

A CONSTRUÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Letícia de Souza Baddauy

Advogada. Professora de Direito Processual Civil e Arbitragem na Universidade Estadual de Londrina. Professora colaboradora da Escola Superior de Advocacia da OAB/PR. Membro do Chartered Institute of Arbitrators, do Comitê Brasileiro de Arbitragem e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil. Mestre em Direito Processual Civil.

Resumo: O trabalho primeiramente aborda a relação entre democracia e processo, especialmente sob o enfoque da participação dos sujeitos processuais, segundo modelos de rigidez e flexibilidade procedimental. A seguir, faz-se uma breve apresentação do instituto da arbitragem, como meio adequado de solução de conflitos. Ao final, analisa-se como é construído o procedimento arbitral a partir das premissas anteriormente estabelecidas, esclarecendo quais são as fontes de criação das regras procedimentais no juízo arbitral, e demonstrando sua flexibilidade, com enfoque na lei brasileira de arbitragem (Lei 9307/96).

Palavras-chave: arbitragem – juízo arbitral - procedimento arbitral – flexibilidade do procedimento – participação processual

1. Participação e processo: noções gerais

O ordenamento jurídico é constituído por normas jurídicas emanadas das diversas esferas que compõem o Poder do Estado (Administração, Parlamento e Judiciário). Na concepção dualista do ordenamento, a sentença é parte integrante deste. Ela expressa, segundo a clássica lição *chiovendiana*, a atuação da vontade concreta da lei. Enquanto o legislador elabora a norma geral e abstrata, o juiz, por meio da sentença de mérito, apresenta a norma individual e concreta.¹ Portanto, a sentença é ato de manifestação do poder estatal.

Considerando que, na Democracia, todo poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, p.u., CF), é evidente a imposição constitucional de participação popular na construção do ordenamento. Logo, na elaboração tanto das leis, quanto dos atos administrativos e jurisdicionais².

1 Não se pretende aqui defender a figura do juiz “boca da lei”, mas sim apresentar a questão de forma didática suficiente para se tratar da participação no processo jurisdicional; ciente, contudo, de que ao interpretar/aplicar a lei o juiz confere sentido ao texto normativo do legislador. Este problema, porém, é afeto a Teria Geral do Direito e extrapola os limites deste trabalho.

2 Opta-se, desde logo, pela adoção neste item da expressão *jurisdicional*

Esta participação é facilmente percebida quando se trata do processo legislativo ou administrativo (elaboração das leis e normas administrativas), em razão de os representantes do povo serem eleitos para cargos do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Entretanto, no sistema pátrio, em que não há eleição para escolha dos magistrados para que sejam investidos da função jurisdicional, a participação popular na elaboração da decisão judicial dá-se especialmente por meio do exercício do contraditório. Perante o juízo arbitral vai-se além. As próprias partes escolhem seu julgador, conforme prevê o artigo 13 da Lei 9307/96. Esta escolha é considerada uma das vantagens da arbitragem em relação ao juízo estatal.

A participação popular na formação da decisão jurisdicional vai além do exercício do contraditório, expandindo-se para hipóteses de atuação de terceiros (*amici curiae*), realização de audiência pública, entre outras. No que interessa ao objeto deste estudo, destaca-se o exercício desta participação na própria construção do método pelo qual se chega à solução da controvérsia, ou seja, na construção do processo e de seu procedimento. Fica claro, portanto, que, sob esse aspecto, um procedimento é menos ou mais democrático, conforme se adote um sistema de rigidez ou de flexibilidade pro-

(e não *judicial*) para referência às decisões, pois o ora exposto é aplicável tanto ao processo judicial quanto ao processo arbitral. Ciente, entretanto, das ainda presentes divergências de entendimento quanto à natureza jurisdicional da arbitragem.

cedimental. Nas palavras do professor da Universidade de Florença:

*“La prospettiva che si affaccia per prima alla mente è quella che nella dottrina tedesca è chiamata formelle Prozessleitung, la “direzione formale” del processo. Essa è diretta ad approfondire la distinzione tra processi rigidi e processi flessibili a seconda che la disciplina della sequenza procedimentale sia affidata alla legge, al potere discrezionale del giudice, all’autonomia delle parti ovvero, come di solito accade, ad una miscela più o meno equilibrata tra queste tre componenti”.*³

Neste ponto, chega-se ao cerne da questão em termos de procedimento arbitral: autonomia das partes, como será tratado adiante.

A rigidez procedimental é em geral associada à garantia de segurança jurídica. Um procedimento rígido é um procedimento inteiramente regulado pela lei. No sistema de rigidez não há espaço para o julgador ou para as partes tomarem qualquer decisão em relação a suas regras. Desta forma, os sujeitos do processo têm total previsibilidade em relação às regras que terão de adotar e respeitar durante a duração do processo. É fácil notar que essa sistemática não se coaduna com o instituto da arbitragem, todo pautado na liberdade proporcionada pela autonomia privada, conforme se verá. Em geral, rigidez procedimental é típica do processo judicial. Ainda assim,

3 Caponi, Remo. *Rigidità e flessibilità del processo civile*, p. 823.

pode sofrer temperamentos. O regime do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, traz abertura para flexibilização do procedimento, tanto por parte do juiz (art. 139, VI, CPC), quanto, e ainda mais, pelas partes, ao adotar a cláusula geral autorizadora de convenções processuais (art. 190, CPC)⁴.

Salienta-se que a flexibilização do procedimento não autoriza o abandono da previsibilidade, condição necessária para um processo justo e isonômico. Porém, a previsibilidade do procedimento não precisa necessariamente estar assegurada tão somente pela lei. Quando as próprias partes envolvidas no litígio criam as regras procedimentais a que se sujeitarão, certamente não se fere a segurança jurídica. Mais do que respeito à autonomia privada, meramente sob a ótica de sua capacidade de ser sujeito de direito, essa possibilidade revela respeito à autonomia do indivíduo enquanto cidadão capaz de participar da condução do processo que tenha por objeto um alegado direito seu. Ainda, permitindo que as partes escolham as normas aplicáveis para a solução da controvérsia, “*o ordenamento jurídico brasileiro estimula um processo de empoderamento dos jurisdicionados*”⁵.

4 O artigo 190 do CPC/15 teve por inspiração (além da experiência estrangeira) os resultados positivos da flexibilidade do procedimento arbitral, constatados ao longo da vigência da Lei 9307/96, que completou 20 anos em 23 de setembro de 2016.

5 Mazzei, Rodrigo e Chagas, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*, p. 671.

Compreendidas essas premissas, cabe agora adentrar especificamente o campo da arbitragem.

2. Arbitragem: autonomia privada e colaboração das partes

Arbitragem é um meio de solução de conflitos jurídicos fora da esfera do Poder Judiciário. Integra o rol dos chamados meios adequados, ou meios alternativos, de solução de conflitos⁶. No Brasil, encontra-se regulada pela Lei 9307/96 (Lei de Arbitragem - LArb), com as alterações introduzidas pela Lei 13129/15, conhecida como *reforma da lei de arbitragem*. Para que o juízo arbitral possa ser adotado pelas partes, é preciso seguir as regras de arbitrabilidade previstas no artigo 1º da Lei de Arbitragem. Assim, do ponto de vista subjetivo (arbitrabilidade subjetiva), é preciso que as partes possam se submeter à arbitragem; enquanto sob o aspecto objetivo é preciso que o litígio verse sobre direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva). Importante ressaltar que o árbitro, pessoa escolhida pelas partes e de confiança destas, é o juiz de fato e de direito da causa submetida à arbitragem (art. 18, LArb). O árbitro exerce a função jurisdicional, sendo sua decisão tipificada como título executivo judicial (art. 515,

6 A expressão *meio adequado* tem sido defendida em razão de as vantagens e sucesso da arbitragem não decorrerem de uma ineficiência do Poder Judiciário, mas sim por se tratar de um meio com métodos próprios, que estariam aptos a trazer mais efetividade à prestação da tutela jurisdicional para determinados casos. Não haveria, assim, uma hierarquia entre os meios de solução de conflitos, mas sim uma relação de complementariedade.

VII, CPC), exequível perante o Poder Judiciário, vez que aquele não tem poder coercitivo (execução), mas apenas de acerto do direito (cognição).

Embora a arbitragem seja atividade jurisdicional, isso não significa a adoção, em seu âmbito, de todas as regras do processo judicial. Em sentido até oposto, existem arbitralistas que inclusive enfatizam uma verdadeira dicotomia entre processo judicial e arbitragem, manifestando discordância em constar do Código de Processo Civil qualquer referência à arbitragem, como já se manifestou Luís Olavo Baptista⁷. Em outro sentido, Cândido Rangel Dinamarco apresenta sua obra *A arbitragem na teoria geral do processo* como *Um diálogo com os arbitralistas*.⁸ Nota-se que a postura metodológica difere entre exímios estudiosos em cada uma das áreas. Pensamos que a interação entre o processo judicial e o arbitral não pode ser desprezada, sob pena de afastar-se a própria conquista do entendimento de ser jurisdicional a atividade do árbitro. Nas palavras de Eduardo de Albuquerque Parente:

“Falar de processo arbitral significa equivaler as esferas estatal e arbitral como mecanismos jurisdicionais nos quais juiz e árbitro exercem mesmas

7 Em sua exposição de abertura da Conferência Latinoamericana de Arbitragem – CLA (Curitiba/PR, 18 de junho de 2015). Em sentido contrário, pregando a necessária interação entre arbitragem e processo judicial, temos, entre outros, Flávio Luiz Yarshell, conforme sua manifestação no Painel Meios Alternativos de Solução de Conflitos, nas XI Jornadas de Direito Processual (Porto de Galinhas/PE, 16 de setembro de 2016).

8 Obra citada, p. 13.

funções: serem julgadores de fato e de direito, dizerem o direito, em movimento alinhado com a própria natureza jurídica da arbitragem”⁹

São apontados costumeiramente como atrativos da adoção do juízo arbitral: especialidade do julgador, confidencialidade, celeridade e flexibilidade do procedimento, que possibilita sua modulação à luz do direito material controvertido. A flexibilidade tende a inibir o exagero nas discussões processuais, proporcionando um maior enfoque no mérito da controvérsia. Assim, contribui com a própria celeridade processual, bem como com a qualidade da decisão.

Em se tratando de regras procedimentais, a grande diferença entre o procedimento arbitral e o procedimento judicial reside na maior flexibilidade daquele. Sempre tivemos, nos Códigos de Processo Civil brasileiros, um grande número de dispositivos legais destinados a detalhadamente regular os procedimentos a serem adotados pelas partes e pelo juízo no curso de toda a demanda.

Em diversos textos sobre arbitragem, costuma-se encontrar a afirmação de que esta é um espaço de liberdade, onde as partes tem grande margem para exercer sua autonomia privada. De fato, desde a opção pela via arbitral, as partes estão, com base na autonomia de suas vontades, escolhendo afastar do Poder Judiciário a solução para o conflito em que estejam, ou venham a estar,

9 *Existiria uma ordem jurídica arbitral?*, p. 62.

envolvidas. Fazem-no ao celebrar a convenção de arbitragem. A convenção pode ser celebrada na modalidade *cláusula compromissória*, quando inserida ou anexada a contrato, antes mesmo do surgimento do litígio (ou, ainda, quando inserida em contrato ou estatuto social de uma sociedade), ou como *compromisso arbitral*, já após o aparecimento do litígio.

O artigo 2º da Lei de Arbitragem, em seu parágrafo 1º, estabelece que as partes podem escolher as regras de direito aplicável a seu caso, o que inclui as regras procedimentais, além das de direito material. A lei dedica poucos e genéricos dispositivos ao procedimento arbitral.

Nota-se, portanto, que a atitude das partes precisa ser, para criação do procedimento, colaborativa e coparticipativa, propiciando uma verdadeira comunidade de trabalho, da qual participará também o árbitro. Isso não se confunde com a consensualidade do meio de solução de conflito. Arbitragem é meio heterocompositivo, adjudicatório, em que a solução consensual quanto ao mérito é eventual, assim como no processo judicial, embora bem vinda e estimulada. A litigiosidade quanto ao objeto do processo, contudo, não é de forma alguma incompatível com o consenso quanto ao procedimento a ser seguido pelos envolvidos. Acordos sobre o procedimento, desde que realizados com boa técnica, não têm o condão de gerar prejuízo à parte quanto a seu direito material. Obviamente, é preciso competência técnica para orientação da parte quanto a suas convenções sobre procedimento, visto que, em tese, ela pode sofrer

prejuízo na defesa de seus interesses caso o acordo sobre procedimento acabe por afastar sua ampla defesa. Este é um ponto de extrema relevância, sobretudo quando se escolhem regras sobre a produção da prova.

Cabe esclarecer, ainda, que a arbitragem pode ser institucional ou *ad hoc*. A institucional é administrada por entidade estruturada para tanto, as chamadas câmaras arbitrais. Estas possuem regulamentos nos quais estão previstas regras procedimentais para o desenvolvimento da arbitragem. No modelo *ad hoc* a arbitragem é conduzida pelo árbitro, ou tribunal arbitral, sem participação de instituição arbitral. Neste caso, não há necessariamente a adoção de um regulamento preestabelecido.

O procedimento arbitral é definido tanto na fase pré-arbitral como na fase arbitral. Aquela tem início com a celebração da cláusula compromissória e dá-se até a aceitação da nomeação pelo árbitro, momento em que é considerada instituída a arbitragem (art. 19, LA), tendo início, portanto, a fase arbitral. Passa-se, então, à análise de como é construído esse procedimento.

3. Fontes de criação do procedimento

As fontes das quais podem emanar o regramento de um procedimento arbitral são:

- a) a lei;
- b) as partes;

- c) o árbitro ou tribunal arbitral;
- d) a instituição administradora da arbitragem;
- e) outras instituições regulamentadoras;
- f) o juiz estatal.

Trataremos a seguir de como ocorre a atuação de cada uma deles na construção do procedimento.

3.1. Legislação sobre procedimento arbitral

Na linguagem arbitral, a lei da sede da arbitragem, no que se refere a regras de procedimento (*procedural law*), é conhecida pela expressão latina *lex arbitri*.

Tomando por base a Lei de Arbitragem brasileira, verifica-se, como já mencionado, serem poucas as regras sobre o procedimento arbitral. A referida lei, em consonância com a autonomia da vontade que rege a arbitragem, dispõe, no *caput* de seu artigo 21, que o procedimento a ser obedecido será aquele estipulado pelas partes, ou, na ausência de estipulação, o que for disciplinado pelo árbitro ou tribunal arbitral (p. 1º, art. 21, LArb).

Entretanto, os princípios constitucionais são expressamente referidos na Lei 9307/96. No parágrafo 2º do mesmo artigo, está prevista a incidência dos princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Não cabe neste trabalho retomar qualquer discussão ou explicação sobre tais princípios.

É importante frisar, contudo, que esta previsão não esgota a incidência de princípios constitucionais do processo na arbitragem. Inclusive, a fundamentação da sentença arbitral é exigência do artigo 26, II, da LArb.

A violação a qualquer destes princípios figura no taxativo rol do artigo 32 da Lei 9307/96 como causa de nulidade da sentença arbitral. Entendemos, ainda, que, apesar de deverem ser respeitados no curso de todo procedimento arbitral, como diz a lei, os princípios em questão são verdadeiros princípios do processo arbitral, e não meras normas de procedimento.

3.2. Estipulação do procedimento pelas partes, pelos árbitros e pelas instituições arbitrais. Convenção arbitral, ordem processual e regulamentos

Opta-se neste item por tratar conjuntamente da estipulação do procedimento tanto pelas partes, quanto pelos árbitros e instituições arbitrais, devido ao fato de a construção do procedimento arbitral ser feita em regra pelo conjunto da atuação de todos estes sujeitos. Dificilmente em um determinado procedimento é possível separar de forma estanque a atuação de cada um deles, que se dá de maneira complementar e dialogada.

A instituição do juízo arbitral ocorre com a aceitação pelos árbitros da nomeação feita pelas partes (art. 19, *caput*, LArb), ou pelo sujeito que tenham escolhido para tanto (*appointing authority*). Antes desse momento

ocorre a denominada fase pré-arbitral. Trata-se de fase contratual, em que as partes estão celebrando a convenção arbitral. A arbitragem é contratual em sua origem e jurisdicional em sua função.

Neste momento observa-se a ampla manifestação da autonomia privada das partes (at. 2º, p. 1º, LArb). A cláusula compromissória cheia (art. 5º, LArb) prevê a forma por meio da qual será instaurado o juízo arbitral. Já a cláusula que não contém tal previsão é chamada de cláusula vazia (art. 6º, LArb).

A cláusula cheia não é necessariamente detalhada quanto às regras procedimentais. Não há que se confundir cláusula cheia com exaustão da escolha procedimental. Para ser cheia basta que nela esteja previsto o modo de instituição da arbitragem. Além do modo de instituição, outras diversas regras serão necessárias para o desenrolar de todo o procedimento. É verdade que, no Brasil, é bastante comum as partes, em cláusula cheia, adotarem as regras procedimentais de uma instituição arbitral, como autoriza a LArb (art. 5º, *caput*). Por outro lado, pode haver cláusula cheia prevendo arbitragem *ad hoc*, ou seja, sem intervenção de instituição arbitral e sem adoção prévia das regras procedimentais.

O maior ou menor detalhamento do procedimento na fase pré-arbitral depende exclusivamente das partes contratantes. Ambos apresentam vantagens e desvantagens. Se, por um lado, está-se em momento mais propício para

a negociação, vez que o litígio não existe, por outro, não conhecer exatamente o litígio também pode ser negativo quando se está justamente escolhendo regras que se pretendem adequadas ao direito material posto em juízo. Além disso, muitas vezes as partes não desejam se alongar nesse momento em relação às escolhas procedimentais para evitarem um desgaste da discussão do contrato de direito material. É preciso atenção, porém, para não haver descuido no momento da contratação da arbitragem, como lembra Ricardo de Carvalho Aprigliano: *“Não por acaso, a cláusula compromissória é denominada de midnight clause, porque normalmente é das últimas condições acertadas entre as partes. O núcleo do contrato está concluído e, em geral, as partes se apressam em encerrar a discussão dos seus demais aspectos, negligenciando muitas vezes este pacto arbitral”*.¹⁰

O compromisso arbitral é celebrado quando já existe um litígio. Conforme o artigo 9º da LArb, o compromisso é a espécie de convenção arbitral por meio da qual as partes submetem “um litígio à arbitragem”. Ele pode também conter regras procedimentais a serem adotadas no curso da arbitragem, além de alguns elementos obrigatórios (art. 10, LArb).

Ainda na fase de convenção da arbitragem, as partes podem eleger uma instituição para administrar a arbitragem. Tanto na cláusula como no compromisso isto pode

10 *Cláusula compromissória: aspectos contratuais*, p. 183.

ser feito. Se a arbitragem for administrada, em regra o regulamento da própria instituição escolhida aplicar-se-á ao procedimento arbitral¹¹. Contudo, há diversas instituições que permitem às partes alterações nas regras procedimentais conforme a necessidade do caso concreto.

As instituições (câmaras) arbitrais possuem regimentos e adotam regras procedimentais próprias. Quando as partes elegem a arbitragem administrada, geralmente estão escolhendo as regras constantes das normas da própria instituição. No entanto, é possível que a instituição arbitral não vincule a administração de determinada arbitragem à adoção de suas próprias regras. Há câmaras que aceitam a adoção de regulamentos independentes (a exemplo, regras da UNCITRAL), bem como aceitam ampla participação das partes e do árbitro na adequação do procedimento.

Eduardo Silva da Silva chega a afirmar que “[...] o futuro da arbitragem brasileira tende a depender menos da legislação e da jurisprudência, uma vez que ambas já contribuíram em muito para a consolidação da experiência. Trilhados os caminhos mais difíceis e íngremes, o percurso dirige-se à estabilidade. Nesse contexto, as regras

11 Como exemplo, a cláusula padrão sugerida pela Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP: “Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução deste Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente entre as Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por Arbitragem, nos termos do Regulamento de Arbitragem e Mediação da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP), e sob a administração da mesma Câmara.”

*arbitrais adquirem crescente relevância por força das próprias estipulações das câmaras arbitrais e da capacidade de oferecer segurança, agilidade e especificidade das decisões num mercado cada vez mais segmentado”.*¹²

Na fase arbitral, as partes estão na presença do árbitro, que tem poder supletivo para ditar o procedimento. Tanto as partes podem delegar a ele essa regulação (art. 21, *caput*, LA), como a lei lhe confere este poder supletivo na ausência de regras estabelecidas pelas partes (art. 21, p. 1º, LA). Quando atua, o árbitro deve buscar sempre o consenso, dialogando com as partes e buscando modular o procedimento com a máxima adequação ao direito material controvertido.

Importante notar que a autonomia privada das partes pode encontrar limites nos poderes concedidos a outros sujeitos da arbitragem. Por exemplo, a instituição arbitral ou o árbitro nomeado podem não concordar em administrar/realizar a arbitragem em razão de regras adotadas pelas partes. O árbitro deve ter habilidade em conduzir o processo arbitral. Por isso, suas deliberações devem ser editadas preferencialmente em conjunto com as partes.

Na ausência de regulação pelas partes, entra-se na controvertida seara dos poderes implícitos e poderes inerentes do árbitro. Eles existem? Quais seriam? Temos posições radicalmente contrárias a tais poderes, sobretudo poderes implícitos, defendendo que nada do que não tenha sido de-

12 *Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos*, p. 183.

legado pelas partes pode ser feito pelo árbitro em matéria de estabelecimento de regra procedimental, sob pena de violação à autonomia da vontade. Contudo, sob outra ótica, ao árbitro cabe a manutenção da higidez do procedimento, o que autoriza a conclusão de que existem poderes inerentes a sua atividade, que independem da atuação das partes. Não sem motivo diz-se que “uma arbitragem é tão boa quanto o seja o árbitro”.

Os regulamentos de instituições independentes também têm grande utilização na prática arbitral. Apesar de sua origem na arbitragem internacional, por terem sido criados justamente visando à uniformidade de tratamento da arbitragem em âmbito mundial, verifica-se sua adoção também em arbitragens domésticas, não havendo qualquer vedação a essa prática.

Dentre essa espécie de regulamentação, sem dúvida merecem destaque os provimentos editados pela *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), a Comissão da ONU para o comércio internacional. Destacam-se para fins deste trabalho as *UNCITRAL Arbitration Rules* e as *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. Tais regulamentos tem natureza de *soft law*, e podem ser de grande valia na construção do procedimento arbitral, especialmente em arbitragens *ad hoc*.¹³

13 Não é pertinente a este trabalho a discussão sobre o caráter vinculante, ou não, das normas de *soft law*. Inclusive porque o sentido em que o termo é empregado depende também do contexto, podendo variar.

3.2.1. Instrumentos de veiculação das regras de procedimento

Vistas as fontes criadoras do procedimento arbitral, é preciso também saber por meio de que instrumentos as regras procedimentais devem ser estabelecidas, o que Marcos André Franco Montoro denomina de fontes objetivas¹⁴ (em contraposição às subjetivas, que seriam os sujeitos criadores das normas, aqui apresentados no item *supra*).

No item acima já se apresentou o texto legal e a convenção arbitral, ambos podendo ser inseridos no rol de instrumentos de veiculação das regras procedimentais. A ser melhor explorado no item 3.3, desde logo se inclui também a decisão judicial (compromisso arbitral judicial). Todos esses instrumentos estão concentrados na fase pré-arbitral (exceção feita ao compromisso arbitral extrajudicial que seja celebrado após instituída a arbitragem, caso que em terá de haver cláusula compromissória anteriormente pactuada).

Além desses instrumentos, na fase arbitral, podemos encontrar ainda:

a) adendo à convenção: elaborado por iniciativa do árbitro, ou tribunal arbitral, em conjunto com as partes, quando houver necessidade de se explicitar questão disposta na convenção. O adendo passa a integrar a convenção de arbitragem (art. 19, p. 1º, LArb);

14 *Flexibilidade do procedimento arbitral.*

b) termo de arbitragem: documento produzido pelo árbitro, ou tribunal arbitral, em conjunto com as partes. O termo de arbitragem costuma ser produzido em audiência inicial, após as primeiras manifestações das partes, momento em que são, então, delimitadas as questões controvertidas, o que será objeto de prova e o que deverá ser demonstrado pelas partes em audiência ou em seus memoriais finais. Nas palavras de Selma Lemes, *“O termo de arbitragem é um instrumento organizador da arbitragem”*¹⁵;

c) ordem processual: fala-se em ordem processual quando a determinação provém exclusivamente do árbitro, ou tribunal, ou mesmo da instituição arbitral, como explica Marcos André Franco Montoro: *“A ordem processual da arbitragem é um tipo de decisão similar às decisões interlocutórias dos processos judiciais estatais brasileiros, apesar de que, às vezes, as ordens processuais podem ter conteúdo que mais se assemelhe aos despachos. As ordens processuais são as decisões, preferidas na arbitragem, que impulsionam o procedimento, que resolvem as questões processuais etc. Ora, um tipo de questão que pode ser resolvida por meio de uma ordem processual é fixar-se (criar-se) determinada regra procedimental.”*¹⁶

15 *A função e o uso do termo de arbitragem.*

16 *Flexibilidade...*, p. 113-114.

3.3. A atuação do juiz estatal na elaboração do procedimento arbitral

Entre juízo arbitral e juízo estatal deve haver uma relação de cooperação. Felizmente, há muito foi superada a ideia de atuações conflitantes entre tais instâncias. A verdade é que a arbitragem para bem se desenvolver precisa do Poder Judiciário. É o conhecido *paradoxo da arbitragem*: ao mesmo tempo em que o árbitro precisa de independência em relação ao Judiciário (o que, no Brasil, por exemplo, afasta, em regra, a utilização de medidas antiarbitrais¹⁷), também precisa da atuação deste para o bom funcionamento da arbitragem.

Aliás, um dos critérios para avaliação do sucesso da arbitragem em determinado país é justamente a análise da qualidade da jurisprudência de seus tribunais estatais sobre o tema. O Poder Judiciário atua oferecendo apoio e controlando a arbitragem.

No que se refere à construção do procedimento arbitral, a atuação do Judiciário acontece no âmbito da demanda prevista pelo artigo 7º da Lei 9307/96. A “revolução” havida quando da edição da referida lei no uso da arbitragem no Brasil deu-se sobretudo em dois aspectos. Um deles foi exatamente a adoção de eficácia vinculante à *clausula compromissória*¹⁸, seu efeito positivo. Em decor-

17 Medidas judiciais que impõem obstáculos à instituição ou desenvolvimento de determinado juízo arbitral.

18 O outro foi a eliminação da necessidade de homologação da decisão

rência deste, as partes que contrataram a arbitragem não podem eximir-se da sujeição ao juízo arbitral (salvo nulidades eventualmente havidas na contratação).

Para dar efetividade ao efeito positivo da cláusula compromissória foi instituída a previsão do artigo 7º da Lei de Arbitragem, nos seguintes termos:

“Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim”.

O compromisso é a modalidade de convenção arbitral adotada quando já se instaurou o litígio. Ou seja, na hipótese, as partes contrataram a arbitragem por meio de cláusula compromissória, antes da existência do litígio. Porém, após, surgido o conflito, uma delas se recusa a cumprir a cláusula. Neste caso, abre-se a possibilidade de a outra parte socorrer-se do Judiciário para instituição da arbitragem por meio de compromissos arbitral lavrado judicialmente, em substituição da vontade da parte.

Os termos do compromisso, incluindo estipulação acerca do procedimento arbitral terão, portanto, a participação do juiz estatal. Por dever de cooperação, busca de solução consensual e expressa previsão da LArb, o juiz deverá atuar sempre procurando o diálogo e consenso

arbitral (antes, laudo; agora, sentença) pelo Poder Judiciário.

entre as partes sobre o conteúdo do compromisso. Mas, certamente, se não for bem sucedido, deverá ele próprio estabelecer este conteúdo.

Ou seja, a figura do juiz estatal como criador de regras do procedimento arbitral surge quando ocorra ajuizamento da demanda prevista no artigo 7º da Lei de Arbitragem, demanda esta cabível quando haja cláusula vazia e uma das partes recuse-se a comparecer perante a outra para instauração da arbitragem. Julgada procedente, o juiz, ao proferir sentença, substitui a vontade da parte recalcitrante, valendo sua decisão como compromisso arbitral, no qual poderão estar fixadas regras procedimentais.

Dois pontos merecem nota, embora não diretamente relacionados à criação do procedimento arbitral. Primeiro, o artigo 7º ora tratado foi objeto de arguição de inconstitucionalidade, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal pôs fim ao debate sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Segundo, apesar de abordada como medida de apoio, a atuação judicial nesta espécie de demanda também é medida de controle da arbitragem, vez que o juiz precisará fazer, se a tanto for provocado, um controle de validade da cláusula compromissória, para que, posteriormente, se for o caso, atue na celebração do compromisso arbitral em juízo.

4. Considerações finais

Como facilmente se nota, a construção do procedimento arbitral é atividade complexa, no sentido de envol-

ver diversos atores e etapas, sem com isso se estar aqui afirmando ser complicada. No entanto, não se pode negar que é preciso cuidado especial em comparação com o recurso ao processo judicial, já, em regra, pré-moldado. É o *tailoring process* dos americanos, um procedimento desenhado especificamente para determinado caso, razão pela qual na comunidade arbitral ouve-se dizer que nenhuma arbitragem é igual à outra. Por isso é tão valorizada a audiência inicial, com comparecimento dos árbitros e das partes. Conduzir uma audiência para gerenciamento do caso é considerada boa prática em matéria de arbitragem, pois permite a modulação do procedimento de modo a conferir-lhe máxima eficiência em termos de tempo e custos.

O procedimento arbitral revela o respeito à vontade das partes, a sua liberdade de contratar, produzindo bons resultados, como já observado:

“Veremos que a vontade, da parte e dos árbitros, é viga mestra nesse quesito. Vontade essa que é ampliada, per relationem, ao papel que os regulamentos das câmaras exercem. Vontade essa que é hipertrofiada pela ampla gama de poderes instrutórios que o árbitro detém. Confia-se na vontade. E essa confiança traz frutos.”¹⁹

Finalmente, destaca-se, de maneira sintética, alguns pontos que merecem atenção na confecção do procedimento, em relação aos quais os usuários da arbitragem devem estar conscientes:

19 *Existiria uma ordem jurídica arbitral?*, p. 76.

a) as normas cogentes na legislação da sede da arbitragem, sob pena de encontrarem dificuldades na execução da decisão arbitral;

b) a escolha da instituição arbitral, se for adotada, tão importante quanto à escolha do árbitro;

c) a redação da convenção arbitral.

Já chegamos aos 21 anos de vigência da Lei 9307/96. O Brasil revelou-se aberto e atualizado na adoção desse meio extrajudicial de solução de controvérsias, tendo surpreendente crescimento nos números de casos e valores submetidos à arbitragem, inclusive no cenário internacional²⁰. Pode-se concluir, assim, que os benefícios da flexibilidade procedimental na arbitragem merece ainda maior divulgação na comunidade jurídica, com o que se buscou contribuir por meio deste singelo artigo.

Bibliografia

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft law e produção de provas na arbitragem internacional*. São Paulo: Atlas, 2014.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Cláusula compromissória: aspectos contratuais*. In Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, julho de 2012, n. 116, p. 174-192.

20 O Brasil é o quinto país que mais utiliza a arbitragem no mundo, segundo o *ranking* da Câmara de Comércio Internacional-CCI.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAPONI, Remo. *Rigidità e flessibilità del processo civile*. In *Processo em Jornadas*. Coord. Lucon, Paulo Henrique dos Santos *et alli*. Editora Juspodium: Salvador, 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEMES, Selma. *A função e o uso do termo de arbitragem*. Revista Cobertura Mercado de Seguros. In http://wwwold.revistacobertura.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=33637&friurl=-A-funcao-e-uso-do-termo-de-arbitragem-. Consultado em 05/11/2017.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodium, 2016.

Mazzei, Rodrigo e Chagas, Bárbara Seccato Ruis. *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. In *Negócios Processuais*. Coord. Cabral, Antonio do Passo e Nogueira, Pedro Henrique. Salvador: Editora Juspodium, 2016.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2010.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. *Existiria uma ordem jurídica arbitral?* In 20 anos da Lei de Arbitragem. Homenagem a Petrônio R. Muniz. Coord. Carmona, Lemes e Martins. São Paulo: Atlas, 2017, p. 59-82.

SILVA, Eduardo Silva da. *Regras arbitrais brasileiras: a fase dos regulamentos.* In Arbitragem. Estudos sobre a Lei 13.129, de 26-5-2015. Coord. Cahali, Rodovalho e Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 181-196.

WLADECK, Felipe Sripes. *Impugnação da sentença arbitral.* Salvador: Juspodium, 2014.