

A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM À LUZ DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA E BRASILEIRA

The Legal Nature of Arbitration According to Portuguese and Brazilian Legislation

Bruno Camargo Romanelli¹

ÁREA: Civil. Arbitragem.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar os aspectos da arbitragem, apresentando seus reflexos e atuação perante a jurisdição brasileira, bem como a acepção doutrinária adotada pela mesma. Assim, discorre sobre a ontologia jurídica da arbitragem e seus benefícios, refletindo a necessidade de exercício da mesma, perante a crescente demanda de litígios presentes na sociedade brasileira, globalizada e moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Solução de litígios. Juízo. Litígio. **Árbitro.** Jurídica.

ABSTRACT: This article aims to present aspects of the arbitration, presenting their reflections and actions before the Brazilian jurisdiction, as well as the doctrinal meaning adopted by it. Thus, discusses the legal ontology of arbitration and its benefits, reflecting the need to pursue that, given the growing demand of present disputes in Brazil, and globalized modern society.

KEYWORDS: Arbitration. Dispute resolution. Judgment. Dispute. Referee. Legal.

¹ Mestre em Ciências Jurídicas Forenses pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. CV: <http://lattes.cnpq.br/7525703563191286>.

INTRODUÇÃO

O estudo a ser discorrido no presente artigo aborda o tema da arbitragem sob uma ótica analítica no que tange às suas características essenciais. Além disso, pretende-se demonstrar um breve comparativo entre as legislações portuguesa e a brasileira no tocante à sua natureza jurídica.

Atualmente, a arbitragem vem se afirmando cada vez mais como um molde seguro e eficaz de resolução de litígios extrajudiciais. Nesse sentido, a arbitragem proporciona uma grande economia processual de custos e uma plena intervenção das partes no processo decisório.

A economia global tem sido afetada por diversas crises financeiras, necessitando muitas vezes de resoluções alternativas e rápidas para impasses comerciais. Conforme será demonstrado neste estudo, o uso de meios alternativos para sanar conflitos entre particulares encontra um amparo bastante eficaz na concretização da via arbitral. Assim, na atualidade a arbitragem tem sido reconhecida e exercida amplamente em nível nacional e internacional, tornando-se uma credibilidade jurídica e processual bastante inovadora.

1. CARACTERÍSTICAS ESSENCIAIS DA ARBITRAGEM

A arbitragem é uma forma de solução de litígios, na qual a administração da justiça ficaria submetida a uma convenção entre as partes ou também por interpretação imperativa da lei.

A Arbitragem Voluntária em Portugal é regulamentada pela Lei nº 31/86 em 29 de agosto (LAV) e a arbitragem institucionalizada pelo Decreto-Lei nº 425/86 de 27 de dezembro, sendo ambas do ano de 1986. A criação da legislação arbitral não só visava substituir o tão criticado Decreto-Lei nº 234/84, mas também desvincular toda a desnecessária intervenção dos tribunais judiciais reconhecendo nas partes o poder de forjar soluções dentro dos limites fixados na lei.²

Ao abordar o juízos arbitrais fixados em um contexto histórico, alguns doutrinadores (1995) lembram que “as origens da arbitragem, enquanto meio de composição de litígios, são bem anteriores à jurisdição pública. Em certo mo-

² COLAÇO Magalhes, Isabel- autora da LAV, explicação da autora para criação das leis arbitrais e revogação do antigo Decreto-Lei nº 234/84.

mento, as partes litigantes houveram por bem eleger terceiro que as pacificasse, terceiro este não investido dessa função pelo Poder Público. Pode-se mesmo dizer que a arbitragem foi norma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram que árbitros”³.

Consoante a José Cretela Neto (2004), “arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado, ou autorizados pelos litigantes”⁴.

A definição de litígio utilizada no Direito Internacional foi elaborada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI). Segundo a CPJI, “litígio é o desacordo sobre um ponto de Direito ou um ponto de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas”⁵.

Portanto, o conflito somente torna-se litígio quando uma das partes apresenta reclamação formal perante algum juízo contra a outra. A resolução do litígio ocorre, na maioria das vezes, através da heterocomposição, ou seja, o litígio é decidido por terceiro alheio ao conflito. As espécies de heterocomposição são: a arbitragem e a jurisdição. A jurisdição é um meio de solução do litígio por meio da qual quem decide é um terceiro que tem competência conferida pelo Estado para tanto.

No entanto, uma intervenção mínima ou residual dos tribunais judiciais é a consagração do princípio da autonomia do tribunal arbitral em um dos seus princípios basilares.⁶ A controvérsia é arbitrável quando preenche os requisitos de poder a serem submetidos a uma convenção arbitral.

Dentre os requisitos de validade da convenção arbitral salientam-se a arbitrabilidade, a forma e o conteúdo da convenção⁷.

Quando se fala em arbitrabilidade, tem-se geralmente em vista a natureza do objeto do litígio. Em outras palavras, se esse litígio puder ser sanado sem interferência jurisdicional, trata-se, portanto, de uma arbitrabilidade objetiva.

³ FIÚZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 78.

⁴ NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 11.

⁵ *Concessions Mavrommatis na Palestina*, sentença de 30.08.1924 sobre as exceções preliminares, in: CPJI, série A, nº 2, p. 11, *apud* NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004. p. 01.

⁶ ABREU, Miguel de; D’ÁVILA; Filipe; MANÉ, Arafam/CAMPOS; Clara. *A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos*, Concórdia, 2008. p. 237.

⁷ PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), p. 135.

Caso tal denominação se refira a qualidades das partes, será uma abitrabilidade subjetiva⁸.

Quanto à forma, “a convenção que não obedeça a forma escrita é inválida”⁹. Trata-se de uma acepção lata de forma escrita.

O conteúdo da convenção será os pontos de discórdia entre as partes que geraram o ingresso de ambas em um tribunal arbitral. Como exemplos de resolução de litígios, há a atualização de contratos, a integração lacunas contratuais e a interpretação de contratos.

No tocante às espécies de arbitragem, discorreremos sobre suas principais modalidades a fim de analisar suas principais características e expor seus critérios de diferenciação.

Atualmente, a arbitragem, que pode ser interna ou internacional, tem possibilitado grandes discussões sobre tais temas, pois esses tipos de arbitragem polemizam critérios de relações jurídicas plurilocalizadas, colocando em pauta interesses de comércio internacional¹⁰ e questionando a atual política de transferência de bens ou capitais através das fronteiras de um país a outro.

A eficiência das espécies arbitrais abrangem uma amplitude jurídica bastante significativa e incidem sobre elementos fundamentais de várias ordens jurídicas. Nesse sentido, a arbitragem interna conveciona litígios que afrontam uma única ordem jurídica e a arbitragem internacional tentará sanar litígios que envolvam multiplicidade de ordens jurídicas.

A arbitragem também pode ser voluntária, que consiste na composição da vontade autônoma das partes, na forma de convenção, tentando buscar a resolução litigiosa, necessária, que incidiria em casos nos quais a origem do litígio se baseia em algum fundamento ou disposição legal de caráter imperativo da lei¹¹, que imponha necessariamente a resolução do litígio na alçada do tribunal arbitral.

Outra caracterização importante a destacar é a diferenciação entre a arbitragem Ad Doc e a arbitragem institucionalizada. A Ad Doc consolida-se quando o

⁸ PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), Op cit. p. 147.

⁹ Cf SCHWAR/WALTER, [2000: 4631, apud Luis Lima Pinheiro na pag 137 em seu artigo doutrinário da Conveção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais, *Revista da Ordem dos Advogados*. ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003).

¹⁰ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. In p. 367.

¹¹ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 366.

tribunal e o processo arbitral são constituídos especificamente para solucionar um determinado litígio. Assim, o tribunal é criado e o árbitro nomeado de acordo com suas características técnicas específicas, que seriam as mais qualificadas para resolver tal conflito, para que, com isso, o juízo seja dissolvido ao fim do trâmite processual. A arbitragem Ad Doc tem uma persecução processual não vinculada, uma vez que tem uma criação autônoma e para determinado fim¹².

Já a arbitragem institucionalizada tem como seu fulcro a conexão com alguma instituição ou centro permanente vinculados a alguma regulamentação Estatal, visto que deve seguir, em seu saneamento processual, algum regulamento próprio que deve ser aplicado neste litígio a ser discutido. Para a sua resolução, necessitam-se de diretrizes regulamentadas que devem ser seguidas e, conseqüentemente, dar prosseguimento ao processo. A arbitragem institucionalizada pratica intervenções para suprir a falta de acordo entre as partes, para designar árbitros, impondo o ritmo da logística e do desenvolvimento processual. Contudo, salienta-se que a arbitragem institucionalizada sempre será mais onerosa para as partes, pois seus requisitos são mais complexos e dependem de requisitos processuais vinculados. O valor das custas sempre é calculado de acordo com o valor da causa¹³.

2. EFEITOS DA JURISDICIONALIDADE NA ARITRAGEM

No que tange à intervenção típica da arbitragem em relação aos tribunais judiciais, podemos notar uma distinção bastante substancial em quesitos de discussão de direito e de logística processual .

Nos tribunais em que a justiça é administrada pelo Estado, estão presentes alguns requisitos que não podem ser apreciados por um tribunal arbitral, tais como direitos indisponíveis e todas as outras matérias não arbitráveis, conforme dispõe o art. 1 LAV¹⁴. Da mesma forma, podem existir certos conflitos que devem ser solucionados exclusivamente por tribunais arbitrais e não pelo jurisdicional, como relação jurídica contratual e extracontratual (cláusula compromissória – art. 1 n^o 2 da LAV).

¹² CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 367.

¹³ CORTEZ, Francisco. A arbitragem voluntaria em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados. Op.cit p. 367.

¹⁴ A Convenção de arbitragem pode ter como objeto um litígio atual mesmo que tal litígio seja afecto de tribunal judicial- ART 1 n 2 da LAV.

A arbitragem também é bastante eficaz para solucionar divergências processuais de caráter técnico, sem elementos jurídicos, pois as intervenções judiciais não teriam tal competência para fazê-lo. Seria o caso, por exemplo, de utilizar a arbitragem sobre a qualidade técnica de uma coisa, independente de qualquer efeito jurídico relativo a controvérsia¹⁵.

Tal distinção também se estende no tocante à natureza jurídica de ambos os institutos. A arbitragem é administrada por particulares investidos de poder conferidos por pessoas ou entidades de natureza privada, ou seja, as partes que convencionam o litígio. Ambas encontram-se subordinadas à lei, que é um fator externo que vinculará o valor decisório do litígio, que foi arbitrado e administrado por pessoas privadas.

Já no tribunal judicial, o poder decisório do juiz é estrita e diretamente vinculado à lei, sendo ele titular de um órgão de soberania¹⁶. O juiz não pode abster-se de resolver o litígio que esteja na área de sua competência. O árbitro, por sua vez, até ser nomeado, dispõe da faculdade de aceitar ou não tal encargo¹⁷.

3. ANALOGIA ENTRE JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO JUDICIAL

Para se diferenciar o juízo arbitral do juízo judicial, não podemos fazer a análise de forma absoluta e conclusiva uma vez que, em alguns casos, a sentença do árbitro será constituída e fundamentada em termos idênticos ao da sentença judicial, principalmente quando o impasse a estar em juízo trata de questão essencialmente de direito. Salienta-se que tal semelhança pode não ocorrer em diversas outras decisões arbitrais que não tenham tal juridicidade acentuada em seu escopo¹⁸.

Um ponto importante a ser analisado em nosso estudo é a figura do árbitro. Este, na maior parte das vezes, é escolhido pelas partes ou com colaboração decisiva das mesmas. Além disso, a escolha do árbitro pode ser objeto de impugnação das partes.

¹⁵ BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁶ BARROCAS, Manuel Pereira . Arbitragem voluntária deve aliviar tribunais. In *Vida judiciária*. Porto: Editorial Peixoto de Sousa, N . 45, 2007.

¹⁷ BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 35.

¹⁸ BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 35.

O juiz, ao contrário do árbitro, não é escolhido pelas partes e responderá por sua competência jurisdicional. Sua impugnação é admitida pelas partes apenas em casos especiais.

Ao analisarmos friamente, notamos que os árbitros modelam-se melhor ao perfil desejado para a resolução de um litígio mais específico. No caso dos magistrados, sua seleção ocorre por mera distribuição de logística processual, e, sendo assim, o juiz muitas vezes acaba tendo certa ineficiência técnica para analisar um litígio que não envolva elementos unicamente de direito. Assim, a decisão poderia ganhar avanços no campo técnico, comercial, celeridade processual e ficaria mais restrito à vontade das partes, diferentemente de uma decisão judicial, que se baseia unicamente na lei formal.

Outro ponto divergente entre o juízo arbitral e o judicial é o fato de que, na arbitragem, o árbitro e as partes são tendenciosamente forçados pela obrigação de cooperar com o juízo para solução consensual do litígio. Isso ocorre em virtude de as partes atribuírem o encargo de resolução do impasse ao árbitro. Assim sendo, não faria sentido não haver esse mutualismo processual uma vez que a conduta das partes sempre é correlativa com a posição do juízo arbitral no processo.

Por sua vez, o processo judicial, quando ocorre uma atividade puramente contenciosa, tenta buscar primeiramente consenso e cooperação das partes para vir à tona no processo a verdadeira realidade dos fatos e para detectar condutas de litigância de má fé. Por conseguinte, o saneamento processual torna-se mais demorado, já que o “processo arbitral não é eminentemente contencioso, mas sim construtivamente estabelecido e equacionado para, acima de tudo, resolver o litígio”¹⁹.

As próprias partes têm a iniciativa e a prerrogativa de exaurir o máximo de pontos de conflito entre si e de chegar a um consenso mútuo que dará pragmatismo à resolução do impasse processual.

Por um lado, o Juízo judicial terá uma certa tendência a comprometer a análise plena das relações extra litigiosas das partes. Por outro, o juízo arbitral prioriza uma maior preservação de tais relações, pois existe uma forte cordialidade processual entre as partes, que se transforma em uma cooperação de boa fé entre ambas e o árbitro.

¹⁹ BARROCAS, Manuel Pereira . Manual de Arbitragem. Op, cit, p. 37

Outro fator bastante favorável para que se proceda a resolução do litígio com celeridade e eficiência é o fato de o árbitro não dispor e nem precisar de poderes coercitivos perante as partes, tal qual o detém um juiz judicial .

4. BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM

O juízo arbitral tem características que denotam uma série de vantagens perante o processo judicial. A arbitragem produz uma maior celeridade processual na resolução de litígios, pois simplifica diversos procedimentos formais do processo. Tal pragmatismo fica evidente na constituição das partes e nos curtos prazos para proferimento de sentença feita pelo árbitro, que é de 6 (seis) meses a contar da data de designação do último árbitro²⁰. Além disso, existe uma notória economia de procedimentos formais, de custas processuais e de honorários do juízo arbitral. Outro ponto bastante interessante com relação à arbitragem é que, se estabelecido pelas partes, pode o processo arbitral correr em sigilo confidencial, evitando supostas especulações comerciais ou interferências externas ocasionadas pelo impasse das partes. Já no juízo judicial, prevalece em regra o princípio da publicidade, sendo declarado segredo de justiça apenas em situações especiais, dependendo de autorização do juiz.

O processo arbitral conta também com a vantagem de se conseguir um proferimento de sentenças mais justas e adequadas diante das necessidades técnicas do litígio, pois os árbitros têm maior capacitação técnica para tal resolução litigiosa em específico do que magistrados comuns. Ademais, os árbitros podem decidir por equidade ou segundo o direito constituído – o que não quer dizer que seja sobre direito processual constituído²¹. Portanto, as partes têm atribuições de escolherem juízes por medida, evitando, assim, uma possível lentidão processual ocasionada por alguma controvérsia de direito entre as partes.

Outro benefício arbitral bastante significativo, que citado aqui superficialmente, é o da capacitação técnica exigida pelas partes para se constituir o árbitro. Este deve ter pleno conhecimento da tecnicidade do litígio em pauta, sendo alguém que tenha notável saber sobre o assunto a ser discutido e alguma experiência da resolução desse litígio em si. Os árbitros serão constituídos

²⁰ O prazo estipulado inicialmente seria de 6 meses, no entanto, ele pode ser prorrogado em dobro. Porém muitos árbitros e advogados atualmente defendem a necessidade de se alargar este prazo, para suprir a complexidade de alguns julgados na arbitragem. E conseqüentemente tem mais tempo para proferir a sentença.

²¹ ABREU, Miguel de; D'ÁVILA, Filipe; MANÉ, Arafam; CAMPO, Clara. *A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos*, Concórdia, 2008 p. 240.

justamente pelo seu alto grau de conhecimento sobre o assunto a fim de dar a solução mais rápida, técnica e eficaz para essa lide.

Diferentemente dos árbitros, os magistrados judiciais apreciarão a questão em pauta com uma generalidade maior, preponderando muitas questões de juridicidade, de direito e de elucidação de condutas de boa ou má fé. Assim, eles não priorizarão uma análise tão técnico-específica sobre o impasse, ocasionando maiores dificuldades e atrasos para se sanar a lide.

Conforme conceitua muito bem Manuel Pereira Barrocas (2007, p. 10):

O quadro mental do juiz não é igual ao do árbitro no arquétipo ideal. O juiz tem um dever legal, não um encargo assumido com as partes, de procurar fatos para aplicar a lei. Essa é sua tarefa inalienável e pela qual é avaliado e é responsável. É dentro desse quarto que julga a causa. O árbitro não está, obviamente dispensado de aplicar a lei, mas a sua motivação principal e o seu encargo é resolver o litígio e resolvê-lo bem²².

Tais vantagens e benefícios presentes na arbitragem têm trazido consideráveis avanços processuais, principalmente na arbitragem voluntária e na resolução de litígios nas áreas de direito internacional e do comércio internacional.

Tal afirmação fica nítida na crescente multiplicação de centros de arbitragem institucionalizada que ocorre atualmente. Tais centros desenvolvem um aperfeiçoamento de convenções de direito internacional referentes ao tema da arbitragem, desencadeando, assim, reformas na legislação de cada país para que tamanha eficiência, pragmatismo e celeridade estejam em harmonia e sejam compatíveis cada vez mais com o ordenamento jurídico nacional de cada país.

5. COMPREENSÕES DA NATUREZA JURÍDICA ARBITRAL

Ao analisarmos a natureza jurídica da arbitragem, indubitavelmente chegaremos ao estudo da natureza jurídica da convenção de arbitragem (condição *sine qua non*).

A doutrina é pacífica ao considerar a convenção arbitral como um negócio jurídico. Segundo José Lebre de Freitas, “trata-se de um negócio jurídico proces-

²² BARROCAS, Manuel. A Reforma da Lei de Arbitragem Voluntária. In *Boletim da Ordem dos Advogados*. N 46 (2007) p. 10.

sual”²³. Tal posicionamento se consolida pela finalidade e necessidade de resolução do litígio de forma menos formal, mais célere e com critérios de equidade e de direito preponderados na decisão. Dessa forma, fica visível a maior eficácia em preencher tais requisitos no Tribunal arbitral e no Tribunal judicial.

Quando se opta por uma sentença arbitral, opta-se por uma decisão que ponderará o conjunto de interesses auto regulados pelas próprias partes do processo, aliado também à escolha do árbitro pelas partes. Tal escolha se dará consoante ao perfil técnico do árbitro, pois será tecnicamente a pessoa indicada a dissolver o litígio existente entre as partes contratantes. Outro fator bastante favorável é a possibilidade de fixação do prazo de duração da arbitragem. Assim, as partes podem ter uma previsão do término do impasse.

A partir disso, percebe-se que o Juízo arbitral consegue preservar a relação comercial existente entre as partes, que acaba, muitas vezes, ficando desfigurada perante um procedimento processual menos consensual. As partes sempre pactuam uma convenção fundada na boa fé e na lealdade processual entre ambas e com o árbitro para tentar solucionar de forma mais eficaz e rápida o impasse processual com o qual as partes se deparam.

Nesse sentido, atualmente não podemos caracterizar a arbitragem como um dispositivo que retira competências dos tribunais. Dessa forma, *“a convenção de arbitragem não constitui um negócio jurídico processual dentro dos estreitos limites dos conceitos jusprocessualistas nacionais de um Estado. A arbitragem quer doméstica, quer internacional, constitui uma instituição autônoma de resolução de litígios, que não é um substituto dos tribunais judiciais. Tem princípios, regras e metodologia próprios”*²⁴.

Assim, notamos que a essência jurídica da convenção arbitrária configura-se em um negócio jurídico de natureza substantiva, não processual, mas instrumental ou de meio alternativo de obtenção de outro efeito jurídico, visando solucionar um litígio objeto de uma outra relação jurídica específica, “não confundindo a mesma com o contra promessa, que tem também natureza jurídica substantiva e instrumental, mas que se assemelha à convenção arbitral apenas nesses quesitos”²⁵.

²³ FREITAS, José Lebre de. Estudos em homenagem a Professora Isabel Magalhães Collaço, Vol. II, p. 625

²⁴ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 41.

²⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, PP 42-O autor também defende a natureza jurídica substantiva, não processual e instrumental da convenção arbitral, apesar de alguns outros autores, como Raul Ventura, a qualificarem como adjetiva.

Em contraponto à tal definição, Raul Ventura (1986, p. 298-299) discorre seu parecer sobre a relação jurídica da arbitragem:

Indiscutível é que a convenção arbitral é adjetiva relativamente a relação jurídica que a respeita, seja ela de que natureza for; não modifica o seu conteúdo, pois é lhe exterior, embora envolvente. Nem sequer pode ter sobre uma relação jurídica o efeito jurídico eventualmente resultante duma correspondente relação processual, pois a convença arbitragem não soluciona nem pretende solucionar qualquer litígio, mas apenas providenciar sobre os meios de solução . Uso a palavra adjetiva para evitar estereis discussões de palavras quanto ao emprego para o mesmo efeito do termo processual. (VENTURA, 1986, p. 298)²⁶

No entanto nos parece mais sensato acolher o posicionamento de Manuel Barrocas, que demonstra ter uma visão mais perspicaz e coerente perante a atual conjuntura arbitral.Sendo tal posição seguida pela maioria da doutrina.

6. NATUREZA JURÍDICA ARBITRAL E SUAS TESES DOUTRINÁRIAS

A doutrina não é pacífica nem unânime na conceituação da natureza jurídica da arbitragem. Dentre as várias teorias que se manifestam sobre tal tema, debateremos neste estudo quatro das principais teses da doutrina jurídica sobre o assunto, analisando-as e conceituando-as. As quatro principais teses que se referem sobre a natureza jurídica do júízo arbitral seriam: a teoria jusdicialista ou jurisdicional, a teoria contratualista, a teoria mista e a teoria autonomista.

Algumas das teses que serão analisadas neste estudo não têm uma aplicabilidade prática muito destacável, pois remetem o tribunal a uma conduta muito coercitiva, que, conforme demonstra nosso estudo até agora, percebe-se que tal posicionamento processual não nos parece muito eficaz para a resolução de alguma pendência arbitral.

A teoria jurisdicionalista afere que a arbitragem deve ser controlada e regulada pelo Estado. De acordo com tal teoria, o júízo arbitral só existiria porque a legislação tutelada pelo Estado assim o criou. Dessa forma, as estâncias de recursos arbitrais só seriam positivadas por consequência do poder judicial do Estado.

²⁶ VENTURA, Raúl, Convenção de arbitragem, *revista da Ordem doa Advogados*, ano 46(1986) PP 298, 299- O autor defende tal tese sobre o argumento de que a convenção arbitral é tecnicamente um contrato, e que deveriam ser aplicadas as regras gerais dos contratos.

Na tese judiscionalista, os árbitros desempenham uma função de caráter unicamente público, com seus poderes totalmente vinculados à jurisdição da lei. Apenas seriam figuras diferenciadas dos juízes de direito na concepção de que os magistrados constituem tal prerrogativa em função do poder de soberania do Estado, enquanto os árbitros se constituíriam em tal função por nomeação de pessoas privadas²⁷.

Nota-se que a teoria jurisdicionalista, não se adéqua plenamente aos requisitos e às expectativas visados atualmente pela hermenêutica arbitral, principalmente no que tange à arbitragem comercial internacional contemporânea. Nos atuais moldes arbitrais, tenta-se retirar tal concentração de poder decisório da jurisdicionalidade estatal, pois prepondera-se uma maior interpretação técnica do litígio. Isso acontece em virtude de a figura do árbitro ser representada por alguém com maior interpretação e capacitação técnica do que o juiz de direito, pois ele preponderará um senso de mediação mais acentuado e tendenciará para um maior pragmatismo da resolução do litígio arbitral e, dessa forma, a tese jurisdicionalista confere algumas atribuições ao julgador que prejudicaria a celeridade do julgamento da lide arbitral. Além disso, como nos parece bastante contundente, tal teoria causaria certos distúrbios no senso analítico de um litígio mais técnico e, por conseguinte, uma certa complexidade legal desnecessária para ocorrer no julgamento.

No entanto, não podemos afastar a influência jurisdicional de que inevitavelmente a arbitragem necessita para se positivar seus procedimentos. Tal afirmação se baseia no princípio da equidade, das normas contratuais vigentes, da positividade judicial das sentenças arbitrais e da legalidade na nomeação de árbitros. Sem contar nos regulamentos que muitas vezes são norteadores da atividade da justiça arbitral e convencionam muitos pré-requisitos processuais.

Contrariamente à tese anterior, deparamo-nos com a teoria contratualista. Esta teoria propõe que a arbitragem teria unicamente um caráter contratual. Segundo o conceito contratualista, o Estado não teria qualquer controle ou influência no juízo arbitral.

A resolução do litígio se basearia exclusivamente na vontade das partes, em que a interferência estatal se resumiria em validar a exequibilidade das sentenças arbitrais e positivar a processo arbitral. Tal tese defende que todo o saneamento processual arbitral, desde a nomeação dos árbitros até o a moldura jurídica aplicada nas decisões, deveria ser pré-consensuado pelas partes. Em outras palavras, a sentença proferida pelo árbitro seria, praticamente, pré-de-

²⁷ BARROCAS, Manuel Pereira . *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 42.

finida pelas partes processuais constituídas no litígio²⁸, afastando qualquer influência jurisdicional do Estado, que por ventura aparecer no decorrer do processo. Este seria definido como um contrato pactuado anteriormente pelas partes e o árbitro seria constituído como uma cláusula desse contrato, que se chamaria sentença arbitral.

Notamos que a tese contratualista estabelece uma autonomia processual muito plena às partes, que, por mais que aspirem uma solução rápida, estão entre si no meio de um impasse de interesses e litigioso, necessitando, de alguma forma, da análise e do intermédio de algum mediador qualificado tecnicamente para tal. Função esta exercida pelo árbitro.

Nesse sentido, constata-se neste estudo, relacionado à natureza jurídica da arbitragem, que o fato de as partes possuírem um controle tão grande perante o processo arbitral facilitaria desencadear uma série de contrariedades bastante significativas à soberania legislativa de cada país, ofendendo seus estatutos e convenções que tentam uniformizar decisões arbitrais, afrontando princípios básicos de democracia e meios de controles judiciais dos Estados de Direito.

A seguir, analisaremos a teoria mista acerca da natureza jurídica na arbitragem. Esta tese sintetiza um pouco de cada uma das teorias explanadas anteriormente.

Com um concepção mista, essa teoria é a que nos parece demonstrar a maior compatibilidade com as atuais molduras arbitrais. Essa tese parece estar em plena conformidade com a Lei UNCITRAL (*United Commission on International Trade Law*) do instituto que incessantemente busca uniformizar as leis arbitrais no mundo.

A teoria mista reúne requisitos da teoria judicialista quando considera que, sem elementos do direito público, a arbitragem não teria eficácia, bem como a positivação da sentença arbitral pelo poder estatal e da validade de prerrogativas dos árbitros²⁹, uma vez que a sentença proferida pelos mesmos tem a mesma valoração da sentença emitida por tribunal judicial.

Já, no tocante aos requisitos da tese contratualista, detectamos a presença da mesma no conteúdo da tese mista quando analisamos que, sem uma convenção arbitral anterior, criam-se sérias dificuldades no efeito cooperativista

²⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, p. 43.

²⁹ O Tribunal Europeu de Justiça, no caso Nordse vs. Reederei (sentença de 23 de março de 1982), julgou que apenas juízes detêm poderes jurisdicionais do estado. Os árbitros não. A lei equipara apenas a eficácia da sentença arbitral perante a atividade jurisdicional (art., 209, n. 2, da Constituição e art 26. n. 2 da LAV)

do processo arbitral, pois, sem elas, dificultar-se-ia a interpretação de lacunas contratuais, atualização e resolução das mesmas.

Assim, depreende-se que a teoria mista demonstra em todo seu bojo ser a tese com melhor eficácia jurídica para sanar conflitos arbitrais, pois ela interpreta a arbitragem de acordo com necessidades sociológicas e econômicas existentes no processo. Assim, essa teoria valoriza relações do comércio internacional e suas atuais deficiências, impondo ao processo arbitral um conteúdo mais técnico-científico na resolução dos litígios.

Refletindo sobre uma celeridade mais eficiente do que a dos tribunais judiciais, o autor dessa tese, Henri Molutsky (1974), consegue lapidar muito bem os efeitos desta natureza jurídica ao afirmar que “a teoria mista tem a natureza jurídica contratualista na sua fonte, porém, função judicizante na sua finalidade³⁰”.

Por fim, analisaremos a teoria autonomista, que é uma tese mais recente. Nota-se que tal estudo tem visivelmente um enfoque tendencioso à arbitragem comercial internacional. Conforme sustenta Lorca Navarrete (2007, p. 230) “a arbitragem não tem natureza contratualista, nem judicizante, nem tão pouco mista, mas sim nitidamente processual, nascida de um negócio jurídico próprio³¹”. Para ele, a convenção de arbitragem não é um verdadeiro contrato que imponha às partes obrigações específicas e direitos de uma prestação como é a natureza jurídica do contrato.

No entanto, a tese autonomista deixa lacunas no entendimento do caráter obrigacional da convenção arbitral, pois não valora a cooperação nos trâmites de constituição do tribunal arbitral, a relação contratual que estará estabelecida entre o coletivo das partes e o coletivo dos árbitros, dando uma identificação apenas parcial da noção dos efeitos que um contrato pode oferecer. Nesse sentido, um negócio jurídico processual visaria apenas resolver o litígio, que, como sabemos, não é um princípio da arbitragem³².

Enfim, após a análise das teses e teorias relativas à natureza jurídica da arbitragem, podemos concluir que a arbitragem necessita de elementos presentes em quase todas as teorias aqui analisadas, pois sempre precisará da cooperação entre as partes, sem influência do poder estatal, que é o pilar da tese contratualista. Em contrapartida, a arbitragem também necessita de uma eficácia

³⁰ MOLUTSKY, Henri. In *Études et sur L'arbitrage, Ecrits*, vol. II. Dalloz, Paris, 1974

³¹ NAVARRETE, Lorca. Garantías Ordinarias vs Garantías Constitucionales en el Arbitraje? In: *Arbitragem e Estudos em citação ao prof Guido Fernando da Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 230 e segs. Citado por Manuel Barrocas no manual de arbitragem pag 45.

³² BARROCAS, Manuel Pereira. *Manual de Arbitragem*. Op, cit, PP 45

cia jurídica de suas sentenças de validade da nomeação de seus árbitros, positividade de seus procedimentos processuais e princípios de direito presentes unicamente na tese jurisdicional.

Dessa forma, parece-nos neste estudo que, das teses elucidadas até então, a teoria que se qualificaria de forma mais abrangente perante as necessidades democráticas, jurisdicionais, sócio-comerciais e cooperação das partes é a teoria mista, que se mostra mais eficiente na resolução do litígio, tornando, assim, o julgamento do tribunal arbitral mais célere.

7. POSIÇÃO DA DOUTRINA BRASILEIRA PERANTE A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

No direito brasileiro, a arbitragem parece ter um posicionamento bastante semelhante ao adotado por Portugal. No Brasil, tal dispositivo tem regulamentação perante a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 e sofre algumas atualizações pela Lei 13.129/2015. No entanto, nosso estudo ficará mais restrito à análise da natureza jurídica comparada entre os dois países e não dissecaremos a fundo a interpretação da lei arbitral brasileira.

A seguir, analisaremos alguns doutrinadores e seus pareceres sobre tal tema. Existem diversas correntes e teses que dissociam a natureza jurídica mista da arbitragem. Alguns autores defendem a tese unicamente contratualista e outros ensinam que apenas a judicialista seria aplicada.

Os argumentos utilizados por aqueles que acreditam na natureza contratualista são os seguintes:

a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no ius imperium estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; d) e, o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário. (NETO, 2004, p. 14)³³

Podemos citar Ballardore-Palieri e Klein como defensores dessa opinião. Assim, outros que acreditam no caráter jurisdicional da arbitragem entendem que, uma vez firmada a arbitragem, nasce a jurisdição do árbitro. A arbitragem equipara-se ao poder estatal de julgar, pois possui os mesmos elementos desta:

³³ NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 14.

A 'notio' (poder contido na jurisdição), a 'vocatio' (poder para convocar as partes), a 'coertio' (poder para dispor de força para obter o cumprimento das ordens e diligências decretadas durante o trâmite, se bem que necessitando da devida intervenção judicial), a 'indicium' (poder de proferir decisão acerca do mérito pondo fim a um litígio) e a 'executio' (poder de obrigar o vencido à execução da decisão).(NETO, 2004, p. 15)³⁴

Essa doutrina foi defendida por Lainé no começo do século XX e tem Mortara à sua frente.

Aqueles que acreditam na natureza híbrida da arbitragem encontram a posição de José Carlos de Magalhães (1988, p. 99), de que "se a arbitragem é contratual em seu fundamento [o compromisso] é, também, jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios"³⁵.

A nosso ver, a classificação híbrida sobre a natureza jurídica parece-nos mais correta. Tal classificação é a mesma adotada atualmente de forma mais abrangente pelos tribunais brasileiros.

Concordamos que a convenção de arbitragem nasce de um contrato e que o consenso entre as partes é a base da arbitragem. No entanto, a arbitragem não está totalmente alheia ao Poder Estatal, principalmente porque a arbitragem causa consequências ao mundo do Direito e até mesmo à Lei Brasileira nº 9.307 que se refere à arbitragem e dispõe em seu art. 22, §2º que o árbitro pode utilizar-se da autoridade judiciária. Tal fato também é partilhado pelo direito português e pacificado pelo Tribunal Europeu de Justiça (art. 209, nº 2 da Constituição e art. 26, nº 2 da LAV), como já foi demonstrado anteriormente em nota de rodapé número 15.

Encontramos jurisprudência confirmando que o árbitro pode valer-se do Poder Judiciário em alguns casos:

No caso vertente, discute-se a possibilidade de medidas de caráter urgente serem adotadas pelo Poder Judiciário, sem prejuízo da validade do pacto entre as partes celebrado. Posto que no sistema arbitral não existe a figura das providências cautelares nem antecipatórias de tutela, evidente que o pacto, se nestes termos celebrado, implicaria a subtração de análise de lesão ou ameaça de lesão a direito pelo Poder Judiciário. Considerando que tal alcance nem mesmo a lei pode deferir, cuida-se de direito emitentemente indisponível, afastando, de plano, a incidência da Lei Arbitral na espécie. Isto suficiente não fora, sucede recordar que o pacto entre a (...)

³⁴ NETO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 15.

³⁵ MAGALHÃES, José Carlos de. *Do Estado da Arbitragem Privada*, Ed. Max Limonad, 1988, p. 99.

e a (...) celebrada admite intervenção do Poder Judiciário para solução de questões urgentes. (...). Não é absoluta, portanto, a submissão das partes ao sistema arbitral, com exclusão do Poder Judiciário na espécie em comento. Seja porque tal circunstância colidiria, frontalmente, com a garantia constitucional que nem à lei é permitido violar; seja porque as partes expressamente abriram a possibilidade de utilização do Poder Judiciário na espécie em comento; e seja, ainda, porque se revela a espécie como direito indisponível, o que tornaria irrelevante o ajuste das partes no sentido contrário. Diante do exposto, REJEITO a preliminar de inadequação da via eleita (Tribunal de Justiça do Distrito Federal – Agravo Regimental em Agravo de Instrumento – Autos do Processo 2002.00.2.007481-2 – Rel. Des. Valter Xavier – Julg. 21.10.2002 – m.v. – 1ª Turma Cível).

Pelos motivos expostos, acreditamos que não se pode afirmar que a natureza jurídica é contratualista e jurisdicionalista, mas, sim, mista, pois as características se misturam. Assim, ao compararmos os institutos da natureza jurídica entre Brasil e Portugal, podemos notar que ambos os países têm um entendimento bastante semelhante perante a justiça arbitral. Tal fato demonstra uma tendência mundial em uniformizar as características de saneamento, provimento e julgamento do juízo arbitral, evoluindo de forma globalizada preceitos fundamentais para que se ocorra a arbitragem internacional harmônica e consensual entre os países signatários da arbitragem.

CONCLUSÃO

Por fim, podemos concluir que a arbitragem é um meio muito eficiente nas soluções de conflito. Nesse sentido, considerando a atual conjectura judiciária de muitos países, podemos notar que a arbitragem pode servir de forma magistral para resolução de determinados litígios tanto em sua perspicácia técnica perante alguns conflitos em pauta quanto na celeridade processual adquirida pelo juízo arbitral. Dessa forma, a arbitragem impõe um ritmo pragmático e bastante eficiente aos processos de arbitragem que atualmente vêm à tona na problemática jurídica interna ou internacional.

Quando se trata de direitos patrimoniais disponíveis, não é somente lícito e constitucional, mas também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e bus-

carem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos aos das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário ³⁶.

Como vimos acima, até mesmo a Procuradoria Geral da República do Brasil recomenda a utilização da arbitragem.

REFERÊNCIAS

ABREU de, Miguel/ D'ÁVILA Filipe/ MANÉ Arafam/CAMPOS Clara - **A Arbitragem voluntária e a mediação de conflitos**. Coimbra: Editora Almedina; 1ª edição, 2008.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROCAS, Manuel. **Arbitragem voluntária deve aliviar tribunais**. in Vida Judiciária. Porto: Editorial Peixoto de Sousa. N. 45 (2001) p. 5-9.

BARROCAS, Manuel. **A Reforma da Lei da Arbitragem Voluntária**. in Boletim da Ordem dos Advogados de Portugal. Lisboa: N. 46 (2007) p. 6-11.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/>> Acesso em: 10 jun. 2022.

CAMPOS, Diogo Leite de. **A Arbitragem Voluntária, Jurisdição Típica do Estado-dos-Direitos e Dos-Cidadãos: A Evolução do Direito no Século XXI – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Arnold Wald**. Coimbra: Almedina, 2007.

COELHO, João Miguel Galhardo. **Arbitragem voluntária**. Coimbra: Ed Almedina: 2 ed., 2006.

³⁶ Parecer da Procuradoria Geral da República na SE n. 5.206 (fls. 91), “apud” Sentença Estrangeira Contestada n. 5.847-1 – Reino Unido da Grã-Betanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Maurício Corrêa, em 01.12.1999, “in” www.stf.gov.br, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida, *Arbitragem*, São Paulo: Quartier Latim, 2003, p. 156.

CORTEZ, Francisco. ***A arbitragem voluntária em Portugal: dos ricos homens aos tribunais privados***, In ***O Direito***, Lisboa: - Ano 124, 3 (1992), p. 365-404; 4 (Out./Dez. 1992), p. 541-591.

FREITAS José, Lebre de. ***Estudos em homenagem a Professora Isabel Magalhães Collaço***, vol 1 .Coimbra, Editora Almedina,2002

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. ***Arbitragem***. São Paulo: Quartier Latim, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. ***Do Estado da Arbitragem Privada***. São Paulo: Ed. Max Limonad, 1988.

NETO, José Cretella. ***Curso de Arbitragem***. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

PINHEIRO, Luís de Lima. ***Convenção de arbitragem: aspectos internos e transnacionais***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ISSN 0870-8118. Ano 64 (2003), p. 125-200.

REIS, João Lopes dos. In: ***A Excepção da Preterição do Tribunal Arbitral (voluntário)***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ano 58, 3 (1998) p. 1115-1132.

SILVA, Paula Costa. ***Anulação e Recursos da Decisão Arbitral***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: Ano 52º.

VENOSA, Sílvio de Salvo. ***Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria dos contratos***. 5ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2005.

VENTURA, Raúl. ***Convenção de arbitragem***. Revista da Ordem dos Advogados de Portugal, Lisboa: ano 46 (1986), p. 289-379.

