que a sentença que julga procedente o pedido está sujeita a recurso, não podendo ser afastado o princípio do duplo grau de jurisdição às demandas apreciadas pelo Judiciário.

A intervenção judicial faz-se desnecessária, como apontado acima, nas hipóteses de cláusula compromissória “cheia”, conforme entendimento jurisprudencial. Nesse sentido, citamos a Ap. 296.036-4, de 17.12.2003, do TJSP:

“ARBITRAGEM – Compromisso arbitral – intervenção judicial – Desnecessidade – Cláusula compromissória estabelecida pelas partes do tipo “cheia”, na qual os contratantes elegem o órgão arbitral e se obrigam a aceitar as normas por ele impostas, preexistentes e de pleno conhecimento dos envolvidos – Inaplicabilidade do art. 7 da Lei 9.307/96”

Com vistas a evitar tais mazelas, as partes deverão dotar-se de cláusulas compromissórias exaustivas, que afastem a necessidade de amparo judicial para o preenchimento das lacunas da cláusula pactuada.

4. Segundo percalço: A extinção do compromisso arbitral

Nova possibilidade de paralisia do procedimento arbitral ocorre em caso de impedimento, recusa ou falecimento de árbitro escolhido pelas partes.

A morte ou o impedimento do árbitro impossibilita a execução da função para a qual ele foi escolhido. Tratando-se de prestação de serviços personalíssima, contraída *intuitu personae*, poderíamos afirmar que a sua morte impede que possa ele ser substituído por outrem. Porém, tal conclusão levaria a uma parálise do procedimento arbitral toda vez que o árbitro se desse por impedido, fosse recusado pela contraparte, ou em caso de falecimento.

Diante de tais eventualidades, é possível conjecturar três situações: a de omissão do compromisso quanto à possibilidade de designação do substituto; a de permissão e nomeação do substituto, o qual já se encontra designado na própria cláusula; e finalmente a de vedação expressa da substituição.

As duas últimas hipóteses não ensejam problemas, tendo em vista a previsão expressa divisada no compromisso. A autorização expressa, com prévia indicação do substituto, simplifica sobremaneira a solução do incidente, sendo indiscutível e automática a substituição do árbitro pelo substituto designado na cláusula. Já a proibição expressa tem o condão de extinguir o compromisso arbitral, conforme apontado no art. 12, incisos I e II, com conseqüente paralisação da arbitragem, a qual não poderá ter continuidade, em virtude de uma causa impeditiva originada por vontade das próprias partes. Nada dispondo o compromisso, deverão as partes chegar a um acordo no que tange à nomeação do substituto. Em caso de discordância, não há que se falar em extinção do compromisso arbitral, porquanto o artigo 12 coaduna-se exclusivamente às hipóteses de vedação expressa, não sendo admissível interpretação extensiva do dispositivo, sob pena de restar comprometida a continuidade do juízo arbitral e a exigência de preservação do pacto compromissório.

Recusando-se uma das partes a colaborar, mas tendo o compromisso feito referência a uma entidade arbitral especializada, adotam-se as regras predispostas pela entidade no que tange à substituição. Nada dispondo o compromisso arbitral nesse sentido, deverá a parte interessada recorrer ao Poder Judiciário, em obediência ao art. 16, par. 2º., competindo ao magistrado buscar o acordo entre as partes, e, na ausência deste, estatuir a respeito, nomeando substituto que dê prosseguimento ao feito arbitral rumo à solução do litígio.

As situações descritas encerram incidentes procedimentais propiciadores de intervenção judicial, sendo bastante que uma das partes recuse o árbitro nomeado pela outra parte, ou se oponha à nomeação de substituto ao árbitro escolhido, mas impossibilitado para o exercício da função (em razão de impedimento, doença ou falecimento), uma vez mais ensejando a paralisia do andamento arbitral.

Faz-se, portanto, necessário que a cláusula ou o compromisso contenha autorização expressa da substituição e desde logo indique o árbitro substituto que dará

prossequimento ao feito, de forma a simplificar a solução do incidente e evitar que eventuais discordâncias venham a ser dirimidas no âmbito judicial.

5. Terceiro percalço: controvérsia de indisponibilidade

A intervenção do Judiciário para solucionar questões incidentais ao feito arbitral poderá, ainda, ocorrer, quando pairar dúvidas quanto à qualificação do direito controvertido. É sabido que a arbitragem está adstrita à solução de controvérsias relativas exclusivamente a direitos disponíveis. No entanto, a determinação do que é ou não disponível nem sempre é de fácil constatação, podendo haver incertezas quanto à natureza do objeto da lide.

Antevendo a possibilidade de controvérsia a tal respeito, a lei de Arbitragem prognosticou solução semelhante às ilustradas em precedência, transferindo ao Poder Judiciário a incumbência da decisão. Cabe ao órgão estatal, portanto, estabelecer se o direito controvertido é suscetível de apreciação na seara arbitral, ou se, por apresentar natureza indisponível, deverá ser submetido a julgamento perante o órgão jurisdicional.

A solução prevista conduz à suspensão do feito arbitral por tempo indefinido, colocando a arbitragem à mercê da morosidade judicial, vez que a solução da questão prejudicial deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão.

O desacerto do mecanismo adotado é manifesto, por atentar contra a notável tentativa de agilização da resolução dos conflitos, retirando da arbitragem primado que lhe é peculiar e inofismável: a celeridade. Ademais, a decisão sobre a natureza do litígio poderia ser de alçada do próprio árbitro. Ao retirar-lhe competência para decidir a controvérsia de indisponibilidade, a lei deixou escapar valiosa oportunidade para fortalecer o papel dos árbitros, vez que se estes foram escolhidos pelas partes por seu conhecimento especializado sobre a matéria objeto da lide, são os mais indicados para deliberar sobre a natureza do direito controverso.

6. Quarto percalço: alegação de nulidade da sentença arbitral

Por fim, a lei em comento vislumbra ulterior hipótese de intervenção do Judiciário no deslinde arbitral. É notório que a sentença arbitral não admite recurso, sendo improfícua qualquer arguição que vise à reforma da sentença arbitral. O princípio do duplo grau de jurisdição não se coaduna com o instituto da arbitragem, tendo em vista o propósito de presteza e eficácia deste meio de composição de controvérsia. Repugna à essência da arbitragem a admissibilidade de reexame do mérito decisório, e não obstante as pungentes críticas movidas contra a imutabilidade da sentença arbitral, prevalece nas legislações nacionais modernas, bem como nas convenções internacionais, a regra da irrecorribilidade da sentença arbitral, estando ademais afastada a possibilidade de homologação ou recurso perante o Poder Judiciário.

Assim sendo, a sentença arbitral é dotada de força obrigatória e, por não desafiar recurso ou apelação, é definitiva e faz coisa julgada entre as partes, valendo como título executivo.

Entretanto, é imperioso reconhecer que a sentença arbitral, como qualquer ato jurídico, pode apresentar vícios graves que maculem a coisa julgada e que urgem ser reparados. Tal como no processo civil, a decisão arbitral não escapa à ação declaratória de nulidade, inclinada a reparar a injustiça da sentença definitiva.

Consoante assevera Theodoro Junior¹, “a sentença, tal como ocorre com qualquer ato jurídico, pode conter um vício ou uma nulidade. Seria iniquidade privar o interessado de um remédio para sanar o prejuízo sofrido. É por isso que a ordem jurídica não deixa esse mal sem terapêutica”.

Assim, tal como ocorre no processo civil, também a decisão arbitral não escapa à ação declaratória de nulidade, inclinada a reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando “o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela *res iudicata*”²

A lei de Arbitragem enumera as hipóteses em que o ato terminativo do procedimento arbitral poderá ser afastado por motivo de nulidade, designando o Poder Judiciário para a apreciação da ação anulatória. Cabe salientar que não se trata de recurso, pois a impugnação em tela não se justifica pela inconformidade com o mérito da demanda, mas remete-se a vícios de natureza procedimental, conforme pode ser extraído do rol taxativo disposto no art. 32 da Lei de Arbitragem. O pleito de declaração de nulidade deve ser diligenciado dentro do prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

Dois são os efeitos da decretação da nulidade pelo Poder Judiciário. Nas hipóteses de nulidade do compromisso; de sentença emanada por quem não podia ser árbitro (casos de impedimento); ou ainda, de sentença proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; exarada fora do prazo, ou com desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade, da imparcialidade ou do livre convencimento, caberá a declaração da nulidade da sentença arbitral, estando ela eivada de defeito impassível de convalidação. Assim sendo, a decisão que acolhe o pedido tem o condão de desfazer o procedimento arbitral e a autoridade da sentença transitada em julgado. Não cabe, porém, ao Poder Judiciário, completar o julgamento, decidindo a controvérsia. Cumpre às partes instaurar novo procedimento arbitral, ora nomeando novos árbitros, ora reformulando o compromisso arbitral outrora eivado de nulidade (a plausibilidade desta solução dependerá da pré-existência de cláusula compromissória válida. A ausência torna improsperável a solução arbitral, por inexistir manifestação de vontade explícita a favor da arbitragem).

As demais hipóteses do artigo 32 possibilitam ao juiz determinar a supressão das omissões contidas na sentença, requerendo que o árbitro profira novo laudo. Trata-se de hipóteses de anulabilidade, em que o ato pode ser “escoimado do vício de que padecia”³. São elas: sentença não contendo os requisitos obrigatórios ventilados no art. 26; sentença articulada fora dos limites da convenção de arbitragem e sentença que não se pronuncia integralmente sobre o litígio submetido à arbitragem. Constatada a incompletude da sentença arbitral, o mesmo árbitro que a proferiu deverá diligenciar a sua integração, colmando as lacunas apontadas pelo Judiciário ou julgando em sintonia com o disposto no compromisso arbitral.

Como foi possível constatar, a irrecorribilidade da sentença arbitral não afasta a possibilidade de sindicância da decisão, quando presentes vícios processuais que afetem gravemente a decisão, tornando-a nula ou anulável. Embora o mérito da decisão arbitral

¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.591.

² *Idem*, p.592.

³ STOLZE GAGLIANO e PAMPLONA FILHO. **Novo Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.408.

não possa em nenhuma hipótese ser rediscutido, a sentença não prevalecerá se eivada de um dos defeitos ensejadores de invalidação, cabendo ao Judiciário a sindicância da invalidade da sentença arbitral.

O expediente em comento, se utilizado com moderação e cautela, justifica-se pela exigência de garantir a idoneidade e a justiça do procedimento arbitral, sendo reprimível o seu manuseio por quem detém atitude inconformista ou protelatória, com supedâneo em insurgências paliativas que atentam contra a essência do instituto arbitral.

7. Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que a lei de Arbitragem, no intuito de dar solução a possíveis impasses à continuidade do feito arbitral, acabou por permitir repetidas ingerências do Judiciário para decidir os incidentes suscitados no curso do procedimento, bem como na fase pós-arbitral, tornando-a refém da tão temida e combatida morosidade.

A prática destes mecanismos caminha em sentido oposto aos ideais que permeiam a arbitragem, coroando-a como instituto eficiente e viável. Evidencia-se, de tal forma, a debilidade do sistema, ao dotar-se de expedientes que acarretam o aprisionamento do procedimento arbitral, tornando-a refém das mazelas do Judiciário.

A garantia do bom êxito da arbitragem dependerá em grande parte do comportamento das partes envolvidas e daqueles que as assessoram. Enquanto o avanço legislativo não se verificar, no sentido de conceder maiores poderes aos árbitros, põe-se sobranceira a elaboração de convenções arbitrais exaustivas e adequadas, bem como a conscientização dos operadores jurídicos, no sentido de que a arbitragem não se coaduna com posturas de caráter procrastinatório, devendo imperar espírito conciliador que preze pelos ideais da celeridade e da eficácia da decisão outorgada.

* Mestre em Direito Internacional pela *Università degli Studi di Verona*, Itália; Professora de Direito Civil e Direito Internacional Privado na Faculdade Estácio de Sá de Santa Catarina. Membro da Corte Catarinense de Arbitragem .

Disponível em:

http://dornier.sc.estacio.br/portal/component/option,com_docman/task,cat_view/gid,145/Itemid,277/limit,20/limitstart,0/order,name/dir,ASC/

Acesso em: 11 de Março de 2008.