

Arbitragem no Direito Luso-Brasileiro

Perspectivas e Desafios

Eric Cerante Pestre

Gabriel José de Orleans e Bragança¹

1. Introdução: os meios alternativos de resolução de conflitos e a sua principiologia

A Constituição portuguesa determina, em seu art. 202, n. 4, que, por meio de Lei, se criem outros instrumentos e formas de resolução de litígios como alternativas à jurisdição estatal. Nesse contexto, os meios de composição de controvérsias podem ser divididos em, basicamente, duas categorias: autocomposição e heterocomposição.

A autocomposição é definida como a forma “*pela qual os interessados na dissipação de suas controvérsias, e ausente o Estado jurisdicional, conciliam-se pela renúncia, submissão, desistência e transação*”².

Na heterocomposição, por sua vez, as partes (ou até mesmo uma delas unilateralmente, a depender da jurisdição) submetem a terceiro a resolução do conflito, em busca de solução a ser por ele firmada ou, pelo menos, por ele instigada ou favorecida.

A arbitragem, assim como a conciliação e a mediação, é um desses meios de alternativa à jurisdição do Estado.

No direito português, a arbitragem voluntária é uma forma de resolução alternativa de litígios consagrada no ordenamento jurídico desde 1986. Atualmente, é regulada pela Lei nº 63/2011, que alterou também o Código de

1 Mestre e Doutor em Direito Comercial pela PUC/SP.

2 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 23.

Processo Civil português para dispor sobre a exclusão de sentença arbitral, nomeação de árbitros, dentre outros temas.

No Brasil, a Lei nº 9.307 (Lei de arbitragem) foi promulgada em 1996, ainda que a possibilidade de as partes instituírem juízo arbitral já fosse prevista pelo Código de Processo Civil de 1973. Após a reforma da Lei de Arbitragem brasileira em 2015, o instituto passou a ser mais detalhado, com o intuito de fornecer maior autonomia e liberdade às partes.

Em contraponto, a arbitragem no direito português possui maior interferência do Poder Judiciário e do Poder Público, de forma a inclusive exigir a sua instituição em determinados casos. Ainda assim, a carga principiológica do processo arbitral brasileiro é também observada na jurisdição portuguesa, mesmo que com certas adaptações. Em suma, estes os princípios norteadores: (i) a autonomia da vontade; (ii) *Kompetenz-kompetenz*; e (iii) *favor arbitralis*.

Em primeiro lugar, a autonomia da vontade. O voluntarismo de arbitrar é, quando admitido pelo ordenamento positivo, apto a tolher a jurisdição do Estado e a conferir a um ente privado o poder atribuído ao juiz, que – nos termos da legislação brasileira – se torna juiz de fato e de direito.

A máxima do voluntarismo não é tratada da mesma forma nas jurisdições brasileira e portuguesa, considerando-se especialmente a existência de arbitragem necessária no ordenamento português.

O princípio da competência-competência (*Kompetenz-kompetenz*) é atribuído em ambas as jurisdições, brasileira e portuguesa, ainda que respeitadas certas especificidades quanto ao direito processual de ambos os ordenamentos. Esse princípio tem origem no Direito Processual Civil alemão, tendo por finalidade garantir “ao árbitro ou ao Tribunal Arbitral, a possibilidade de se manifestar, prioritariamente, a respeito de questões que afetem sua própria competência para admissibilidade da demanda”³ em torno de sua jurisdição.

3 CARRARA, Bernardo Vieira Klüppel. *ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO: quando dois universos se encontram*. In: YARSHELL, Flávio Luiz et al (org.). *ARBITRAGEM NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO*. São Paulo: Almedina, 2023. p. 136.

É essencial para o bom funcionamento do processo arbitral conferir ao tribunal arbitral a competência para possibilitar a efetivação da vontade das partes: a competência para proferir se é competente ou não, para julgar determinado feito, à luz do compromisso arbitral celebrado. Resguarda-se, dessa forma, a preferência da jurisdição arbitral frente ao juízo estatal.

Atende-se, assim, ao *favor arbitralis*, máxima que garante ao processo arbitral que este será sempre favorecido frente ao juízo estatal, uma vez que contratado o procedimento privado. Trata-se de um favor propriamente dito, nos mesmos moldes do célebre princípio “*in dubio pro reo*”, muito consolidado no direito brasileiro.

De todo modo, respeitadas as peculiaridades das jurisdições, é notório que os meios alternativos de resolução de conflitos desempenham papel fundamental na garantia do acesso à jurisdição célere, eficiente e imparcial.

Nessa medida, sumarizada a principiologia basilar deste procedimento, passa-se a analisar como a arbitragem é ditada no direito luso-brasileiro, bem como quais as perspectivas e desafios que se deverão enfrentar no futuro para atender aos seus objetivos.

2. Arbitragem Necessária, Voluntária e Cláusula Compromissória

No Direito português, a instituição da arbitragem pode ser necessária. Nesse sentido, a arbitragem obrigatória é regulada pelos arts. 1.136º a 1.139º do Código de Processo Civil português (Lei nº 41/2013). De forma contrária, no Brasil, não há imposição do Estado para a instituição de arbitragem.

Dessa forma, a arbitragem necessária não repousa sobre a autonomia da vontade, mas na imposição por lei especial. Isto é, a própria lei, ao invés de confiar certo litígio à resolução por um tribunal estadual, impõe às partes a necessidade de instituição de um tribunal arbitral.

Um exemplo dos casos em que é necessária a instituição de arbitragem no direito português é nas expropriações litigiosas, quando não for possível fixar a indenização do expropriado, por meio de acordo com o expropriante, nos termos do art. 38, n. 1, do Código das Expropriações: “1 - Na falta de

acordo sobre o valor da indemnização, é este fixado por arbitragem, com recurso para os tribunais comuns”.

A arbitragem necessária pode gerar discussões quanto à possibilidade de ela estar desordenando os alicerces da Justiça Pública, além de que deveria ser reservada para um reflexo da autonomia das partes.

Quanto à arbitragem voluntária, há consenso entre os sistemas brasileiro e português, ao menos de que ambas possuem:

- fundamento contratual — possibilidade de limitação dos poderes do tribunal arbitral pela convenção, dispor quanto aos prazos e o próprio procedimento arbitral etc.;
- natureza jurisdicional — eficácia executiva da sentença e supressão da jurisdição do Poder Público; e
- compromisso arbitral (pós-litígio) e cláusula compromissória (antes do litígio) — possuem força vinculante entre as partes, de forma a aproximar-se da ideologia do *pacta sunt servanda*.

Em ambas as jurisdições, a cláusula compromissória deverá ser posta por escrito, ainda que a legislação portuguesa expresse que esta pode estar contida em qualquer suporte eletrónico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de *fidedignidade, inteligibilidade e conservação*⁴.

Dessa forma, o direito português visa à flexibilidade ante o desenvolvimento tecnológico – grande desafio para o futuro da arbitragem –, que deve se adequar às tecnologias de *smart contracts* e os contratos firmados no universo digital.

Convém comentar que, na realidade brasileira, conforme entendimento da Segunda Turma do STJ, a existência de cláusula compromissória, em razão

4 “Art. 2º, n. 3 - “considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação”.

do princípio da competência-competência, garante ao árbitro a prioridade de decidir sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem⁵.

Outra perspectiva a que o instituto da arbitragem deve se adequar é o aumento do uso dos contratos de adesão. No direito brasileiro, a cláusula compromissória nos contratos de adesão 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 específico para a cláusula (Lei de Arbitragem, art. 4º, §2º).

No direito português, há de se observar o DL nº 446/85, recém-alterado pela Lei nº 10/2023, que elenca as cláusulas absolutamente proibidas. É certo que a cláusula compromissória deverá se adequar a esses e demais ditames. Este o conteúdo do art. 21 do referido decreto:

“Artigo 21º - Cláusulas absolutamente proibidas. São em absoluto proibidas, designadamente, as cláusulas contratuais gerais que:

- a) Limitem ou de qualquer modo alterem obrigações assumidas, na contratação, directamente por quem as predisponha ou pelo seu representante;
- b) Confirmem, de modo directo ou indirecto, a quem as predisponha, a faculdade exclusiva de verificar e estabelecer a qualidade das coisas ou serviços fornecidos;
- c) Permitam a não correspondência entre as prestações a efectuar e as indicações, especificações ou amostras feitas ou exibidas na contratação;
- d) Excluam os deveres que recaem sobre o predisponente, em resultado de vícios da prestação, ou estabeleçam, nesse âmbito, reparações ou indemnizações pecuniárias predeterminadas;
- e) Atestem conhecimentos das partes relativos ao contrato, quer em aspectos jurídicos, quer em questões materiais;
- f) Alterem as regras respeitantes à distribuição do risco;
- g) Modifiquem os critérios de repartição do ónus da prova ou restrinjam a utilização de meios probatórios legalmente admitidos;
- h) Excluam ou limitem de antemão a possibilidade de requerer tutela judicial para situações litigiosas que surjam entre os contratantes ou prevejam modalidades de arbitragem que não assegurem as garantias de procedimento estabelecidas na lei;

5 Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/22012021-Arbitragem-tem-prioridade-para-analisar-contrato-com-clausula-compromissoria--reafirma-Segunda-Turma.aspx>/ Acesso em: 14 jun. 2024.

i) Se encontrem redigidas com um tamanho de letra inferior a 11 ou a 2,5 milímetros, e com um espaçamento entre linhas inferior a 1,15».”

Logo, ambas as jurisdições possuem diferenças quanto à instauração de arbitragem, em especial quanto à voluntariedade e à cláusula compromissória. De todo modo, essas jurisdições terão de se adequar aos avanços tecnológicos e à realidade dos contratos de adesão, com o intento de resguardar os requisitos essenciais da segurança e da inteligibilidade do procedimento arbitral.

3. Procedimento arbitral

Respeitados os ditames em lei e instituída a arbitragem nos seus conformes, inicia-se o procedimento arbitral. Para a válida instituição do procedimento arbitral, devem ser observadas as normas de nomeação do árbitro.

No direito português, a designação dos árbitros deve observar diversas exigências. Caso o tribunal arbitral deva ser constituído por um único árbitro e não haja acordo entre as partes quanto a essa designação, o árbitro é escolhido, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual (art. 10, nº 2, Lei nº 63/2011).

Ainda, salvo estipulação em contrário, se, no prazo de 30 dias a contar da recepção do pedido que a outra parte lhe faça nesse sentido, uma parte não designar o árbitro ou os árbitros que lhe cabe escolher ou se os árbitros designados pelas partes não acordarem na escolha do árbitro presidente no prazo de 30 dias a contar da designação do último deles, a designação do árbitro ou árbitros em falta é feita, a pedido de qualquer das partes, pelo tribunal estadual competente (art. 10, nº 4, Lei nº 63/2011).

Por fim, ainda no que concerne à nomeação dos árbitros, o tribunal estadual competente deverá validar a nomeação tendo em consideração as qualificações exigidas pelo acordo das partes para o árbitro ou os árbitros a designar, além de tudo o que for relevante para garantir a nomeação de um árbitro independente e imparcial (art. 10, nº 6, Lei nº 63/2011).

Pertinente mencionar que não cabe recurso contra as mencionadas decisões proferidas pelo tribunal estadual competente. Há incontestável interferência estatal em relação ao que se observa no direito brasileiro. Nesse, crê-se em maior autonomia entre as partes para nomeação dos árbitros. Em linha geral, pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha confiança das partes (art. 13, *caput*, Lei nº 9.307/1996). Ainda, as partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada (art. 13, §3º, Lei nº 9.307/1996).

No ordenamento nacional, o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (art. 18, Lei nº 9.307/1996).

Quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários, institui-se a arbitragem. Ainda quanto ao procedimento, destacam-se dois pontos igualmente essenciais – e que também representam desafios para o futuro da arbitragem no direito luso-brasileiro –: (i) as medidas cautelares e ordens preliminares; e (ii) a determinação de sigilo.

O direito português prevê diversas normativas quanto às medidas cautelares. Para os efeitos da lei portuguesa, uma providência cautelar é uma medida de caráter temporário, decretada por sentença ou decisão com outra forma, pela qual, em qualquer altura antes de proferir a sentença que venha a dirimir o litígio, o tribunal arbitral ordena a uma parte que adote certas medidas.

Essas medidas estão indicadas no artigo 20 da Lei nº 63/2011, isto é, que a parte: (i) mantenha ou restaure a situação anteriormente existente enquanto o litígio não for resolvido; (ii) pratique atos que previnam ou se abstenha de praticar atos que possam causar dano ao processo arbitral; (iii) assegure a preservação de bens sobre os quais uma sentença possa ser executada; e (iv) preserve os meios de prova que possam ser relevantes.

Mostram-se pertinentes as medidas que atribuam maior celeridade e segurança ao procedimento arbitral, como é justamento o caso das providências cautelares no direito português e a sua crescente recorrência

também no cenário brasileiro. Dessa forma, aceleram-se as respostas às pretensões das partes que buscam uma rápida solução dos conflitos.

É também um desafio para o futuro da arbitragem luso-brasileira se adequar à crescente velocidade e fluidez dos negócios jurídicos hoje celebrados.

Ainda quanto ao avanço tecnológico, a proteção ao sigilo é desafiadora. Pelo direito português, há imposição no sentido de que *“os árbitros, as partes e, se for o caso, as entidades que promovam, com carácter institucionalizado, a realização de arbitragens voluntárias, têm o dever de guardar sigilo sobre todas as informações que obtenham e documentos de que tomem conhecimento através do processo arbitral, sem prejuízo do direito de as partes tornarem públicos os actos processuais necessários à defesa dos seus direitos e do dever de comunicação ou revelação de actos do processo às autoridades competentes, que seja imposto por lei”* (art. 30, nº 5, Lei nº 63/2011).

No direito brasileiro, a decretação de sigilo é também dependente de previsão na convenção ou no regulamento da instituição, embora a lei brasileira já estabeleça a discricção como dever atribuído ao árbitro (cf. 13, §6º). Apenas quanto à arbitragem que envolva a administração pública há a proibição de que seja decretado o sigilo. É o conteúdo do art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem brasileira: *“A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”*.

Considerando que o direito português prevê que o sigilo é um dever imposto *ex lege*, o desafio para que seja resguardado é preocupante, e o procedimento arbitral se amonta em complexidade ainda maior.

4. Sentença Arbitral

Como sinalizado, o procedimento arbitral estipulado pela legislação portuguesa é específico e extenso em comparação com a maior autonomia concedida às partes no direito brasileiro, que possui legislação sucinta, com menos especificações positivadas.

De todo modo, uma vez que transcorrido o procedimento, será proferida uma sentença arbitral. No direito brasileiro, há aqui um maior número de exigências a serem, necessariamente, cumpridas pelos árbitros quando da prolação de sentença arbitral.

A fundamentação da sentença no ordenamento brasileiro é elemento essencial, sendo seus requisitos obrigatórios: (i) o relatório, que conterà um resumo do litígio; (ii) fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito; (iii) o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para cumprimento da decisão, se for o caso; (iii) e a data e o lugar em que fora proferida.

Noutra ponta, pelo direito português, as partes têm autonomia para dispensar a exigência da fundamentação, além de que os árbitros poderão, a seu critério e salvo convenção em contrário, proferir sentenças parciais – a sentença parcial já é uma realidade também no cenário brasileiro, a teor da alteração promovida na Lei de Arbitragem no ano de 2015 (art. 23, §1º).

Diante disso, a questão da eficácia e autoridade da sentença arbitral também é pilar para o efetividade do procedimento. Nesse aspecto, pelo direito português, a sentença arbitral em que não caiba recurso e que já não seja suscetível de alteração possui o mesmo caráter obrigatório entre as partes, bem como a mesma força executiva que a sentença de um tribunal estadual transitada em julgado.

A seu turno, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a sentença arbitral tem o condão de produzir, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário. Sendo condenatória, a sentença arbitral constitui título executivo (art. 515, VII, Código de Processo Civil), de forma a atribuir ainda maior eficácia à decisão e, em consequência, à autonomia das partes.

À guisa de conclusão, aponta-se que a eficácia das sentenças arbitrais é um dos maiores desafios para o instituto. A força de seus efeitos é fundamental para que todo o instituto tenha sua validade e atratividade às partes – até por isso, no direito brasileiro, a sentença arbitral é irrecorrível.

5. Conclusão

A arbitragem visa a fornecer um processo com maior celeridade e qualidade do que o meio judicial. Isso é demonstrado desde a oferta de sigilo até a entrega de uma decisão que seja mais apropriada para o caso concreto, consequência da especialização do árbitro e da melhor relação custo-benefício do procedimento.

A perspectiva é que o instituto da arbitragem continue em ascensão, tanto no direito brasileiro quanto no cenário jurídico português. Com isso, deve atender aos anseios sociais e aos desafios trazidos pelas inovações tecnológicas e jurídicas.

Dentre os diversos desafios a serem observados, que diferem nas jurisdições do direito brasileiro e português, podem ser identificadas preocupações comuns a ambas:

- Maior segurança ao sigilo arbitral, regra no direito português, dado o aumento dos meios tecnológicos de comunicação, materiais jornalísticos e *fake news*;
- Delimitação da extensão jurisdicional do tribunal arbitral (no Brasil, o cerne da questão revolve entorno da figura da desconsideração da personalidade jurídica de "terceiro" à cláusula arbitral);
- A questão das "*Nulidades de algibeira*": nulidades plantadas pelas próprias partes, com o intento de reverter eventual sentença contrária a seus interesses;
- Atenção à celeridade e à adequação tecnológica em razão da crescente rapidez do mundo econômico e das transações financeiras.

Por isso, caberá aos operadores do direito, em todas as instâncias e jurisdições, adequar-se às novas exigências da tecnologia e do mercado, visando atender aos desafios postos e garantir a concretização dos objetivos

visados. Nessa medida, o direito luso e o direito brasileiro, a depreender das distinções observadas, compartilham de desafios semelhantes, e os seus doutrinadores e estudiosos deverão reunir esforços para cumprir com a entrega de uma jurisdição efetiva, célere e segura.