

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, 361p.

Carlos Alberto Carmona é doutor em Direito Processual Civil e Professor de Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de Mackenzie. Especializou-se em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Nápoles (Itália). É membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e da *Internacional Association of Procedural Law*. Participou da comissão relatora do anteprojeto de Lei de Arbitragem, composta em 05.11.91, ao lado de outros dois escóis processualistas: Selma Maria Ferreira Lemes e Pedro Antônio Batista Martins. Daí o reconhecimento do indiscutível esmero científico de Carlos Alberto Carmona, podendo-se lhe atribuir o afável prosônimo “pai intelectual da arbitragem no Brasil”, à altura de seus méritos.

Sempre alerta aos anseios da comunidade jurídica, o autor publica em 1993 a obra *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*, ainda sob a égide do vetusto Código de Processo Civil. Elenca os diversos sistemas jurídicos estrangeiros e os anteprojetos até então soçobrados no Legislativo pátrio. Através da obra, marcada pelo ineditismo no trato da matéria, até então descuidada no Brasil, lançam-se as bases para um grande desafio - trazer a lume a arbitragem como um mecanismo célere, seguro, econômico e privado, de solução de controvérsias, nacionais e internacionais.

Nesta obra, Carlos Alberto Carmona enfrenta o instituto da arbitragem com o extremo cuidado e absoluta ousadia com que executou a primeira obra, agora sob o arrimo da Lei 9.307, publicada em 23.09.96. Em primeiro plano, inspira-nos a conhecer as linhas mestras da Lei, a saber: a) prestígio ao princípio da autonomia da vontade; b) dispensa do discrimen entre cláusula compromissória e compromisso arbitral; c) previsão de execução específica da cláusula compromissória, em juízo estatal, em caso de resistência da parte na instituição do juízo arbitral; d) natureza jurisdicional da arbitragem; e) natureza jurídica privada (ou paraestatal) das funções do árbitro; f) inexistência de afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição estatal; g) equiparação do árbitro ao funcionário público, para fins de responsabilidade penal, sem prejuízo da responsabilidade civil; h) substituição do árbitro nos casos de falecimento,

impedimento e suspeição; i) eficácia sentencial à decisão do árbitro, sendo despicienda a homologação judicial; j) inafastabilidade do juízo estatal, eis que a execução da decisão arbitral condenatória dar-se-á por meio da ordem executória (ordenamento ou *exequatur*) emanada do Poder Judiciário; j) previsão de embargos de declaração da sentença arbitral e possibilidade de impugnação na justiça estatal; l) competência do Excelso Pretório para o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, não se exigindo a prévia homologação pelo Poder Judiciário do país de origem, no qual foi proferido.

Logo após, empenha-se palmilhando artigo por artigo da referida lei, utilizando a perspicácia que lhe é íntima.

No primeiro capítulo, esboça os contornos básicos do instituto. Em oportunas palavras, Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem como “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios” (p. 43). É pois “meio heterocompositivo de solução de controvérsias” (p. 44) e alternativo, se tomado como referência o processo estatal. A seguir, delinea o alcance da terminologia “direito material disponível”, empregada pelo legislador como limitação das matérias a cujo respeito os litigantes podem submeter à arbitragem, e traça considerações a respeito da capacidade de firmar a convenção da arbitragem. Por último, enfatiza a permissibilidade dos juízos de arbitragem fundados em lei e em equidade, estabelecidos os bons costumes e a ordem pública como freios à autonomia da vontade dos contendores.

Num segundo momento da obra, no capítulo *Da convenção da arbitragem e seus efeitos*, o autor enfrenta, com aguçada sagacidade, a problematização em torno da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Sem titubeios, o autor transporta a concepção do direito francês, concretizada agora no art. 4º, da nova Lei, sobre a qual já se proferiu voto no sentido de considerá-lo inconstitucional, sob a alegação de que a cláusula compromissória é manifestação de vontade das partes incompleta, com objeto do litígio indeterminado, de tal maneira que dar-se a tal declaração de vontade a eficácia de compromisso arbitral - ainda que por ato de juiz togado - seria violar o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça de direito. Aponta o autor que a inconstitucionalidade argüida há de ser refutada: a simples convenção, em cláusula, de futura instituição de juízo arbitral tem a mesma eficácia que o compromisso

arbitral firmado após o advento da lide e, por si só, afasta a atividade jurisdicional estatal. Se é certo que o objeto da contenda, no momento da celebração da cláusula compromissória, é indeterminado (melhor, inexistente, pois no momento em que a cláusula é inserida em determinado contrato litígio nenhum há), também é certo que o objeto é perfeitamente determinável, cabendo ao juiz togado estabelecer os elementos do compromisso, em havendo resistência ou discordância na instituição do juízo arbitral. Assim, o juízo arbitral pode ser instituído com base em cláusula compromissória, dispensada a formalidade do compromisso.

Ademais, justifica que a tendência do processo civil coetâneo, a exemplo da Espanha, Bélgica e Inglaterra, é atribuir à cláusula arbitral o mesmo efeito do compromisso para a instituição da arbitragem. Primou também o legislador brasileiro (art. 7º, §§6º e 7º) em estabelecer mecanismos hábeis em caso de descumprimento de prévio acordo de firmar o compromisso, por resistência de uma das partes. Na falta de acordo, o compromisso arbitral passa a ser um contrato imposto por sentença judicial, significando uma execução de um provimento estatal com eficácia constitutiva. Preferiu-se a uniformização dos efeitos do compromisso arbitral e da cláusula compromissória à caracterização da cláusula compromissória como um mero pacto preliminar, sem eficácia qualquer. Se o conteúdo é indeterminado, é ao menos, determinável.

Segue Carlos Alberto Carmona destrinchando, minuciosamente, a função do árbitro: quem pode ser, número, métodos de seleção, requisitos para o desempenho da função, exceções de suspeição e impedimento, recusa e escusa, obstáculos ao exercício da função, nomeação de substituto, remuneração e responsabilidades criminal e civil do árbitro.

Ao depois, apresenta o procedimento arbitral, que, em sumária exposição é o seguinte: a arbitragem considera-se instituída quando a nomeação for aceita pelo árbitro ou por todos, se forem vários. À semelhança do processo civil tradicional, a instauração da arbitragem trará o efeito da interrupção da prescrição, fará litigiosa a coisa e induzirá a litispendência. O rito a ser obedecido é o definido pelas partes na convenção arbitral, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda; às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. As questões relativas aos pressupostos processuais (competência, suspeição ou impedimento de árbitro(s) ou nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, deverão ser argüidas pela parte na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos, sob pena de preclusão. Respeitam-se os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros, do livre convencimento e da fundamentação da sentença arbitral.

Como a jurisdição privada admite apenas a formação de processo de conhecimento de natureza declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva *lato sensu*, ficam excluídos os executivos *stricto sensu* e *cautelares*. É, pois, aqui que o autor investe com afinco: o árbitro pode determinar medidas cautelares? “Antes mesmo da nova Lei tive a oportunidade de afirmar que o árbitro não tem poder de coerção, mas cabe a ele decretar a medida cautelar, que será executada pelo juiz togado. Havendo necessidade de tutela cautelar, a parte interessada na concessão da medida deverá dirigir-se ao árbitro (e não ao juiz togado), formulando seu pedido fundamentadamente; o árbitro, considerando estarem demonstrados o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, concederá a medida cautelar. [...] se [...] caracterizar-se resistência, o árbitro solicitará o concurso do juiz togado, não para que este determine se é caso ou não de conceder-se a medida pleiteada, mas apenas e tão-somente para concretizá-la (ou executar a medida, na terminologia empregada, atecnicamente, pelo Código de Processo Civil)” (p. 215). Admite-se apenas a tutela estatal para atender pretensão em caráter de urgência quando ainda não instituído o juízo arbitral (art. 22, §4). Entrementes, o árbitro apesar de deter jurisdição conferida pelos litigantes para decidir a lide principal e acessória, não detém o poder de fazer valer a sua decisão de maneira coercitiva. Após o deferimento da tutela de urgência e verificado o não cumprimento espontâneo da medida, o árbitro ou presidente do tribunal oficiará o órgão do Poder Judiciário, que seria originariamente competente para julgar a causa, solicitando que dê efetividade à medida já concedida. Também não há obstáculo para que o árbitro também possa antecipar tutela, se instado pela parte interessada, cabendo ao juiz togado as providências para a efetivação do provimento, se for necessário.

Em capítulo separado, destaca a sentença arbitral, fazendo um estudo pormenorizado dos requisitos essenciais da sentença arbitral, da decisão majoritária e da declaração do voto vencido, do prazo para apresentação do laudo, das custas e despesas com a arbitragem, tangenciando também a litigância de má-fé. Destaca, outrossim, dois pontos sacros: a) a sentença arbitral haverá de produzir entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença que seria proferida pelo juízo estatal, fazendo coisa julgada material, independentemente de homologação pelo Estado-juiz. No plano da eficácia, a sentença condenatória gera título executivo judicial, que faculta ao vencedor utilizar-se da execução forçada no juízo estatal, caso o vencido não satisfaça espontaneamente a prestação; b) ressalvadas as hipóteses de embargos de declaração, ação declaratória de nulidade e embargos à execução, ou a efetivação de medidas cautelares já concedidas pelo árbitro ou tribunal arbitral, além de outras coercitivas, da

sentença proferida não caberá qualquer outro tipo de recurso ou meio de impugnação, nem mesmo poderá passar pelo controle do Poder Judiciário para fins de homologação (art. 18). A Lei de Arbitragem excluiu qualquer outra possibilidade de recurso ou revisão da sentença pelo Poder Judiciário, descartando, inclusive, a homologação da sentença exigida no regime do Código de Processo Civil de 1973.

No sexto tópico, o autor enfrenta a questão do reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. História que, até o advento da Lei da Arbitragem, o Pretório Excelso exigia para a admissibilidade do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira que ela houvesse sido preliminarmente homologada pelo Poder Judiciário do país de origem, no qual foi proferido. Criou-se um impasse: muitos países já não mais exigiam a submissão das sentenças arbitrais à homologação do Poder Judiciário. Assim, as decisões desses países eram juridicamente impossíveis de ser executadas no Brasil. Pouco a pouco o chamado sistema da dupla homologação perdeu espaço para uma segunda corrente, que determina que a sentença estrangeira seja trazida diretamente ao conhecimento do tribunal local, sem a necessidade de prévio exame pelo Poder Judiciário do país de origem. Remata o autor que a Lei de Arbitragem extirpou a chamada dupla homologação, e a competência para a homologação de sentença estrangeira é privativa do Supremo Tribunal Federal, sendo esta a única exigência para a sua execução no Brasil.

Encerra o autor sua exposição apresentando os dispositivos do Código de Processo Civil que sofreram alteração com a vigência da Lei de Arbitragem: a) o art. 267, inciso VII (extinção do processo sem julgamento de mérito), sofreu uma adaptação - substituiu-se a expressão compromisso arbitral por convenção de arbitragem, expressão mais ampla, que engloba a cláusula arbitral; b) o art. 301, IX (preliminar de contestação) também introduziu a expressão genérica convenção arbitral; c) o art. 584, III, elevou a sentença arbitral à categoria de título executivo judicial; d) o art. 520, VI, atribuiu efeito meramente devolutivo ao recurso de apelação interposto da sentença de procedência da instituição da arbitragem - seguiu o legislador a tendência do processo civil contemporâneo, sobretudo da Comissão Reformadora do Código de Processo Civil (composta pelos Ministros Sálvio Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro), no sentido de dar a esta decisão apenas o efeito devolutivo, invertendo-se a regra dos efeitos a serem concedidos ao recurso de apelação (a apelação passa a ter, como regra geral, somente efeito devolutivo, e por exceção, diante de necessidade de evitar danos irreparáveis, também o efeito suspensivo).

É inevitável não enxergar a arbitragem como um instrumento fruto do movimento acesso à justiça. Ressalta Cappelletti¹ que o movimento de acesso à justiça foi, por várias décadas, manifestação importante de novo enfoque tanto da ciência jurídica quanto da reforma legislativa em muitos países do mundo. De início, preocupou-se com a superação do obstáculo econômico, criando-se expedientes como a assistência judiciária e a minimização das custas processuais. A segunda onda centrou na mitigação da chamada pobreza organizacional, que não tem nenhuma relação com a máquina judiciária propriamente dita, mas com as sociedades de massas, fruto da modernização das sociedades. Priorizaram-se os direitos difusos e coletivos, os direitos sociais e das minorias sociais (crianças, deficientes, grupos raciais, idosos, mulheres, consumidores, enfim, o indivíduo fragmentado, que, isolado, inevitavelmente não tem motivação suficiente para iniciar o processo e sustentar-se contra a parte adversa). A terceira onda, pois, detém-se na superação dos obstáculos processuais, com a criação de *mecanismos alternativos* de solução dos conflitos. É, pois, aqui que a arbitragem se insere, a par da ação popular, da ação civil pública, das ações constitucionais, da nova visão sobre a coisa julgada que não mais se restringe aos litigantes, com a inserção dos conceitos de coisa julgada *in utilibus* e *secundum eventus litis*, que extrapolam as partes litigantes.

A arbitragem é, pois, considerada meio alternativo de justiça coexistencial, porquanto não contencioso, mas capaz de assegurar o acesso à justiça.

Sem resquícios de dúvida, o microssistema da arbitragem é fruto da nova tendência do processo civil em criar mecanismos facultativos, eficientes, seguros e céleres à satisfação das pretensões dos jurisdicionados, paralelamente à atividade jurisdicional, sem imiscuir nem mitigar a jurisdição estatal.

A leitura desta obra, verdadeiro luzeiro do tema arbitragem, incita-nos à percepção de uma das novas tendências do direito contemporâneo a que Cappelletti vigilantemente nos alertava ao se referir à *terza onda* de acesso à justiça pela qual o processo civil se encobria.

Érika Harumi Fugie
Mestranda em Direito Civil, Universidade Estadual de Maringá

¹ Cappelletti, M. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Repro*, São Paulo, v. 74, p. 82-97, [s.d.].