

# UMA ANÁLISE DO PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 20 DA LEI DE ARBITRAGEM A PARTIR DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

AN ANALYSIS OF THE FIRST PARAGRAPH OF THE ARTICLE 20 OF THE LAW OF ARBITRATION UNDER THE PRINCIPLES OF AUTONOMOUS WILL

**Lídia Lara Araújo de Oliveira e Souza Wernersbach Simon<sup>1</sup>**

## **Resumo**

Não é de hoje que se discute a arbitragem a partir do princípio da autonomia da vontade, sendo essa uma questão existente desde seus primórdios. O presente artigo não pretende simplesmente repetir ideias e opiniões já sedimentadas, mas efetivamente contribuir para o avanço da utilização do procedimento arbitral a partir de seu correto entendimento. Assim, questiona-se, por meio deste, a aplicação indiscriminada do § 1º do art. 20 da Lei nº 9.307/96, o qual, em sua parte final, estabelece a remessa da controvérsia ao órgão do Poder Judiciário em caso de incompetência do árbitro ou do Tribunal Arbitral e também quando verificada a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem. O que se quer saber é se a previsão legal privilegia ou não o postulado base da autonomia da vontade. Para tanto, serão feitas algumas considerações iniciais sobre a promulgação da Lei de Arbitragem, bem como sobre tais institutos jurídicos. Por fim, e através de um procedimento dedutivo e descritivo, a conclusão a que se chegará é no sentido de que sim, o dispositivo legal em comento desrespeita o princípio mencionado, pelo que deve ser ele lido e aplicado com ressalvas.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Princípio da autonomia da vontade. Art. 20, §1º, da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem).

## **Abstract**

A lot has been discussed about the arbitration from the principle of freedom of choice, and this is an existing issue since the beginning. This article does not attempt to simply repeat ideas and opinions that are already consolidated, but effectively contribute to the advancement of the arbitration proceeding from its correct understanding. Therefore, its major question is

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo. Pós-graduada em Direito e Comércio Internacional pela Universidade Anhuera-UNIDERP. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Advogada.

on the indiscriminate application of § 1 of article 20 of Law nº 9.307/96, which in its final part establishes a referral of the dispute to the Judiciary in case of incompetence of the arbitrator or of the Arbitral Tribunal and when verified nullity, invalidity or inefficacy of the arbitration agreement. What we want to know is whether the legal provision favors or not the basic premise of freedom of choice. For that, we will make some initial notes over the promulgation of the Arbitration Law, such as over those legal institutions. Finally, and by deduction and in a descriptively form, we will conclude that the mentioned principle is in fact disrespected, so it must be understood and applied with caution.

**Key-words:** Arbitration. Principle of freedom of choice. Article 20, § 1, of the Law nº 9.307/96 (Arbitration Law).

## 1- INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei nº 9.307/96 causou um grande burburinho na sociedade jurídica, pois, a partir dela, o Brasil mostrou não só para seus cidadãos, mas também para a comunidade internacional, estar aberto a novas práticas, à arbitragem especificamente (nessa época já bastante difundida entre vários países, dentre os quais se destacam os europeus).

Entretanto, nem tudo foram ou são louros. Apesar do grande passo dado pelo legislador, a arbitragem, enquanto meio heterocompositivo de solução de controvérsias ainda é pouco utilizada, quer por desconhecimento dos jurisdicionados e dos próprios advogados, quer por receio ou mesmo pelo custo nela embutido.

Seja como for, a verdade é que o contexto atual, absurdamente globalizado, não mais permite que a ignoremos, sendo por vezes exigida sua utilização por parceiros comerciais estrangeiros.

Foi justamente por isso que escolhemos sobre dela falar, não de forma geral e abrangente, pois desse modo suplantariamos o objetivo deste trabalho, e sim de maneira bastante particular, tratando única e tão somente do § 1º do art. 20 da Lei de Arbitragem. E o motivo é muito simples: é que, a partir dos estudos que pudemos desenvolver, percebemos que a doutrina e a jurisprudência pátria não lhe dão a devida atenção, o que coloca em risco um dos princípios mais característicos da arbitragem, a saber, o da autonomia da vontade das partes.

Começaremos, então, com uma breve exposição histórica a seu respeito, ressaltando, inicialmente, seu desenvolvimento e suas lutas, para, posteriormente, mencionar suas principais características.

Após, iremos discorrer sobre o princípio da autonomia da vontade, ponto chave para a análise proposta, fazendo remissão, como não haveria de deixar de ser, ao direito civil, de onde se originou.

Em seguida, conceituaremos, um a um, os institutos a que faz alusão o dispositivo legal em testilha, quais sejam: suspeição, impedimento, incompetência, nulidade, invalidade e ineficácia.

Somente depois de entender o que cada um deles significa é que passaremos a finalmente analisar o art. 20, § 1º, da Lei nº 9.307/96, o qual, em nossa opinião, deve ser lido e aplicado com extrema cautela para não se colocar em risco o princípio da autonomia da vontade, marco indiscutível e indispensável da arbitragem.

É bom deixar claro que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar o tema. O que almejamos, restritos às limitações que possuímos, é simplesmente trazer ao debate questões que parecem ter passado despercebidas, tanto pelo legislador, como pelo aplicador do direito.

Passa-se, assim, e sem mais delongas, ao desenvolvimento do assunto proposto.

## **2- BREVE ESCORÇO HISTÓRICO**

Não se sabe com precisão quando e onde a arbitragem surgiu, não obstante se colha alguns vestígios de sua existência já na Grécia Antiga, conforme lições repassadas pelo professor Napoleão Casado Filho no decorrer do curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito e Comércio Internacional, Turma 02, oferecido pela Universidade Anhanguera - UNIDERP. Seja como for, o fato é que esse instituto tornou-se realmente importante a partir da Idade Média, uma vez que, naquela época, o Estado tinha pouca força, sendo o poder efetivamente conferido aos senhores feudais (como também ensinado pelo referido professor).

Pois bem. Séculos depois, e agora estamos falando do cenário atual, o que se tem é uma utilização bastante ampla da arbitragem, especialmente a internacional, por superar ela a questão acerca da aplicabilidade das leis. Trata-se de prática um tanto quanto comum no âmbito do comércio internacional, já que, se comparada ao aparato estatal, apresenta diversas vantagens, dentre as quais citamos: a especialidade, a celeridade, a irrecorribilidade, a autonomia da vontade das partes (sobre a qual discorreremos em maiores detalhes adiante), a preservação do relacionamento das partes, a confidencialidade, e muitas outras. É o que destaca, com bastante propriedade, o mestre Carmona, em diversas partes de seu livro destinado à arbitragem.

Apesar de todas essas características, que, sem sombra de dúvidas, difundiram a arbitragem, no Brasil, sua regulamentação se deu de forma lenta e cautelosa, digamos assim. Antes da promulgação da Lei nº 9.307/96, vários foram os anteprojetos de Lei sobre arbitragem, como o de 1981, o de 1986 e o de 1988, mas todos eles, por motivos diversos, foram abandonados/esquecidos/arquivados pelo Governo.

Foi então que surgiu o movimento conhecido como *operação arbiter*, muito bem explicado por Carlos Alberto Carmona (p. 9/10), senão vejamos:

Depois da edição do último anteprojeto do governo, abateu-se um desânimo sobre os estudiosos da arbitragem, que haviam procurado, sem sucesso, contribuir para o aprimoramento dos trabalhos apresentados, esperando que algum deles pudesse ser encaminhado ao Congresso Nacional para discussão.

Percebeu-se que a iniciativa para alteração radical do Código de Processo Civil não haveria de partir de setores governamentais, mas deveria emergir da própria sociedade, através das categorias mais interessadas em fazer romper as leis em que se achava enredado o instituto da arbitragem no Brasil.

Foi assim que, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, no final de 1991, lançou-se a *Operação Arbiter*, exatamente com o intuito de fazer discutir o instituto abandonado, elaborando anteprojeto de lei que, unindo a experiência prática aos conhecimentos científicos, pudesse preencher os anseios daqueles que precisam de um meio alternativo, eficaz e célere para a solução de controvérsias.

[...]

A repercussão do trabalho apresentado foi além das expectativas. Foram recebidas sugestões dos mais diversos setores de atividades, de professores universitários, de membros do Poder Judiciário e da Câmara de Comércio Internacional, entre outros, sugestões essas analisadas pelo grupo de trabalho e discutidas na mencionada reunião de 26 de fevereiro. As sugestões aprovadas foram incorporadas ao texto, que recebeu sua forma final, acompanhada da justificação redigida pela comissão relatora.

Deste modo, em junho de 1992, o à época Senador Marcos Maciel, por influência de Petrônio Muniz, apresentou o projeto elaborado ao órgão competente, que, depois de algumas modificações, foi finalmente aprovado, tendo sido a Lei de Arbitragem publicada no Diário Oficial em 24 de setembro de 1996.

A verdade é que, mesmo com a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996, ela só passou a ser realmente utilizada em 2002, e isso por duas razões. A primeira delas diz respeito à cláusula compromissória, que era ineficaz por si só, já que não obrigatória. Destarte, a sua não observância configurava um mero descumprimento de cláusula contratual. Atualmente, em havendo cláusula compromissória regularmente firmada, o Poder Judiciário torna-se

incompetente para conhecer do litígio, devendo o conflito surgido ser necessariamente resolvido por árbitro(s).

Uma segunda causa que pode ser apontada relaciona-se diretamente ao laudo arbitral, uma vez que, sujeito a homologação, não possuía ele força de sentença. Hoje, pelo contrário, a decisão proferida por um árbitro ou Tribunal Arbitral possui eficácia plena e imediata, sendo, inclusive, considerado título executivo judicial para fins de execução (vide art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil<sup>2</sup>).

Por questões relativas à soberania, corretas no nosso entender, os laudos arbitrais estrangeiros devem passar pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça, que os homologará caso não vislumbre qualquer situação que viole a ordem pública e os bons costumes. Lembramos, todavia, que, ainda aqui, não há análise do mérito da disputa, respeitando-se, mais uma vez, a escolha das partes, que, autonomamente, optaram por essa forma de solução de controvérsias.

Mas a história não para por aqui. Mesmo após sua vigência, o Diploma Legal em questão sofreu diversas tentativas de ser declarado inconstitucional pelo Poder Judiciário, sob os argumentos de que a arbitragem violaria o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal<sup>3</sup>, que trata acerca da inafastabilidade do Judiciário, o duplo grau de jurisdição, posto que o laudo arbitral não está sujeito a recurso, e, de forma bem ampla, o postulado base do devido processo legal. Recebeu, inclusive, o carinhoso apelido de Lei de Privatização do Judiciário por tais motivos.

O Supremo Tribunal Federal, porém, e sabiamente, quando do julgamento do Recurso em Processo de Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, declarou constitucional, por 7 (sete) votos a 4 (quatro), a Lei nº 9.307/96, assentando, pois, que as garantias acima citadas são voltadas ao legislador, que não as pode suprimir, e não aos jurisdicionados, para quem são direitos (dos quais, logicamente, se pode abrir mão).

Esse julgamento foi um grande passo no sentido de sedimentar o instituto da arbitragem, não só internacionalmente como internamente também. Todavia, muito ainda há de ser feito para que essa prática realmente se torne um meio, primeiramente, conhecido e, conseqüentemente, utilizado de solução de controvérsias.

---

<sup>2</sup> “Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

(...)

IV – a sentença arbitral;

(...)”

<sup>3</sup> “Art. 5º. *Omissis*

(...)

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)”

Até porque, a busca por árbitros ou Tribunais Arbitrais depende de informações que, infelizmente, ainda se encontram distantes de grande parte dos aplicadores e estudiosos do direito, quiçá da população brasileira de forma geral.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, ao criticar nossa mentalidade, enquanto sociedade, é duro em suas palavras:

Nenhum desses mecanismos alternativos, entretanto, tem a eficácia, a aceitação e a tradição da arbitragem, destinada às grandes causas e às causas de grande complexidade, que tem como virtudes a informalidade, o sigilo, a celeridade, a possibilidade do julgamento por equidade e a especialização dos árbitros. Consoante salientou Arthur Flieger, ao discorrer sobre a arbitragem no âmbito do Mercosul, "a arbitragem tem o mérito de permitir confiar litígios técnicos complicados ao julgamento de peritos competentes, em vez de a magistrados que confiam cegamente no julgamento de peritos designados por eles".

O Brasil, no entanto, talvez por força de suas vinculações com o civil law e pela sua herança cultural portuguesa, a ela sempre se mostrou arredio, assim como à solução por equidade, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos. Nossos textos legais, a propósito, de um formalismo exacerbado, e ineficaz, sempre refletiram temor, preconceito e atraso, criando nessa área uma cultura de resistência ao progresso sob os mais diversos e infundados argumentos.

E com ele está a razão, afinal, não podemos ficar alheios aos avanços e anseios da sociedade. Mesmo porque, o Direito é uma ciência dinâmica, em constante modificação, que deve estar sempre pronto para atender a seus jurisdicionados da melhor forma possível, o que inclui não só a celeridade, mas também a especificidade no julgamento de suas lides, pretexto relevantíssimo para a escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias.

### **3- O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

Como dito linhas acima, o fato de o procedimento arbitral privilegiar a autonomia da vontade das partes, confere-lhe certa vantagem frente ao procedimento judicial litigioso. Assim, quem se dedica, ainda que pouco, ao estudo da arbitragem, certamente já ouviu falar desse princípio, próprio do direito civil. Por oportuno, nos reportamos aqui às lições do professor Francisco Amaral (p. 334/335), segundo o qual:

Para o direito, a vontade tem especial importância, porque é um dos elementos fundamentais do ato jurídico. [...]

A possibilidade de a pessoa agir de acordo com sua vontade, podendo fazer ou deixar de fazer algo, chama-se liberdade, que, sendo conceito plurívoco, extremamente complexo compreende várias espécies, como a liberdade natural, a social ou política, a pessoal e a jurídica, que é a que nos interessa.

A liberdade jurídica é a possibilidade de a pessoa atuar com eficácia jurídica. Sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e efeitos determinados, com o reconhecimento e a proteção do direito.

A esfera de liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, assim, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. [...]

Apesar da diferenciação que o referido autor faz entre autonomia da vontade e autonomia privada, trataremos, nesse contexto, ambas as expressões como idênticas, entendendo-as como “o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”, nas palavras do citado professor (p. 335).

Transportando esse entendimento para o âmbito da Lei nº 9.307/96, podemos dizer, como o faz Carlos Alberto Carmona (p. 15), com toda a propriedade que lhe é inerente, até porque integrou a Comissão redatora do anteprojeto da Lei de Arbitragem, que “prestigiou-se em grau máximo e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei”.

De fato, se analisarmos os primeiros dispositivos do Diploma Legal em comento, fica bastante claro que a arbitragem depende tão somente da submissão de partes capazes de contratar à convenção de arbitragem, que poderá ser a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral. Afora isso, e por questões atinentes à ordem pública, o litígio deve tratar de direitos patrimoniais disponíveis.

Os contraentes, porém, são livres para escolherem o direito material e processual aplicável, podendo, até mesmo, decidirem pela resolução da controvérsia por meio da equidade (o que, não se nega, é bastante raro), pela aplicação dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes e das regras internacionais do comércio.

É o que se lê abaixo:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

No julgamento do Recurso Especial nº 1.288.251 – MG, o relator do caso, Ministro Sidnei Beneti, utilizando-se de expressão cunhada pela 12ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (APC nº 1.0003.09.030673-3/001), chega a afirmar que “a autonomia da vontade é o sustentáculo da validade da cláusula arbitral”.

Em outras palavras, significa dizer que a arbitragem é hoje unicamente voluntária, ou seja, ela só será adotada se ambas as partes pactuarem nesse sentido. Não há, dessa forma, modalidade de sujeição compulsória ao juízo arbitral no Brasil.

Dada sua especificidade, de se notar que, em verdade, a autonomia da vontade deve ser levada ao seu extremo, ou seja, privilegiada ao máximo, já que a escolha por se submeterem ao procedimento arbitral foi das próprias partes, sob pena de se causar um descrédito nessa modalidade heterocompositiva de solução de controvérsias.

Foi por essa razão, aliás, que escolhemos aqui tratar sobre o § 1º do art. 20 da Lei nº 9.307/96. Acreditamos que sua leitura e aplicação deve ser feita com extrema cautela, tendo sempre em mente o princípio da autonomia da vontade das partes, a fim de justificar as duras lutas travadas para a promulgação da referida Lei.

#### **4- SOBRE OS CONCEITOS DE SUSPEIÇÃO, IMPEDIMENTO, INCOMPETÊNCIA, NULIDADE, INVALIDADE E INEFICÁCIA**

Antes, ainda, de passarmos efetivamente à análise do dispositivo legal ora escolhido, necessário discorrer, mesmo que brevemente, acerca dos conceitos de suspeição, impedimento e incompetência, próprios do direito processual, e dos de nulidade, invalidade e ineficácia, mais voltados ao direito material.

Como se sabe, a relação processual é tríade, formada pelas partes, autor e réu, e pelo Estado-juiz, que se apresenta em posição de supremacia e equidistância daqueles outros. Como nos ensina Alexandre Freitas Câmara (p. 136):

A supremacia decorre do fato de o processo ser um instrumento de exercício do poder soberano do Estado, através de uma de suas manifestações, qual seja, a jurisdição. Já a equidistância, que nada mais é do que a demonstração gráfica da imparcialidade, é corolário da substitutividade, que, como se viu, é uma das características essenciais da jurisdição. Sendo certo que, no exercício da função jurisdicional, substitui o Estado a atividade dos titulares dos interesses que lhe são submetidos, não se poderia admitir que tal substituição se desse de modo parcial. A

imparcialidade é requisito essencial para que se possa ter como legítima a atuação estatal no processo.

Por tal motivo, criou-se os artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil<sup>4</sup>, que tratam, respectivamente, das situações que caracterizam o impedimento ou a suspeição do órgão julgador.

No primeiro caso (impedimento), o que se tem são hipóteses em que a parcialidade é objetivamente presumida (presunção *iuris et de iuri*), devendo o juiz ser imediatamente afastado da causa. Por isso mesmo, pode ser arguida a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado, desde que respeitado o prazo de 2 (dois) anos para o ingresso da ação rescisória.

A suspeição, por outro lado, pode ser afastada, já que trata de casos menos graves sobre os quais paira a presunção *iuris tantum*. Sua arguição, portanto, deve ser feita no momento oportuno e pela forma adequada, qual seja, aquela prevista no art. 304 do Digesto Processual Civil<sup>5</sup>.

É importante ressaltar que o árbitro, quando assume essa função, traz para si um *munus* público e, por isso mesmo, está submetido a idênticas restrições de um juiz togado. A Lei de Arbitragem fala claramente no § 6º de seu art. 13 que o árbitro deve proceder com imparcialidade, atribuindo-lhe o dever de informar qualquer situação que possa parecer estranha às partes (art. 14, § 1º, da Lei nº 9.307/96<sup>6</sup>).

---

<sup>4</sup> “Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.”

<sup>5</sup> “Art. 304. É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135).”

<sup>6</sup> “Art. 14. *Omissis*

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

(...)”

Foi justamente por isso que a *International Bar Association* (IBA) criou o que se conhece como *Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, que nada mais é do que uma lista de situações, devidamente catalogadas e divididas por sua gravidade, que podem causar o impedimento ou a suspeição do árbitro, e, por isso, devem ser por ele reveladas antes do início do procedimento arbitral.

As diretrizes são compostas por 4 (quatro) listas, quais sejam: *non-waivable red list* (as situações nela descritas impedem que o sujeito seja árbitro, porque ligado diretamente a uma das partes); *waivable red list* (hipóteses que geram presunção de parcialidade, mas que pode ser desconsiderada por acordo expresso das partes); *orange list* (situações que, se devidamente reveladas, não causam impedimento se as partes não as impugnarem); e *green list* (situações básicas que não geram qualquer impedimento).

Trata-se apenas de um guia, não obrigatório, mas extremamente útil.

Vistos tais conceitos, passamos, por conseguinte, ao terceiro item. Para definir o que vem a ser a competência, e, por via de consequência, a incompetência, nos socorremos do professor Marcelo Abelha Rodrigues (p. 106/107), que assim a conceitua:

Iniciamos o conceito de competência com uma afirmação “consequencial”: todo juiz competente possui jurisdição, mas nem todo juiz que possui jurisdição possui competência. Isso porque a competência pode ser definida, segundo Liebman, como a medida da jurisdição, ou seja, é a concretização da jurisdição, ou, ainda, a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão ou grupo de órgãos.  
[...]

Na aferição da competência, ou seja, para se saber qual o órgão ou juiz competente para julgar uma determinada causa, diversos são os critérios utilizados pelo legislador, como, por exemplo, a matéria que será discutida em juízo, a pessoa que está sendo demandada, o local onde ocorreu o fato que deu origem à propositura da ação, o pedido formulado, o valor da causa etc.

São justamente esses critérios que irão permitir que se entregue a específico órgão jurisdicional determinada medida de jurisdição, para que o órgão possa exercê-la num caso concreto.

Não obstante esse significado seja correto, ele encontra uma feição própria no procedimento arbitral, traduzido por meio do princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, por nós importado do direito alemão. De acordo com Beat Walter Rechsteiner, em seu livro *Arbitragem privada internacional no Brasil* (p. 64/66):

Atualmente, na prática da arbitragem internacional, é quase pacífico cumprir ao próprio tribunal arbitral decidir quanto à sua competência perante a lide submetida à sua apreciação. Tal princípio é denominado pela doutrina *Kompetenz-Kompetenz*.  
[...]

Conforme a Lei 9.307, de 23.09.1996, caberá ao tribunal arbitral decidir, de ofício ou por provocação das partes, as questões quanto à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem, ou seja, da sua competência, em decidir a lide submetida a sua apreciação. [...]

Na doutrina internacional parece estar assentado que a questão quanto a determinar quando uma lide é suscetível à arbitragem, deverá ser examinada de ofício pelo tribunal arbitral.

Infere-se, portanto, do trecho acima, que é do árbitro (ou do Tribunal Arbitral) a competência para definir sobre sua própria competência, o que claramente passará por uma análise da convenção de arbitragem, para verificar a (in)existência de vícios insanáveis. Caso eles sejam percebidos, aí sim é que o conflito será remetido ao Judiciário, cuja função primordial é dizer o direito no caso concreto.

Ao falarmos em vício, necessariamente havemos de explicar os conceitos de nulidade, invalidade e ineficácia, até porque expressamente citados pelo § 1º do art. 20 da Lei de Arbitragem, o que nos remete, outra vez, a conceitos básicos do direito civil.

Todo negócio jurídico somente poderá ser considerado completo se existir, for válido e possuir eficácia; figurativamente, podemos falar nos degraus que ele deve subir para, enfim, produzir efeitos no mundo jurídico.

Como o próprio termo sugere, no plano da existência, o que se verifica é o preenchimento dos requisitos necessários para a formação do contrato. São eles a exteriorização de vontade, o consentimento, a finalidade negocial e o elemento econômico, além de outros que podem ser especificamente exigidos.

No plano da validade, por outro lado, observa-se se estão presentes os requisitos para que não seja o negócio declarado nulo ou anulável, sendo a nulidade e a anulabilidade espécies de sanções. É nesse momento que se analisa se a vontade foi externada sem vícios, se as partes são capazes e legítimas, se a forma prescrita foi obedecida e se o objeto é lícito, possível e determinável.

esse ponto, vale uma breve explicação. É que o artigo em testilha fala tanto em nulidade como em invalidade, mostrando, com isso, uma certa atecnia, já que, como visto acima, essa (a invalidade) compreende o negócio nulo e o anulável. É o que preleciona Maria Helena Diniz (p. 157/158), como podemos confirmar a seguir:

O contrato, para ter validade, precisará observar as normas jurídicas atinentes a seus requisitos subjetivos, objetivos e formais, sob pena de não produzir conseqüências jurídicas. A nulidade é, portanto, uma sanção, por meio da qual a lei priva de efeitos jurídicos o contrato celebrado contra os preceitos disciplinadores dos pressupostos de validade do negócio jurídico. Essa nulidade poderá ser absoluta ou relativa. A

*nulidade absoluta* (CC, arts. 166, I a VII, e 167) é a sanção cominada ao contratante que transgredir preceito de ordem pública, operando de pleno direito, de sorte que o contrato não poderá ser confirmado, nem convalescerá pelo decurso de tempo, da mesma forma que não produzirá efeitos desde a sua formação (CC, art. 169). Como se vê, produz efeitos *ex tunc*. A *nulidade relativa* (CC, art. 171) é uma sanção que apenas poderá ser pleiteada pela pessoa a quem a lei protege e que se dirige contra os contratos celebrados por relativamente incapazes ou por pessoas cujo consentimento se deu por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão e fraude contra credores. Tais contratos, porém, subsistirão até o instante de sua anulação, produzindo efeitos durante algum tempo, admitindo, ainda, confirmação e purificando-se com o decurso do tempo (CC, arts. 172 a 174). Por essa razão a nulidade relativa não deve ser incluída entre os modos de dissolução do contrato. Trata-se tão-somente do reconhecimento de que o contrato é defeituoso, o que não lhe tira a relevância jurídica, visto que permanecerá eficaz enquanto não se mover ação que decreta tal nulidade, por ter a nulidade relativa efeito *ex nunc*.

Por fim, no plano da eficácia, e ante a inexistência de termo ou condição suspensivos pendentes, o contrato estará apto a produzir os efeitos a que se propõe.

## **5- O PARÁGRAFO 1º DO ARTIGO 20 DA LEI DE ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE**

Após essas breves considerações, passemos, pois, ao objetivo deste trabalho, qual seja, a análise do § 1º do art. 20 da Lei nº 9.307/96 a partir do princípio da autonomia da vontade, que segue transcrito:

Art. 20. *Omissis*

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

[...]

Ao discorrer sobre o dispositivo legal ora discutido, Carlos Alberto Carmona nos chama atenção para um detalhe à primeira vista simples, mas de suma importância para bem compreender seu real significado. São suas as seguintes palavras (p. 286):

A redação do § 1º do art. 20 está truncada, por erro de pontuação: relendo o anteprojeto da Lei de Arbitragem, constata-se que após o vocábulo 'lei' havia um ponto e vírgula, e não uma vírgula, como constou. Da forma como está, a redação não faz sentido. [...]

Percebe-se, com a correção, que são duas as situações tratadas no parágrafo, com conclusões distintas: a primeira (acolhimento da exceção de suspeição ou impedimento) leva à substituição do árbitro e prosseguimento da arbitragem; a segunda (acolhimento da alegação de incompetência ou da falha da convenção de arbitragem) leva à extinção do processo arbitral.

Realmente, a Lei de Arbitragem prevê duas diferentes conseqüências para as situações descritas em seu art. 20, § 1º, quais sejam, a substituição do árbitro e o prosseguimento do procedimento arbitral em caso de suspeição ou impedimento, e a extinção do processo arbitral se constatada a incompetência do árbitro ou do Tribunal Arbitral, e/ou, ainda, se estivermos diante de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem.

Quanto à primeira implicação, não temos muito a acrescentar, já que entendemos ser correta a previsão legal. Até porque, a imparcialidade é pressuposto de todo e qualquer julgamento, consubstanciando-se, pois, como uma própria questão de ordem pública.

O que de fato nos intriga é a segunda hipótese, que impõe sanção de tamanha grandeza para as partes. Para facilitar o raciocínio, tratemos, primeiro, da incompetência.

## 5.1- INCOMPETÊNCIA

Como vimos anteriormente, a arbitragem somente poderá ser utilizada caso as partes envolvidas na controvérsia pactuem nesse sentido, o que, para nós, é motivo mais do que suficiente para afastar a discussão acerca da possibilidade de aplicação do procedimento arbitral para situações, como, por exemplo, referentes a direitos trabalhistas.

E é a partir desse modelo hipotético que teceremos nossos comentários. Sim, porque, já foi dito, a Lei impõe como requisitos para a adoção da arbitragem apenas dois, a saber, seja ela eleita por partes capazes, bem como verse sobre direitos patrimoniais disponíveis. Ora, e não é esse o caso dos direitos trabalhistas? Ao menos na grande maioria das ocorrências, acreditamos que sim.

Suponhamos, então, que estejamos diante de um contrato de trabalho celebrado entre uma empresa multinacional e um gerente de projetos, contratado por prazo indeterminado e sob dependência econômica daquela, atendendo, portanto, ao conceito de empregado usado pela Consolidação das Leis do Trabalho<sup>7</sup>.

Ainda nesse exercício de criatividade, imaginemos que ambos tenham eleito a arbitragem como meio de solução de controvérsias, e venham a dela efetivamente se utilizar

---

<sup>7</sup> "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.  
(...)"

para discutir, após o término do contrato, questões relativas a salários atrasados e férias vencidas. Pergunta-se: seria o árbitro incompetente? Na visão da Lei nº 9.307/96, não.

E por que não se aceita que tal litígio seja resolvido por meio da arbitragem? Na verdade, os estudiosos têm medo de que o consentimento não seja livre, uma vez que se presume ser o trabalhador hipossuficiente perante o empregador. Mas essa não é uma regra geral e infalível, sendo ainda certo que os vícios quando da manifestação de vontade estão taxativamente previstos e podem ser perfeitamente demonstrados no caso concreto.

Ademais, existem meios de se coibir a coercitividade quando da assinatura do contrato ou de sua efetivação, por meio da atuação dos Sindicatos, ou de assistência jurídica, apenas para citar alguns. Tanto é verdade o que se afirma, que nos contratos de consumo, mesmo nos de adesão, admite-se a fixação do procedimento arbitral, ao menos teoricamente, com um porém. A cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. É essa a dicção do § 2º do art. 4º da Lei de Arbitragem, que merece transcrição:

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

[...]

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

[...]

O que se busca é garantir que a arbitragem continue sendo uma manifestação da autonomia da vontade das partes, e é essa a baliza que, no nosso entender, o aplicador do direito deve sempre seguir, inclusive o árbitro no momento em que for analisar sua própria competência.

Independentemente de como pensamos, é importante saber que, até o momento, o Tribunal Superior do Trabalho é contrário a tal ideia. Seja como for, estamos simplesmente lançando a discussão, que, sabemos, comporta argumentos fortes dos dois lados e, é muito provável, não está perto de uma solução incontestada.

## 5.2- NULIDADE

Consideremos, agora, os casos de nulidade. Sobre eles não há muito o que falar, pois o direito pátrio é bastante firme ao afirmar que cláusulas nulas ou negócios jurídicos nulos não são capazes de produzir efeito algum (embora vejamos isso mais como uma ficção jurídica do que como uma realidade), pois violam a ordem pública.

Assim, diante de situações como essa, de fato não pode a convenção de arbitragem subsistir, o que levará o litígio a ser julgado pelo órgão Judiciário competente segundo as regras do Código de Processo Civil, ou qualquer outra aplicável no caso concreto.

### 5.3- INVALIDIDADE

Antes de discorrer mais profundamente sobre a invalidade da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, necessário perceber que a Lei de Arbitragem utiliza o vocábulo invalidade como sinônimo de anulabilidade, apesar de esse não ser seu significado integral. Todavia, para evitar confusões, o empregaremos aqui também nesse sentido.

Pois bem. Dissemos acima que a invalidade não leva, sempre, à ineficácia do negócio, o que significa que, mesmo possuindo algum vício, e sendo ele sanável, nada impede a utilização do procedimento arbitral. Basta que, para isso, fiquem as partes silentes quanto à causa de anulação, que não pode ser conhecida de ofício, mas somente após manifestação dos contraentes.

Um árbitro ou Tribunal Arbitral mais receoso, contudo, pode questionar as partes caso entenda que a convenção de arbitragem é passível de anulação, confirmando, portanto, a vontade dantes manifestada.

### 5.4- INEFICÁCIA

Por fim, com relação à ineficácia, consideramos ser essa a situação mais delicada. Isso porque, ao mesmo tempo em que, diante de um termo ou condição ainda pendente, a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral não pode ser efetivado, há uma lide que carece de julgamento imediato.

Nesse caso, devem ser as partes consultadas, posto que nada impede que repactuem a convenção de arbitragem, retirando dela eventual impedimento à produção de efeitos. Se isso não for possível, ou se os contraentes assim não quiserem, aí realmente não restará outra alternativa ao árbitro ou Tribunal Arbitral a não ser remeter a causa ao Poder Judiciário.

Mais uma vez, porém, verifica-se que a consequência não é imediata; ela passa, inicialmente, por uma confirmação da vontade das partes.

## 6- CONCLUSÃO

A solução proposta é bastante simples, mas, no nosso entender, imprescindível para a correta aplicação do dispositivo legal objeto de estudo deste trabalho. Isso porque, segundo tentamos expor no decorrer deste artigo, especialmente no item anterior, o reconhecimento da incompetência e, principalmente, da nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem não é capaz de, por si só, remeter a controvérsia ao julgamento obrigatório pelo Poder Judiciário, como faz crer o § 1º do art. 20 da Lei nº 9.307/96.

Vejam os. As partes, ao firmarem o compromisso arbitral ou a cláusula compromissória deixaram visível sua intenção de que eventuais conflitos fossem solucionados por meio dessa técnica conhecida como arbitragem. Trata-se, como está claro, da manifestação pura e simples do princípio da autonomia da vontade, que deve ser resguardado sempre que possível, sob pena de enfraquecimento ou descrédito do próprio procedimento.

Vimos também que o mencionado Diploma não trata, com o rigor necessário, e, portanto, esperado, os institutos jurídicos com os quais está lidando, o que só reforça a imprescindibilidade de uma leitura atenta a tais pormenores.

Dito isso, a conclusão é nada mais, nada menos, do que óbvia: sempre que se estiver diante de uma situação descrita no § 1º do art. 20 da Lei de Arbitragem, antes de se tomar a providência ali prevista, há de se questionar as partes qual o seu real desejo. Explica-se melhor.

A não ser os casos de nulidade, que são de ordem pública e, conseqüentemente, incapazes de produzir qualquer efeito, todos os demais são passíveis de correção, bastando, para isso, que as partes assim pactuem. A incompetência, por exemplo, pode ser suprimida com a confirmação da convenção de arbitragem ou com a assistência de um órgão de classe, para citar apenas uma possibilidade (e aqui remetemos o leitor às considerações do tópico anterior).

A invalidade, por outro lado, aqui entendida como sinônimo de anulabilidade, pode ser perfeitamente suprida ou afastada, dependendo, para tanto, simplesmente da vontade dos contraentes. O mesmo se diga da ineficácia, já que nada impede seja repactuada a cláusula relativa ao termo ou condição suspensivos pendentes.

O que se quer demonstrar, com isso, é que, antes da imposição de um resultado obrigatório pela legislação (em situações que, ressalta-se, essa implicação cogente de fato não existe), deve-se questionar as partes sobre sua real vontade. Afinal, se optaram inicialmente

pelo procedimento arbitral é porque conhecem as vantagens por ele trazidos e porque desejam delas se beneficiarem.

Pensar de forma contrária seria fazer letra morta de todo e qualquer dispositivo legal que privilegie e incentive a arbitragem, bem como minar os esforços da comunidade jurídica para implementar a arbitragem no Brasil.

Acreditamos que, da forma como proposta nesse artigo, com o prévio questionamento dos contraentes, é possível assegurar a vontade das partes, sem, contudo, abrir mão das demais normas que dispõe acerca da incompetência, da nulidade, da invalidade e da ineficácia.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da autonomia da cláusula arbitral na jurisprudência brasileira*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 27, p. 265, out. 2010.
- \_\_\_\_\_; GAMA JUNIOR, Lauro; VARGAS, Daniela. *Temas de direito internacional privado no projeto de novo Código de Processo Civil*. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional, vol. 4, p. 1.365, fev. 2012.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Cláusula compromissória e compromisso*. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, vol. 6, p. 977, jun. 2011.
- BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 1288251 MG 2011/0250287-8. Relator: Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 9 de outubro de 2012.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil, volume I*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CAPARROZ, Roberto. *Comércio internacional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASADO FILHO, Napoleão. *Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito e Comércio Internacional, Turma 02: mediação e arbitragem*. Universidade Anhanguera - UNIDERP, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. *STF declara que Lei da Arbitragem é constitucional*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf\\_declara\\_lei\\_arbitragem\\_constitucional](http://www.conjur.com.br/2001-dez-14/stf_declara_lei_arbitragem_constitucional)>.

Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Arbitragem trabalhista divide opiniões no TST*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-14/arbitragem-contrato-trabalho-divide-opinioes-ministros-tst>>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2008.

EGASHIRA, Fábio de Possídio. *O laudo arbitral estrangeiro e sua homologação no STJ*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI78279,11049-O+laudo+arbitral+estrangeiro+e+sua+homologacao+no+STJ>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Dúvidas frequentes na eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos: uma análise da autonomia da vontade e da teoria geral dos contratos*. Revista de Direito Privado, vol. 23, p. 259, jul. 2005.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA 'Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration' now available in multiple languages*. Disponível em: <[http://www.ibanet.org/ENews\\_Archive/IBA\\_July\\_2008\\_ENews\\_ArbitrationMultipleLang.aspx](http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_July_2008_ENews_ArbitrationMultipleLang.aspx)>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2014.

PINTO, José Emílio Nunes. *A cláusula compromissória à luz do Código Civil*. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, vol. 6, p. 959, jun. 2011.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SOARES, Guido F. S. *A ordem pública nos contratos internacionais*. Doutrinas Essenciais de Direito Internacional, vol. 5, p. 417, fev. 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Doutrinas Essenciais, Obrigações e Contratos, vol. 6, p. 1.053, jun. 2011.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Arbitragem é incompatível com o Direito do Trabalho afirmam ministros.* Disponível em <[http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/id/3295492](http://www.tst.jus.br/en/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/id/3295492)>. Acesso em: 11 de fevereiro de 2014.