

A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (VERSÃO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS – DEP. PAULO TEIXEIRA)

Fredie Didier Junior*

ARBITRAGEM COMO ATIVIDADE JURISDICIONAL

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) parece ter-se posicionado em relação à conhecida polêmica sobre a natureza da arbitragem no direito brasileiro.

O art. 3º do NCPC indica que o projeto se encaminhou para a concepção majoritária: a arbitragem é, no Brasil, jurisdição¹.

O *caput* do art. 3º repete o enunciado constitucional que cuida do princípio da inafastabilidade da jurisdição: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Nesse mesmo artigo, o legislador acrescentou um § 1º, que está assim redigido: “§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei”.

Esse parágrafo possui dois propósitos, um ostensivo e outro simbólico.

Ostensivamente, serve para deixar claro que o processo arbitral se submete a um microsistema jurídico, previsto em lei extravagante, servindo o Código de Processo Civil como diploma de aplicação subsidiária.

Do ponto de vista simbólico, relaciona a arbitragem ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, de modo a evitar discussões sobre se a escolha pelo juízo arbitral, com a impossibilidade de discussão do mérito da sentença arbitral, é proibida constitucionalmente. A possibilidade de submissão da questão à ar-

* Livre-docente (USP); pós-doutor (Universidade de Lisboa); doutor (PUC-SP); mestre (UFBA); professor-adjunto de Direito Processual Civil da Universidade Federal da Bahia; professor-coordenador da Faculdade Baiana de Direito; membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, da Associação Internacional de Direito Processual e da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo; advogado e consultor jurídico.

1 Como, aliás, reconheceu recentemente seção do Superior Tribunal de Justiça, no CC 111.230/DF, Relª Minª Nancy Andrighi, j. 08.05.2013.

bitragem é, assim, vista também como forma de concretizar o princípio de que a jurisdição, no Brasil, é inafastável e universal – há a jurisdição civil estatal, regulada pelo CPC, e a jurisdição civil arbitral, regulada por lei extravagante.

CARTA ARBITRAL

O projeto de NCPC prevê novidade importante para, também aqui, promover uma harmonização entre os sistemas da Justiça arbitral e da Justiça estatal.

Consagra-se expressamente a possibilidade de pedido de cooperação entre árbitro e juiz. Esse pedido será feito por meio de carta arbitral. Eis o que dispõe o art. 237, IV, do NCPC: “Será expedida carta: (...) IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área da sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela antecipada”.

Note que não compete ao órgão do Poder Judiciário rever o mérito da decisão arbitral, para cuja efetivação se busca a sua cooperação². Por isso o uso dos verbos “pratique” e “determine”.

Também é importante a observação de que o termo “juízo arbitral”, nesse inciso, deve ser compreendido de modo bem amplo: árbitro, tribunal arbitral, presidente do tribunal arbitral e instituição administradora da arbitragem³; há quem admita que até mesmo a parte interessada possa encaminhar a carta arbitral⁴, desde que em cumprimento de decisão arbitral.

A carta arbitral terá de preencher os requisitos previstos no § 3º do art. 260 do NCPC: “§ 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o *caput* e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e da sua aceitação da função”. A carta arbitral é, assim, o instrumento do pedido de cooperação formal entre o juízo arbitral e o Poder Judiciário.

2 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, RT, 2012, n. 205, p. 319.

3 “Assim, quando, por exemplo, uma arbitragem com sede no Brasil é administrada pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, a decisão proferida pelo árbitro e não satisfeita pela parte destinatária poderá ser efetivada no Poder Judiciário por meio da expedição de uma carta arbitral solicitada pelo secretário-geral da entidade arbitral. A mesma regra vale para as instituições arbitrais brasileiras. O presidente da câmara de arbitragem ou o secretário executivo podem, a partir da decisão tomada pelo árbitro, solicitar o apoio do Poder Judiciário.” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 319)

4 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 319.

A carta arbitral é muito útil para solicitar o auxílio do juízo estatal para a efetividade das medidas tomadas pelo juízo arbitral. Assim, por exemplo, caso uma testemunha não compareça a uma audiência no processo arbitral, o juízo arbitral poderá solicitar, por carta arbitral, ao juiz estatal que conduza coercitivamente a testemunha à próxima sessão em que será ouvida (art. 22, § 2º, da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem). Outras medidas coercitivas, assim como medidas de tutela de urgência, igualmente poderão ser determinadas pelo juízo arbitral, que solicitará, por carta arbitral, a cooperação do juiz estatal competente para efetivação da medida tomada (art. 22, § 4º, da Lei de Arbitragem), notadamente em caso de resistência.

O propósito da carta arbitral, portanto, é ser um instrumento de cooperação entre a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal para primordialmente conferir efetividade às decisões proferidas pela primeira.

REGIME JURÍDICO DA ALEGAÇÃO EM JUÍZO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Uma das principais novidades trazidas pela versão do Novo Código de Processo Civil (NCPC), apresentada pela Câmara dos Deputados, é a disciplina minuciosa da alegação, pelo réu, da existência de convenção de arbitragem (arts. 345 a 350 do Projeto).

O CPC/73 é muito parcimonioso a respeito do assunto, além de não ser compatível com a prática brasileira da arbitragem.

A proposta da Câmara traz quatro grandes novidades, que serão apresentadas nos próximos itens.

IMPOSSIBILIDADE DE O ÓRGÃO JURISDICIONAL CONHECER DE OFÍCIO DA EXISTÊNCIA DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Deixa-se claro, inicialmente, que a existência de convenção de arbitragem é fato jurídico que o órgão jurisdicional *não* pode conhecer de ofício (art. 349 do NCPC): cabe ao réu alegar a existência de convenção de arbitragem, no primeiro momento que lhe couber falar nos autos; caso não o faça, seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e conseqüente renúncia ao juízo arbitral.

A premissa legislativa é óbvia: a convenção de arbitragem é cláusula negocial firmada por pessoas capazes, envolvendo direitos disponíveis. Se uma das partes desobedece a essa disposição negocial, demandando perante o

Poder Judiciário, cabe à outra parte alegar esse descumprimento, demonstrando a existência da convenção de arbitragem; se não o fizer, é como se aceitasse a jurisdição estatal, de resto provocada pela parte autora, que, por isso, também renunciou tacitamente à jurisdição arbitral; assim, ambas as partes, ao aceitarem a jurisdição estatal, abdicam da convenção de arbitragem, em um distrato tácito⁵.

Não por acaso a proposta legislativa atribui ao silêncio do réu caráter negocial: aceitação da jurisdição estatal e renúncia ao juízo arbitral (art. 350 do Projeto).

Esse regramento encerra duas antigas discussões doutrinárias.

Primeiro, encerra a discussão sobre se o órgão jurisdicional pode conhecer de ofício qualquer convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ou apenas a cláusula compromissória – a combinação dos arts. 267, § 3º, e 301, § 4º, do CPC/73 deixa essa dúvida⁶. Agora, não há mais dúvida: a existência de qualquer espécie de convenção de arbitragem *não* pode ser conhecida de ofício pelo órgão jurisdicional. Essa é, aliás, a opção mais correta, não apenas porque de acordo com a Convenção de Nova Iorque, em vigor no Brasil desde 2002⁷, sobretudo se levarmos em consideração que o compromisso arbitral costuma ser ato com conteúdo mais complexo, na medida em que sempre contém todos os elementos para a instauração da arbitragem, o que nem sempre ocorre com a cláusula compromissória⁸.

Segundo, resolve a questão sobre até que momento é possível alegar a existência de convenção de arbitragem. Como a inexistência de convenção é pressuposto processual negativo, o § 3º do art. 267 do CPC atual (igual ao § 3º do art. 495 do NCPC) poderia levar ao entendimento de que se trata de questão que poderia ser controlada a qualquer tempo, enquanto o processo estivesse pendente. A proposta da Câmara esclarece: a alegação deve ser feita no primeiro momento que couber ao réu falar nos autos, sob pena de preclusão.

5 Exatamente na linha defendida por: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 314.

6 Sobre a discussão, mais recentemente, com bastante proveito: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 311-314.

7 Art. II, nº 3, da Convenção de Nova Iorque sobre sentenças arbitrais estrangeiras, de 10.06.58: “3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável”.

8 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 311.

FORMA DE ALEGAÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Outra grande alteração foi a criação de uma forma específica de alegação da existência de convenção de arbitragem, distinta da contestação.

O réu tem de alegar a existência de convenção de arbitragem em peça avulsa, antes de apresentar a sua contestação.

A premissa é a seguinte: embora não seja impossível, é muito rara a existência de processo arbitral que não seja sigiloso; também é muito comum que na própria convenção de arbitragem já se imponha o sigilo.

Assim, não é adequada ao sistema da arbitragem uma regra, como a do atual CPC, que imponha ao réu o ônus de alegar, ao mesmo tempo, a existência de convenção de arbitragem e todo o resto da defesa, inclusive de mérito, para a eventualidade de a primeira alegação ser rejeitada. Dessa forma, o réu se prejudica, pois não se lhe garante o sigilo, contratualmente já previsto. Note que, mesmo se o órgão jurisdicional garantisse o segredo de justiça ao processo em que tais alegações foram apresentadas (art. 189, IV, do NCPC⁹, regra nova e que merece elogios¹⁰), o direito do réu permaneceria sendo violado, pois o sigilo arbitral lhe garante, também, que essas alegações sejam apresentadas tão somente perante o juízo arbitral.

De acordo com a proposta da Câmara dos Deputados, que é louvável, a alegação de convenção de arbitragem é feita de modo avulso, antes da contestação. Rejeitada a alegação, abre-se o prazo para o réu apresentar a sua contestação.

É preciso fazer algumas observações:

a) a alegação de convenção de arbitragem deve vir acompanhada do instrumento desta convenção, sob pena de rejeição liminar (art. 345, § 1º, do NCPC). Como toda convenção de arbitragem é na forma escrita, a regra é boa e evita alegações abusivas, com nítido caráter protelatório;

9 Art. 189, IV, do NCPC: “Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos: (...) IV – que versam sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”. Observe que esse dispositivo garante o sigilo em qualquer processo que verse sobre a arbitragem, o que inclui a execução de sentença arbitral. Na versão do Senado, falava-se apenas nos atos relativos ao cumprimento de carta arbitral; a redação da Câmara é melhor, pois garante o sigilo a qualquer processo que verse sobre a arbitragem, cujo sigilo tenha sido convencionado. Essa era a redação da versão do Senado: “Art. 164. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: (...) IV – que dizem respeito ao cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo”.

10 FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís, *ob. cit.*, p. 321-325.

b) a decisão que rejeita a alegação de convenção de arbitragem é impugnável por agravo de instrumento (art. 1.028, III, do NCPC). Realmente, trata-se de decisão interlocutória que tem de poder ser impugnada imediatamente, já que não faria qualquer sentido em diferir a sua impugnação para o momento da interposição de apelação contra a sentença (art. 1.022, §§ 1º e 2º, do NCPC), quando já não teria utilidade.

Note, porém, que a decisão que acolher a alegação de convenção de arbitragem é sentença (art. 203, § 1º, do NCPC) e, pois, apelável;

c) se o réu quiser alegar, também, a incompetência relativa do juízo, deverá fazê-lo na mesma petição. Nesse caso, porém, a petição poderá ser apresentada no juízo de domicílio do réu, observado o disposto no art. 341¹¹ do NCPC (arts. 345, § 3º, e 346, § 2º, do NCPC);

d) a forma da alegação dependerá de ter sido ou não designada a audiência de conciliação prévia, prevista no art. 335 do NCPC.

Designada a audiência, a alegação deve ser apresentada, em petição autônoma, na própria audiência. Nesse caso, o autor será intimado para manifestar-se imediatamente; se houver necessidade, a requerimento do autor, o juiz poderá conceder prazo de até 15 dias para essa manifestação (art. 345, § 2º, do NCPC).

Pode o réu, porém, manifestar desinteresse na autocomposição e, assim, pedir o cancelamento da audiência (art. 335, § 5º, do NCPC). Nesse caso, terá o réu de, na mesma oportunidade, formular a alegação de convenção de arbitragem, nos termos acima apresentados (art. 345, § 5º, do NCPC).

Não tendo sido designada audiência de conciliação, a alegação da existência de convenção de arbitragem deverá ser formulada, também em petição autônoma, no prazo da contestação.

Nesse caso, a alegação desacompanhada do instrumento da convenção, além de ser rejeitada liminarmente, fará com que o réu seja considerado revel (art. 346, § 1º, do NCPC). Observe que, nesse caso, a revelia se impõe, pois o prazo de contestação já se iniciara – quando a audiência de conciliação é

11 “Art. 341. Havendo alegação de incompetência relativa, a contestação poderá ser protocolada no foro de domicílio do réu, fato que será imediatamente comunicado ao juiz da causa, preferencialmente por meio eletrônico. § 1º A contestação será submetida a livre distribuição ou, se o réu houver sido citado por meio de carta precatória, juntada aos autos dessa carta, seguindo-se a sua imediata remessa para o juízo da causa. § 2º Reconhecida a competência do foro indicado pelo réu, o juízo para o qual fora distribuída a contestação ou a carta precatória será considerado preventivo. § 3º Alegada a incompetência nos termos do *caput*, será suspensa a realização da audiência de conciliação a que se refere o art. 335, se tiver sido designada. § 4º Definida a competência, o juízo competente designará nova data para a audiência de conciliação.”

designada, o prazo para a contestação começa a fluir da própria audiência (art. 336, I, do NCPC).

ALEGAÇÃO DE CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E PENDÊNCIA DO PROCESSO ARBITRAL

O art. 347 do NCPC consagra a importante regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral: é dele a competência para examinar a sua própria competência. Dispõe o art. 347 que se “o procedimento arbitral já houver sido instaurado antes da propositura da ação, o juiz, ao receber a alegação de convenção de arbitragem, suspenderá o processo, à espera da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência; não havendo sido instaurado, o juiz decidirá a questão”.

Trata-se de dispositivo correto e muito importante para dar o devido prestígio ao sistema arbitral: se há processo arbitral pendente, cabe ao juízo arbitral a definição de sua competência; se não houver, cabe ao órgão jurisdicional estatal decidir sobre a alegação de convenção de arbitragem.

Para bem compreendê-lo, é preciso entender a regra da *Kompetenzkompetenz* na arbitragem.

O art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem) é claro ao dizer que “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Eis a consagração da regra da competência do árbitro para julgar a própria competência.

A regra da *Kompetenzkompetenz* não decorre apenas da autonomia da vontade das partes na arbitragem: se fosse apenas disso, não explicaria a natureza jurisdicional de uma decisão de árbitro ou tribunal arbitral declaratória de inexistência de convenção de arbitragem. Haveria a esdrúxula situação de um árbitro com poderes jurisdicionais conferidos por um negócio jurídico inexistente. A regra da *Kompetenzkompetenz* é mais que isso: é um reconhecimento normativo por parte do Estado de que a jurisdição, em tese sob seu monopólio, pode ser exercida prioritariamente por agentes privados em algumas circunstâncias. Assim, essa regra é uma declaração estatal de reconhecimento do direito da arbitragem como conjunto normativo em que está contido um método jurisdicional privado para solução de um determinado litígio envolvendo direitos com conteúdo preponderantemente econômico.

A regra da *Kompetenzkompetenz* estabelece uma prioridade: na pendência de processo arbitral, quem tem de *primeiro* analisar questões relativas à competência ou à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem

é o próprio árbitro ou tribunal arbitral. Ela não elimina a possibilidade de exame pelo Poder Judiciário dessas questões ou torna esses temas imunes à apreciação do juiz estatal: apenas posterga a eventual análise deles para uma ação anulatória ajuizada pela parte que se sentiu prejudicada. Essa regra estabelece, pois, uma ordem cronológica eventual: na pendência de processo arbitral, a primeira análise tem de ser arbitral; em caso de reafirmação pelo árbitro ou tribunal arbitral da própria competência ou de julgamento improcedente da questão sobre inexistência, defeito ou ineficácia da convenção de arbitragem, a parte poderá, *posteriormente* à sentença arbitral, levar essa matéria para conhecimento do Poder Judiciário com eventual ajuizamento da ação anulatória do art. 33 da Lei de Arbitragem. A possibilidade dessa análise *posterior* pelo Poder Judiciário está bem evidente no art. 20, § 2º, da Lei de Arbitragem, que determina o prosseguimento do processo arbitral em caso de não acolhimento da arguição posta pela parte com fundamento nos temas do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, “sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei”. Portanto, a regra da *Kompetenzkompetenz* do juízo arbitral é um impedimento *a priori* à cognição do juízo estatal, na pendência de processo arbitral.

A amplitude da regra da *Kompetenzkompetenz* é variada e depende de cada ordenamento jurídico. Há entendimento restritivo, que tende a ver superioridade moral ou precedência soberana do Poder Judiciário, com o que se lhe permite a apreciação sobre aquelas questões em torno da convenção de arbitragem mesmo na pendência de um processo arbitral. Há entendimento mais expansivo, que reconhece a prioridade da própria jurisdição arbitral para julgamento daquelas questões sem eliminar a possibilidade de o tema ser futuramente reapreciado pelo Poder Judiciário. Esse entendimento torna a arbitragem mais efetiva e atraente como uma alternativa à jurisdição estatal. O Brasil se situa no segundo grupo; o NCPC ratifica isso.

CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO

A existência de convenção de arbitragem é causa de extinção do processo sem resolução do mérito (art. 495, VII, do NCPC).

Esse fato pode ser reconhecido pelo juízo arbitral, no caso em que o processo arbitral é anterior ao processo estatal, ou pelo próprio órgão jurisdicional estatal, no caso de ainda não haver processo arbitral pendente (art. 348 do NCPC).

Note, assim, que a extinção do processo jurisdicional estatal pode decorrer de uma decisão do juiz da causa ou como efeito anexo da decisão do juízo arbitral sobre a sua própria competência.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA

O NCPC traz dispositivo que cuida da homologação de sentença arbitral estrangeira. Trata-se do § 3º do art. 972, assim redigido: “§ 3º A homologação de decisão arbitral estrangeira obedecerá ao disposto em tratado e na lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições deste Capítulo”.

A opção, aqui, é bem clara: a homologação de decisão arbitral estrangeira será regida, prioritariamente, pelo microssistema jurídico da arbitragem: a Convenção de Nova Iorque, em primeiro lugar, e a Lei nº 9.307/96, em segundo lugar. Tratado e lei federal, nessa ordem. Se o microssistema possuir alguma lacuna, avança-se para o Código de Processo Civil – e apenas nesse caso.

A opção, além de clara, é correta: as peculiaridades da arbitragem devem ser reguladas por diploma normativo específico; em se tratando de decisões arbitrais estrangeiras, esse diploma é a Convenção de Nova Iorque, vigente no Brasil desde 2002.

A regra harmoniza-se com o § 1º do art. 3º do NCPC, já comentado, que, conforme se disse, garante à arbitragem o seu próprio microssistema jurídico.

ANULAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL E IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

A Lei de Arbitragem, por ter sido publicada em 1996, ainda menciona os embargos à execução de sentença, como meio de defesa do executado.

Desde 2005, a defesa do executado na execução de sentença se realiza por meio da *impugnação*.

O NCPC mantém a impugnação como meio de defesa do executado, nesse caso.

Em razão disso, aproveitou-se a oportunidade para corrigir a desarmonia legislativa. O art. 1.075 do NCPC determina a alteração do § 3º da Lei nº 9.307/96, que passaria a vigorar com a seguinte redação: “§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 539 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial”.