

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

LUCIANA DE ABOIM MACHADO

VIVIANE COELHO DE SÉLLOS KNOERR

LARISSA MAIA FREITAS SALERNO MIGUEL SANTOS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito empresarial [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos; Luciana de Aboim Machado; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-951-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Empresarial. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

O VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, intitulado A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade, promoveu intercâmbio de conhecimentos entre acadêmicos do Brasil e exterior, apresentando, ao final, a publicação de livros em diversas temáticas divididas em Grupos de Trabalho.

No presente livro encontram-se as pesquisas desenvolvidas em vários Programas de Mestrado e Doutorado, revelando alta qualidade e formação do estado da arte na seara jurídica. As contribuições teóricas emanadas nos artigos ora apresentados, que compuseram os debates do grupo de trabalho de Direito Empresarial I, demonstram que as relações sociais empresariais sofrem com a crise vivenciada por diversas nações, ensejando a reflexão quanto a compatibilidade entre capitalismo e humanismo.

Abordagem de temas sensíveis como a função social da empresa, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a solução adequada de conflitos sociais empresariais, a responsabilidade corporativa, os ditames constitucionais da ordem social e econômica, a inclusão social para efetividade da igualdade material, a participação societária e a responsabilidade corporativa contribuem para uma análise atualizada e investigativa na seara empresarialista do Direito.

Essa produção científica oferece à comunidade nacional e internacional, pensamento jurídico contemporâneo auferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores.

Desejamos excelente e frutífera leitura.

As Coordenadoras

Luciana de Aboim Machado (UFS),

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr (UniCuritiba),

Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos (Faculdade de Direito de Franca)

O JUÍZO ARBITRAL NO CÓDIGO COMERCIAL E NO DECRETO Nº 737, DE 1850: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO DA ARBITRAGEM

ARBITRATION IN THE COMMERCIAL CODE AND DECREE N. 737 OF 1850: A HISTORICAL PERSPECTIVE UNDER THE LENSES OF ARBITRAL LEGISLATION

Alexandre Ferreira de Assumpção Alves ¹
João Pedro Werneck de Britto Pereira ²

Resumo

O presente artigo tem por objetivo estudar o juízo arbitral necessário previsto no Código Comercial por influência do Código Comercial francês de 1807, que se aplicava, dentre outras hipóteses, aos sócios de companhias e sociedades comerciais. O trabalho, que adota o método dedutivo para sua elaboração e pesquisa bibliográfica e documental, se desdobra em duas partes, com ênfase na primeira que discorre sobre a arbitragem na perspectiva histórica da legislação. Examina-se o juízo arbitral necessário no Código Comercial e sua regulamentação pelo Decreto nº 737/1850; na segunda parte, analisa-se as reformas legislativas que seguiram desde 1867, com o Decreto nº 3.900, que regulamentou o juízo arbitral facultativo instituído pela Lei nº 1.350/1866, até a edição da atual Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), com destaque para as alterações promovidas pelo Código Civil de 1916 e pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 que foram prejudiciais ao desenvolvimento da arbitragem, situação corrigida em 1996 com a atual Lei de Arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem, Código comercial, Decreto nº 737/1850, Lei de arbitragem, Juízo arbitral necessário

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to study the mandatory arbitration provided for in the Brazilian Commercial Code under the influence of the French Commercial Code of 1807, which applied, among other hypotheses, to the shareholders of companies and business enterprises. The work, which adopts the deductive method for its elaboration and bibliographic and documentary research, unfolds in two parts, with emphasis on the first that discusses arbitration under a historical perspective. The mandatory arbitration in the Commercial Code and its regulation by Decree No. 737/1850 are examined; in the second part, we analyze the legislative reforms that followed since 1867, with Decree No. 3,900, which regulated the non-

¹ Doutor em Direito. Professor de direito empresarial no PPGD da UERJ e professor titular de direito empresarial na UFRJ.

² Sócio de Renteria Advogados. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio

mandatory arbitration instituted by Law No. 1,350/1866, until the enactment of the current Arbitration Law (Law No. 9,307/1996), with emphasis on the changes promoted by the Civil Code of 1916 and the Procedure Codes of 1939 and 1973 that were detrimental to the development of arbitration, situation corrected in 1996 with the current Arbitration Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Commercial code, Decree n. 737 of 1850, Arbitration law, Mandatory arbitration

1. Introdução

O presente artigo se propõe a estudar o tratamento legal dispensado ao chamado “juízo arbitral necessário” sob uma perspectiva histórica, analisando diplomas legislativos que regularam o instituto da arbitragem ao longo do tempo, com ênfase no Decreto nº 737/1850.

Hodiernamente, a arbitragem já está consolidada como uma forma adequada para a solução de determinados conflitos em relação à jurisdição estatal, a exemplo das disputas societárias, nas quais as partes têm, em regra, condição de arcar com seus custos e reconhecem nela vantagens que compensam o investimento, notadamente, a redução do tempo para o encerramento definitivo do litígio e a especialidade dos árbitros.

Todavia, nem sempre foi assim. A arbitragem no direito comercial surge no ápice de sua importância, no Código Comercial (Lei nº 556/1850), e vai tendo paulatinamente um papel secundário no seio dos comerciantes e agentes econômicos do mercado com alterações legislativas posteriores, não só pela instituição de exigências que dificultavam a implementação da decisão arbitral, como a submissão ao Estado-juiz para sua homologação ou a falta de imposição executória à clausula compromissória.

O objetivo é trazer ao leitor um panorama dos casos nos quais a arbitragem era a solução do litígio imposta pelo legislador e o procedimento de sua instituição, julgamento e cumprimento da decisão, disciplinado pelo Código Comercial e, complementarmente, pelo seu Regulamento – o Decreto nº 737/1850. Também se avança na legislação, com a extinção do juízo arbitral necessário, em 1866, e o progressivo enfraquecimento da arbitragem a partir de então, culminando na necessidade urgente de uma lei específica no ano de 1996.

A pesquisa é de cunho bibliográfico, com ênfase em documentos históricos e doutrina clássica. Adota o método científico dedutivo, partindo-se da premissa maior de que a arbitragem é a forma preferencial e facultativa de solução dos litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis e entre pessoas capazes, vinculada à premissa menor de que o juízo arbitral necessário era uma das formas de instituição de arbitragem, para deduzir que sua extinção foi acertada diante da inconstitucionalidade em relação à Constituição de 1824, em afronta à autonomia de vontade das partes.

O desenvolvimento do artigo se dá em duas seções, sendo a primeira dedicada ao juízo arbitral necessário no Código Comercial e sua regulamentação (seção 2); na sequência, estudar-se-á a extinção do juízo necessário em 1866 e os normativos sobre a arbitragem até a promulgação da atual lei (seção 3). Ao final, segue-se a conclusão (seção 4).

2. O juízo arbitral necessário no Código Comercial e no Decreto nº 737

Nesta seção examina-se o juízo arbitral necessário, impositivo às partes litigantes, no Código Comercial, com especial destaque aos limites subjetivos e objetivos de arbitrabilidade, ou seja, os sujeitos alcançados e as matérias para a solução de controvérsias, esclarecendo que o juízo facultativo também já era previsto à época. Também se detalha o procedimento de instituição da arbitragem, escolha dos árbitros, sentença arbitral e seu cumprimento, entre outros temas tratados no Decreto nº 737, que regulamentou o Código Comercial.

2.1. O Código Comercial de 1850

Embora tenha ganhado força nas últimas décadas como forma de superar a morosidade da máquina estatal, a legitimidade da resolução de disputas por meio da arbitragem não é inédita, dado que Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, já reconhecia a legitimidade desse instituto.

A possibilidade de adoção da arbitragem pelas partes estava prevista no art. 160 de referido diploma constitucional, segundo o qual “nas [causas] cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juizes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes” (grifou-se). Observa-se, pela redação do dispositivo, que a opção pelo juízo arbitral era uma faculdade dos litigantes, tendo em vista que o legislador optou por conceder às partes a possibilidade de nomeação dos árbitros, bem como o prestígio da autonomia privada de prever a possibilidade de recurso da decisão, privilegiando-se sua manutenção presumida.

Algumas décadas depois, foi promulgado o Código Comercial de 1850 (Lei nº 556, de 25 de junho de 1850), diretamente influenciado pelas codificações francesa de 1807, espanhola de 1829 e portuguesa de 1833.

Rodrigo Tellechea, João Pedro Scalzilli e Luiz Felipe Spinelli (2018, p. 167-8) destacam a importância dessa lei por ter consolidado, pela primeira vez, de forma organizada e sistemática, a legislação comercial brasileira:

O Código Comercial, seguindo a lógica do movimento de codificação, aplicou o espírito do método à legislação, formando um conjunto de dispositivos inspirado por um pensamento geral comum, desdobrando-se em partes, capítulos, títulos, seções e artigos, sem perder a harmonia.

O Código Comercial, ao amparo da disposição constitucional, autorizou a arbitragem em disputas societárias. Contudo, referido diploma legal foi além do que dispunha a

Constituição de 1824, pois não apenas reconheceu a escolha da arbitragem como uma faculdade das partes para a solução de disputas societárias, mas tornou obrigatória a sua adoção para a resolução de determinadas controvérsias, instituindo, assim, o chamado “juízo arbitral necessário”, nos seguintes termos:

Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral. (grifou-se)

A instituição da obrigatoriedade da arbitragem em questões societárias foi influenciada pelo Código Comercial francês de 1807, uma das fontes legislativas do Código brasileiro, como já afirmado. O art. 51 tinha redação semelhante, embora mais sucinta, “Toute contestation entre associés et pour raison de la société, sera jugée par des arbitres.”

Cabe registrar que as referências que o Código Comercial de 1850 fazia à figura dos “arbitradores” (v. g. arts. 80, 82, 96, 107, 111, 139, 194, 201) em nada se confundem com o instituto do juízo arbitral necessário ou com a figura dos árbitros, como bem esclarece a própria doutrina da época (BORGES, 1843, p. 31):

Cumpre não confundir árbitro com arbitrador; o árbitro é juiz, o arbitrador é um estimador ou avaliador [...]. As nossas leis e o uso muitas vezes chama louvados tanto aos árbitros como aos arbitradores; ainda que uns e outros se possam dizer louvados, porque as partes neles se louvem; contudo, a diferença entre uns e outros é mui considerável. Toda a questão entre sócios e por razão da sociedade deve ser julgada por árbitros” (grifou-se)

Com relação ao escopo subjetivo do comando normativo do art. 294, nota-se que, embora inserido nas Disposições Gerais do Título XV (“Companhias e Sociedades Comerciais”), o juízo arbitral necessário não alcançava disputas entre os sócios com a sociedade, mas apenas dos sócios entre si (“entre sócios”). Nesse aspecto, a norma alcançava tanto os sócios das companhias, quanto das sociedades comerciais, constatação essa que decorre como consectário lógico da localização topográfica da norma.

Com relação ao escopo objetivo, o dispositivo faz referência às “questões sociais”. Logo, não abrangia disputas de natureza diversa, ainda que tivessem como partes os sócios da mesma sociedade, a exemplo da hipótese em que um sócio litiga com outro no contexto de contrato de prestação de serviços não relacionada à sociedade.

A imposição do juízo arbitral tinha reflexos na elaboração do documento de constituição e na partilha do acervo social, finda a liquidação. No primeiro caso, o art. 302, n. 5, ao tratar das estipulações obrigatórias na escritura pública ou particular de sociedade comercial, incluiu “ a forma da nomeação dos árbitros para juízes das dúvidas sociais”. Na segunda situação, o

art. 348, previa o juízo arbitral para decidir as reclamações sobre a partilha, interpostas tempestivamente, que não fossem solucionadas pelos sócios.

Não se pode negar que a orientação do Código Comercial, ainda que extremada, prestigiou a arbitragem como forma legítima de resolução de conflitos societários significando sua valorização e preponderância para a solução de disputas surgidas no âmbito das sociedades, tendo em vista (i) a especialização técnica dos julgadores; (ii) a celeridade da resolução da disputa, essencial para que a exploração da empresa não fique estagnada na pendência do litígio; e (iii) a possibilidade de se convencionar a sua confidencialidade, evitando que a exposição pública do litígio macule a imagem da sociedade.

Conforme examinado pela doutrina,¹ a ausência de especialização dos julgadores é assaz nociva, porquanto as matérias examinadas em disputas societárias usualmente apresentam elevada complexidade técnica, discutidas em causas de valor econômico expressivo. Por esse motivo, desponta a necessidade das controvérsias serem apreciadas por julgadores que possuam conhecimento técnico compatível com a responsabilidade que lhes foi confiada, como também profunda experiência em litígios de relevo, para compreender as significativas repercussões jurídicas e econômicas de suas decisões.

Além disso, a celeridade dos procedimentos arbitrais revela-se essencial à tutela dos interesses das partes, dado que a indecisão prolongada do litígio pode prejudicar a condução da atividade empresarial, impactando negativamente os resultados da sociedade. A título de exemplo, os acionistas ou os administradores podem se sentir inseguros para tomar decisões estratégicas ou deliberar novos investimentos na pendência de determinada disputa importante para a sociedade diante da incerteza quanto ao seu desfecho.

Por sua vez, a confidencialidade adquire destacado prestígio em face da publicidade característica do juízo estatal, sobretudo em disputas societárias, por preservar o sigilo de informações comercialmente sensíveis, apresentadas no curso do procedimento, e evitar que a reputação das partes seja maculada pela exposição pública do litígio. Pode-se associar a publicidade das cortes estatais, a seu turno, a diversos efeitos negativos, como a elevação do grau de litigiosidade e a possibilidade de a opinião pública influir no julgamento da causa.

O juízo arbitral cogente não se limitava a lides societárias, perpassando outras hipóteses, sintetizadas no art. 411, § 2º, do Decreto nº 737/1850: a) questões resultantes de contratos de locação mercantil (art. 245); b) pagamento de salvados de naufrágios (art. 739); c) regulação,

¹ Seja consentido remeter a WERNECK, João Pedro; ROQUE, André Vasconcelos. Comunicado sobre demandas societárias: a flexibilização da confidencialidade em arbitragens que envolvem companhias abertas. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 79, 2023, p. 123 e seguintes.

repartição ou rateio das avarias grossas (art. 783); e d) controvérsias entre credores quanto a admissão de créditos no processo de quebra, sendo infrutífera a conciliação pelo juiz (art. 846). Sintetizando a matéria, o art. 20 do Título Único do Código Comercial dispunha que “serão necessariamente decididas por árbitros as questões e controvérsias a que o Código Comercial dá esta forma de decisão”. Além disso, o Código *facultava* a arbitragem nos contratos de seguro marítimo, pois o art. 667, n° 11, ao dispor sobre o conteúdo da apólice, inclui a “declaração de que as partes se sujeitam à decisão arbitral, quando haja contestação, se elas assim o acordarem”; e b) na concordata suspensiva da falência, quando as partes preferiam submeter à decisão de árbitros, ao invés do juiz, as dúvidas sobre a entrega dos bens ao concordatário ou sobre a prestação de contas do curador fiscal (art. 854).

O Código limitava-se a prever os casos de arbitragem, mas o procedimento arbitral precisou ser regulamentado em diploma próprio, a fim de dar efetividade à norma material, o que ocorreu no mesmo ano com a edição do Decreto n° 737.

2.2. O Decreto n° 737 de 1850

A disciplina pormenorizada do juízo arbitral necessário não se encontrava no Código Comercial, mas no Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850 (“Determina a ordem do juízo no processo comercial”). O Decreto deu disciplina detalhada para o juízo arbitral em seu Título VII (“Do Juízo Arbitral”), artigos 411 a 475.

Segundo elucida a doutrina de Carlos Augusto da Silveira Lobo (2016, p. 80):

O Regulamento 737, publicado quatro meses após o Código Comercial, disciplinou o procedimento arbitral minuciosamente, em nada menos do que 66 artigos, dispondo sobre o compromisso, a formação do tribunal arbitral, os deveres e impedimentos dos árbitros, os requisitos formais do laudo arbitral. Não dispensou, todavia, a homologação do laudo pelo juízo estatal competente.” [grifo nosso]

A afirmativa do autor de que o Regulamento exigia “a homologação do laudo” deve ser acolhida com ressalva como oportunamente se demonstrará.

A existência de um juízo arbitral facultativo, já apontada na seção anterior, repercutiu no Decreto n° 737/1850, que em seu art. 411, inaugurando as disposições do Título, assim prescreveu: “o juízo arbitral ou é voluntário ou necessário”, respectivamente, quando instituído por convenção de arbitragem, ou nos casos enumerados no § 2° do mesmo artigo.

Chama atenção a flexibilidade de instituição da arbitragem pelas amplas possibilidades dadas ao compromisso no juízo voluntário, em linha com o art. 4° da Lei n° 9.307/96 (“Lei de Arbitragem”). As partes poderiam, originariamente, instituir o juízo arbitral voluntário antes de

qualquer demanda, prevendo tal preferência em detrimento do “juízo ordinário do comércio” na convenção de arbitragem. Ademais, na pendência de qualquer lide, seja em primeira ou segunda instância, a mesma faculdade estava prevista no art. 412.

O documento apto a instituir a arbitragem era o compromisso, porém sendo o juízo arbitral necessário, esse só era exigido para manifestar a desistência das partes dos recursos ou imposição de penas convencionais; fora destes casos, bastava a manifestação delas (art. 413). Como as partes poriam fim ao litígio pela decisão do árbitro, inclusive aceitando concessões entre si, somente poderiam celebrar compromisso aqueles que pudessem transigir (art. 414).

A flexibilidade na instituição da arbitragem refletia na celebração do compromisso, que poderia ser realizado se as partes previamente estivessem conformes em não submeter litígios futuros à jurisdição estatal (compromisso extrajudicial, materializado em documento público ou particular com a intervenção de duas testemunhas). Sem embargo, intentada a ação, o compromisso judicial poderia ser feito na audiência de conciliação prévia ou em qualquer tempo durante a demanda perante o juiz de paz, ou por termo nos autos (art. 416)².

Chama atenção a figura do “terceiro árbitro”, obrigatoriamente e simultaneamente nomeado com o(s) outro(s) árbitro(s), seja no juízo voluntário seja no necessário. A função do terceiro árbitro era decidir as diferenças e divergências entre os árbitros, inclusive na sentença (arts. 418 e 460). Tal previsão não se encontra na Lei de Arbitragem vigente, pois as partes podem escolher a quantidade de árbitros que entendem mais conveniente, embora caiba ressaltar a imposição do art. 13, § 1º, de as partes nomearem um ou mais árbitros, sempre em número ímpar. Quando o número de árbitros for par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes a nomeação do árbitro ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa (art. 13, § 2º).

Nos casos de juízo arbitral necessário, como nas questões entre os sócios, se não houvesse consenso entre as partes para a escolha do terceiro árbitro, o juiz deveria exigir de cada parte a indicação de três nomes e proceder a sorteio³. Se houvesse oposição de alguma parte a qualquer dos nomes propostos, deveria o juiz proceder ao arbitramento, designando o arbitrador ou arbitradores indicados pelas partes ou nomeando-os (art. 420). Feita a nomeação dos árbitros, só por comum acordo das partes poderia ser revogada (art. 442).

² No processo comercial, em regra, nenhuma causa poderia ser proposta em juízo contencioso, sem que previamente fosse tentado a conciliação, seja por ato judicial ou por comparecimento voluntário das partes perante o juiz de paz (arts. 23 e 24). Todavia, para as “causas arbitrais”, previa o § 4º do art. 23 que só era necessária a conciliação para a ação principal, e não para as preparatórias ou incidentes.

³ É digno de nota a indicação no art. 419 do Decreto nº 737/1850 da pessoa que faria o sorteio do nome do terceiro árbitro: “lançando-os [os nomes] numa urna mandará extrair por um menino uma das cédulas, a qual designará o terceiro árbitro”.

O art. 423, à semelhança do atual art. 7º da Lei de Arbitragem, disciplinou a instauração forçada do juízo arbitral necessário em caso de resistência de uma das partes, de forma a dar efetividade ao comando legal estipulado no Código Comercial.⁴ Por outro lado, no juízo arbitral voluntário não havia a mesma segurança, caso as cláusulas fossem consideradas “vazias”, por não conter todos os elementos necessários à formação do juízo arbitral. Conforme indicava a doutrina da época (BARROS, 1874, p. 253):

O julgamento é uma coisa e a forma do processo é outra; a jurisdição sendo de ordem pública, o consentimento de submeter a árbitros as contendas suscitadas, *não pode ser encarada senão como uma promessa, que a lei não autoriza nem sanciona*, e faltando o nome dos árbitros e a declaração das questões, o contrato não pode ter efeito de subtrair a causa a juízes naturais. [grifou-se]

Vale registrar que o Decreto nº 737/1850 estabelecia regime mais restritivo que o atual com relação às pessoas que podiam ser árbitros, na medida em que, na Lei nº 9.307/96, basta possuir plena capacidade para os atos da vida civil para ocupar tal função.⁵ O Decreto nº 737/1850 restringia a nomeação de árbitros a(o) (i) juiz de paz, (ii) qualquer juiz de primeira ou segunda instância; (iii) os Tribunais do Comércio ou quaisquer dos seus membros; e (iv) todas as pessoas habilitadas pelo Código Comercial para serem comerciantes.⁶ Com isso, logrou-se recuperar a tradição das corporações de ofício, as quais consistem na verdadeira fonte do direito comercial enquanto um corpo sistematizado de regras e princípios e se fundam no princípio de um direito comercial eminentemente privado, criado e aplicado pelos comerciantes e para os comerciantes. A restrição partia da pressuposição que apenas os comerciantes ou os juízes do comércio seriam habilitados para proferir decisões em causas comerciais, o que faz sentido dentro do sistema subjetivo adotado pelo Código Comercial.

Dentre as novidades introduzidas pelo diploma legal em referência, convém mencionar que o legislador dispôs pela primeira vez sobre os elementos do compromisso arbitral, o qual deveria obrigatoriamente conter (*i*) os nomes, pronomes e domicílio das partes, (*ii*) o objeto da lide, (*iii*) os nomes, pronomes e domicílio dos árbitros, e (*iv*) a nomeação de um terceiro árbitro

⁴ Art. 423. “Não se querendo as partes louvar, o juiz de direito do Comércio (art. 6º), nos lugares onde houver Tribunal do Comércio, deprecará ao mesmo Tribunal a nomeação dos árbitros e com ela prosseguirá a causa. Nos lugares distantes do domicílio do mesmo Tribunal, o juiz do comércio respectivo procederá à louvação dos árbitros à revelia das partes.”

⁵ Art. 13 da Lei nº 9.307/96: “Pode ser árbitro *qualquer pessoa capaz* e que *tenha a confiança das partes*.” (grifou-se). Observa-se que a lei não exige qualquer qualificação técnica, mas apenas que o árbitro tenha a confiança das partes”. Tal confiança, vale lembrar, é tutelada pelo dever de revelação dos árbitros (art. 14, § 1º).

⁶ Art. 470 do Decreto nº 737/1850: “Podem ser nomeados árbitros o juiz de paz no ato da conciliação (art. 37), ou em qualquer tempo durante a demanda (art. 416); qualquer juiz de primeira ou segunda instância; os Tribunais do Comércio ou quaisquer dos seus membros; e em geral todas as pessoas habilitadas pelo Código Comercial para serem comerciantes.”.

para decidir no caso de discordância dos nomeados. O Decreto nº 737/1850 facultava, ainda, a inclusão de outras disposições no compromisso arbitral, caso fosse do interesse das partes, conforme se observa dos arts. 429 e 430:

Art. 429. O compromisso deve essencialmente conter: § 1º Os nomes, pronomes e domicílio das partes. § 2º O objeto da contestação que se sujeita ao juízo arbitral. § 3º Os nomes, pronomes e domicílio dos árbitros. § 4º A nomeação de um terceiro árbitro para decidir no caso de discordância dos nomeados.

Art. 430. Além destas declarações podem as partes acrescentar as seguintes: § 1º O prazo em que cada um dos árbitros deverá dar a sua decisão. § 2º Se a decisão dos árbitros será executada sem recurso, ou se reservam o direito de recorrer dela nos termos da lei. § 3º A pena convencional que pagará à outra parte aquela que recorrer da decisão arbitral, ou que dolosamente embaraçar que esta se dê no prazo marcado.⁷

No regime do Decreto nº 737/1850, assistia às partes ampla liberdade para estipular o prazo de prolação da sentença, medida importante para alinhar suas expectativas e assegurar a celeridade do procedimento, bem como para acordar sobre a possibilidade de recorrer ou não da decisão arbitral. Caso as partes não definissem o prazo no compromisso arbitral, o Decreto nº 737/1850 fixava o período de quatro meses para que os árbitros proferissem sua sentença,⁸ prorrogável por expresso consentimento das partes.⁹ Há outro aspecto interessante previsto no Decreto – omissa na lei vigente – a possibilidade de o compromisso estabelecer a imposição de pena convencional (até o máximo do valor da demanda, art. 431) para a parte que dolosamente embaraçar a prolação da decisão no prazo marcado.

Após a assinatura, o compromisso poderia ser defeito e, com ele, o juízo arbitral, nos casos previstos pelo art. 437: (i) recusa da indicação ou nomeação por qualquer dos árbitros; (ii) falecimento de qualquer árbitro; (iii) impossibilidade superveniente antes da decisão e após a aceitação do encargo; (iv) recusa por suspeição proposta por qualquer das partes aceita pelo juiz e antes de proferida a decisão; (v) expiração do prazo convencional ou legal do compromisso; e (vi) falecimento de alguma parte antes da decisão dos árbitros, ou, sendo esta discorde entre eles, antes da decisão do terceiro árbitro, se fosse menor algum dos herdeiros do falecido. Nas causas (i), (ii) e (iii) era possível afastar a cessação de efeitos do compromisso caso o documento previsse que a decisão seria proferida por árbitro substituto ou, não havendo, que as partes ou o(s) árbitro(s) restante(s) fizessem nova escolha. Na situação (iv) o compromisso seria mantido se as partes acordassem na nomeação do substituto e, na hipótese

⁷ Atualmente, também podem ser incluídas outras disposições no compromisso (ex. fixação de honorários e divisão das despesas) (v. art. 11 da Lei de Arbitragem).

⁸ Art. 434: “Não havendo tempo marcado para os árbitros darem a sua decisão, será este de quatro meses, a contar da aceitação expressa ou tácita dos mesmos árbitros.”. [grifou-se]

⁹ Art. 435: “Este prazo poderá ser prorrogado por expresso consentimento das partes, contanto que a prorrogação tenha lugar antes de expirado o primeiro prazo, sendo junto aos autos o documento respectivo.”. [grifou-se]

(v), as partes poderiam concordar em renovar o prazo do compromisso. Desfeito o compromisso, se extrajudicial, as partes poderiam propor as ações que lhes competissem e, se judicial, os autos seriam devolvidos ao juízo ordinário para prosseguimento do feito (art. 438)

Em seguida à nomeação dos árbitros, quando o juízo era necessário, ou instituída o juízo facultativo pelo compromisso judicial ou extrajudicial, iniciava-se a arbitragem após a aceitação, que poderia ser expressa ou tácita (art. 425). A aceitação da nomeação era considerada tácita pelo art. 436 se não fosse apresentada recusa (“escusa”) dentro de oito dias após o recebimento da notificação da nomeação. Depois de aceita a nomeação, ainda que tácita, não se permitia mais a recusa ao encargo, como determinava o art. 439.

Se a arbitragem fosse instituída na pendência de ação, o juiz deveria determinar a entrega dos autos aos árbitros, juntando o compromisso assinado. É interessante notar que o Decreto nº 737/1850 não opunha qualquer obstáculo à instauração da arbitragem em qualquer instância, mesmo se a causa já estivesse no então denominado “Supremo Tribunal de Justiça”. O art. 427 indicava a autoridade competente para o recebimento do compromisso e formalização da entrega dos autos aos árbitros: a) o presidente do Tribunal da Relação, ou b) o presidente do Supremo Tribunal de Justiça, conforme o processo estivesse na segunda instância ou na instância máxima.

A primeira providência dos árbitros após o aceite da nomeação era convocar as partes para deduzirem suas pretensões, no prazo máximo de quinze dias, fixado segundo a dificuldade e complexidade do negócio (art. 445). O Decreto previa o auxílio de escrivão aos árbitros. Para arbitragens instauradas no curso da ação, servia o mesmo escrivão que tivesse atuado no processo; se a causa nascesse no juízo arbitral, o escrivão era escolhido por distribuição entre aqueles que atuassem nas causas cíveis e a requerimento do autor (arts. 472 e 473).

Tal qual previsto na Lei de Arbitragem (art. 21, § 3º), os advogados das partes poderiam postular em nome delas, com vista dos autos para apresentar razões (art. 446). Porém, não era obrigatório a constituição de advogado, pois o art. 447 estipulava que a parte poderia apresentar suas alegações com os documentos respectivos, sem vista dos autos. A não apresentação dos documentos ou das alegações no prazo implicava em preclusão, salvo se a outra parte permitisse a entrega intempestiva (art. 448). Admitia-se a réplica e a tréplica, se a causa precisasse de maior discussão ou o réu juntasse novos documentos aos quais o autor não tenha feito menção. Tanto a réplica quanto a tréplica não poderiam exceder a oito dias (art. 449).

No juízo arbitral eram admitidas tanto provas escritas ou documentais e orais, testemunhais ou não, de acordo com o arts. 452 e 138. As provas documentais poderiam ser: (i) escrituras públicas ou instrumentos particulares com essa natureza pelo Código Comercial (ex:

o conhecimento marítimo, art. 587); (ii) escritos particulares; (iii) arbitramento; e (iv) vistorias. As provas orais consistiam em (i) confissão judicial; (ii) confissão extrajudicial; (iii) juramento supletório¹⁰; (iv) juramento *in litem*¹¹; (v) testemunhas; e (vi) depoimento da parte. Também eram admitidas como prova presunções decorrentes do teor das provas orais ou documentais.

O requerimento de produção de prova testemunhal implicava em dilação do processo arbitral por até vinte dias para a oitiva da(s) testemunhas, sendo a inquirição feita pelas partes que as arrolassem, seus advogados ou procuradores em audiência na presença dos árbitros, mediante intimação pelo escrivão (arts. 450 e 451).

Finda a instrução probatória, os árbitros dispunham do prazo de cinco dias para examinar os autos e decidir se o processo estava pronto ou não para ser julgado (art. 453). No primeiro caso, deveriam declarar tal fato em despacho e mandar “selar os autos” para conclusão à sentença (art. 456); no segundo, qualquer árbitro poderia determinar a realização de exame, diligência ou mesmo juramento por parte de alguma das partes; as diligências também poderiam ser feitas se alguma delas o requeresse até encerrar-se a instrução probatória (art. 455).

Ao contrário da atual Lei de Arbitragem (art. 2º, *caput*), não era previsto aos árbitros julgarem por equidade, pois o art. 457 impunha aos árbitros a observância da legislação comercial – assim definida como o Código Comercial e, subsidiariamente, os usos comerciais e as leis civis¹²– e as cláusulas do compromisso.

Tal qual ocorre na Lei de Arbitragem certas medidas somente poderiam ser apreciadas e determinadas pelo juiz, ficando fora da alçada dos árbitros. Nesse sentido, pelo art. 474, competia ao juiz do feito, instaurada a arbitragem na pendência da lide, ou a qualquer juiz do comércio (na ausência de lide prévia): a) proceder ao sorteio do nome do terceiro árbitro; b) julgar qualquer oposição ao nome do terceiro árbitro; c) conhecer e julgar a suspeição oposta a qualquer árbitro pela parte; d) aplicar as penas convencionais previstas no compromisso; e) homologar e dar execução às sentenças arbitrais; e f) providenciar sobre os demais incidentes,

¹⁰ O juramento supletório era utilizado como prova para suprir a ausência do documento em casos que admitissem sua utilização (art. 166 do Decreto nº 737/1850). Somente poderia ser deferido pelo juiz; não poderia ser realizado quando houvesse prova plena ou não houvesse prova alguma; era suscetível de impugnação ou indeferimento e só seria concedido à pessoa que tivesse razão de saber do fato.

¹¹ O juramento *in litem* somente poderia ser prestado pela própria parte e tinha aplicação restrita aos casos em o réu deixasse de restituir ou de apresentar a coisa depositada ou empenhada ou alienasse coisa litigiosa (art. 172 do Decreto nº 737/1850).

¹² De acordo com o art. 1º do Decreto nº 737/1850, não só o árbitro, como também o juiz, o Tribunal e o arbitrador, experto ou perito que atuar em negócios ou causas comerciais e tivesse que decidir sobre objetos, atos ou obrigações comerciais, era obrigado a aplicar a legislação comercial. Tal determinação decorria do art. 21 do Título único do Código Comercial. As leis civis deveriam ser aplicadas de forma supletiva aos contratos comerciais, à extinção das obrigações comerciais e às sociedades comerciais, porém, nesse último caso, apenas em caso de ausência de previsão na lei ou em uso comercial.

em que fosse necessária a sua jurisdição, para o andamento da causa no juízo arbitral.

Na pendência do trabalho dos árbitros era possível a “recusa” da indicação por qualquer das partes, ou seja, após a indicação no compromisso ou nomeação pelo juiz. Trata-se de uma revogação da indicação em hipóteses de suspeição, desde que fosse desconhecida pelas partes no momento da escolha ou da nomeação. Para isso, o art. 443 exigia o juramento de que a causa de suspeição só chegou ao conhecimento da parte após a nomeação/indicação. De acordo com os arts. 86 e 444, as causas legais eram (i) inimizade capital; (ii) amizade íntima; (iii) parentesco por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau; e (iv) particular interesse na decisão da causa. Apresenta por escrito a recusa e reduzida a termo, após interrogatórios, inquirição e demais diligências a serem determinadas pelo juiz, ele decidiria sem recurso.

Como já referido, as partes deveriam escolher um terceiro árbitro para desempatar ou resolver discordâncias entre os árbitros. Isso refletia na sentença, que deveria ser datada e assinada em comum, se não houvesse divergência, ou separadamente, se os árbitros discordassem entre si (art. 448). Em caso de concordância ou discordância parcial, os árbitros poderiam apontar na sentença a parte onde elas ocorreram, providenciando o escrivão a remessa dos autos ao terceiro árbitro (arts. 459 e 460).

O Decreto nº 737/1850 detalhou o procedimento para a tomada de decisão do terceiro árbitro e lhe impôs o dever de se alinhar com a opinião de um dos árbitros, não podendo adotar uma terceira via. Não obstante, se a causa versasse sobre questões diversas, o terceiro árbitro poderia adotar em parte a opinião de um dos árbitros e em parte a do(s) outro(s), sobre cada um dos pontos divergentes (art. 461). Antes da decisão, o terceiro árbitro deveria se reunir com os árbitros discordantes, previamente notificados, porém se os convocados não comparecessem, ele deveria decidir por si (art. 462). Na reunião, os discordantes poderiam modificar sua opinião e convergir no todo ou em parte (art. 463). Se o compromisso não fixasse prazo para a decisão do terceiro árbitro, ela deveria ser prolatada em um mês, a partir da publicação da sentença dos outros árbitros, mas o prazo poderia ser renovado por mútuo acordo das partes (art. 464).

A possibilidade de fixação de prazo para a entrega da sentença, mencionada no rol dos requisitos do compromisso (art. 430, § 1º), guardava semelhanças com a Lei nº 9.307/96, pois as partes têm liberdade para definir o prazo e acordar sobre a sua prorrogação (art. 23, *caput* e § 2º). A diferença – surpreendente – é que o Decreto nº 737/1850 impunha pena de multa e de

prisão ao árbitro inadimplente que falhasse em entregar a sentença no prazo estipulado.¹³⁻¹⁴

A possibilidade de recurso da sentença arbitral, afastada pelo art. 18 da Lei nº 9.307/96, no regime do Decreto nº 737/1850, dependia do que ficasse estipulado no compromisso, porém a cláusula era facultativa (art. 430, § 2º). Assim, por cláusula expressa as partes se reservavam o direito de recorrer e, na omissão, a decisão dos árbitros seria executada sem recurso. Havendo previsão de recurso, esse era apelação se o compromisso tivesse sido feito quando a causa estivesse na primeira instância, e o recurso de revista, se estivesse na segunda (art. 468).

De forma bastante avançada, o Decreto nº 737/1850 também disciplinava o controle judicial da sentença, dispondo que, mesmo tendo sido fixado no compromisso a cláusula sem recurso, o Judiciário poderia declarar a nulidade da sentença quando os árbitros atuassem em excesso dos poderes conferidos pela convenção de arbitragem, conforme dispunha o art. 469.

Tal disposição, reproduzida em termos semelhantes no Código Civil de 1916 (art. 1.046), foi objeto de análise pela doutrina especializada da época (BARROS, 1874, p. 253), a qual reconheceu a necessidade de os árbitros atuarem em estrita observância aos limites objetivos e subjetivos da convenção de arbitragem, sob pena de excesso de poderes:

Os árbitros recebem das partes que os escolhem um verdadeiro mandato, que devem observar com escrupulo; se eles excedem, não é mais como árbitros que obram, é como usurpadores. O ato que eles qualificam de julgamento é uma empresa temerária na ordem das jurisdições, uma violação manifesta do contrato formado entre eles e as partes; o que é radicalmente nulo (grifou-se)

Embora o art. 469 guardasse grande semelhança com o art. 32, IV, da Lei de Arbitragem, a legislação atual prevê outras hipóteses de nulidade da sentença, a justificar a intervenção judicial sobre a arbitragem. Tais hipóteses mais abrangentes de nulidade se encontram previstas no art. 32 da Lei de Arbitragem (v.g., sentença prolatada fora do prazo).

Em relação à necessidade de homologação da sentença arbitral, não se comunga inteiramente da opinião de Carlos Augusto da Silveira Lobo, já citada, de que o Decreto nº 737/1850 não tivesse dispensado “a homologação do laudo pelo juízo estatal”. Em que pese a disposição do art. 465, segundo a qual a sentença arbitral só poderia ser executada depois de homologada pelo juiz de direito do comércio¹⁵ – ao contrário do que prevê o art. 18 da atual Lei de Arbitragem – é preciso registrar que o art. 471 dispensava a homologação para a

¹³ Art. 440 “Terminado o prazo marcado para a decisão da causa (art. 437 § 3º) poderá o Juiz punir com multa de um a cinco por cento do valor da causa, e prisão de oito a vinte dias, o árbitro que for convencido de conluio com uma das partes para demorar a decisão, ou frustrar o compromisso.” [grifou-se]

¹⁴ Outra diferença é que, no silêncio das partes, o prazo é de 6 meses (art. 23).

¹⁵ Nas localidades onde não houvesse juiz de direito do comércio, o art. 6º do Decreto nº 737/1850, conferia competência aos juízes municipais ou das causas cíveis.

execução da sentença arbitral.

A dispensa ou não da homologação dependia da pessoa que proferisse a sentença arbitral. Como destacado, o art. 470 autorizava a nomeação de árbitro aos juízes, Tribunais de Comércio ou qualquer de seus membros, juízes de paz e comerciantes habilitados, ou seja, matriculados. Em relação a essas duas últimas pessoas, era necessária a homologação se proferissem a sentença, mas para as demais era dispensável.

Veja-se a comparação entre os artigos 470 e 471.

Art. 470 Podem ser nomeados árbitros o juiz de paz no ato da conciliação (art. 37), ou em qualquer tempo durante a demanda (art. 416); qualquer juiz de primeira ou segunda instância; os Tribunais do Comércio ou quaisquer dos seus membros; e em geral todas as pessoas habilitadas pelo Código Comercial para serem comerciantes. [grifos nossos]

Art. 471 A sentença arbitral proferida pelo Tribunal do Comércio, ou por qualquer de seus membros, ou por qualquer juiz de primeira ou segunda instância, quer como árbitro único e comum das partes, quer intervenha qualquer deles somente como árbitro nomeado por uma delas, será executada independente de homologação.

Na enumeração das pessoas aptas a proferir a sentença arbitral sem necessidade de homologação posterior, não foram incluídos o juiz de paz ou os comerciantes habilitados. Com isso, a orientação adotada pelo Decreto nº 737/1850 não era similar nem com a atual Lei de Arbitragem nem com o Código Civil de 1916, como será exposto, pois não se dispensava ou se exigia em qualquer caso a homologação.

Sendo necessária a homologação da sentença, e prevendo o compromisso a impossibilidade de recurso, dispunha o art. 466 sobre a competência do juiz que a homologasse ou do juiz da causa, se o juízo arbitral fosse instaurado na pendência dela, dar-lhe execução.

Em relação aos efeitos subjetivos da sentença arbitral, eles eram relativos, na forma do art. 467, pois a sentença arbitral não aproveitava nem prejudicava terceiros que não assinaram o compromisso. Sem embargo, os herdeiros e sucessores dos signatários respondiam pelos seus resultados e eram obrigados a cumprir tudo a que seriam obrigados aqueles a quem sucediam, ainda que os sucessores fossem menores ou pessoas sujeitas à curatela.

Em suma, o juízo arbitral necessário previsto no Código continha disciplina detalhada no Decreto nº 737/1850, de forma a dar efetividade e concretude ao comando dele.

3. A extinção do juízo arbitral necessário

A adoção obrigatória da arbitragem nas questões entre sócios e outras situações

indicadas no Código Comercial, além de questionável constitucionalidade em relação ao que previa a Carta outorgada de 1824, não foi bem recebida pela doutrina da época, como será adiante examinado neste trabalho, o que levou a que o juízo arbitral necessário não tivesse existência longeva na legislação pátria.

3.1. *A Lei nº 1.350/1866 e o Decreto nº 3.900/1867*

O Código Comercial, em sua redação original, foi além do que previa o art. 160 da Constituição de 1824, tendo em vista que não tratou a solução de determinadas disputas por arbitragem como uma faculdade, mas verdadeira obrigação imposta às partes. Devido à sua duvidosa constitucionalidade e incompatibilidade com a arbitragem, que é fortemente informada pelo princípio da autonomia da vontade, o instituto do juízo arbitral necessário foi veemente criticado pela doutrina contemporânea à sua criação, o que levou à sua revogação por ocasião da edição da Lei nº 1.350/1866, *in verbis*:

Art. 1º Fica derogado o juízo arbitral necessário, estabelecido pelo artigo vinte, título único do Código Comercial.

§1º O juízo arbitral será sempre voluntário mediante o compromisso das partes.

§2º Podem as partes autorizar os seus árbitros para julgarem por equidade independentemente das regras e formas de direito.

Art. 2º Os processos começados antes desta Lei, estando já os árbitros nomeados, e tendo aceitado, continuarão a ser instruídos e julgados segundo o Código Comercial.

Art. 3º O Governo dará o Regulamento necessário para execução desta Lei.

A esse respeito, Salustiano Orlando de Araujo Costa observou que “o juízo arbitral é sempre voluntário e mediante compromisso das partes”, de modo que a revogação do juízo arbitral necessário pela Lei nº 1.350/1866 satisfaz a “uma aspiração geral” (1878, p. 113). Com efeito, tamanha insatisfação com o juízo arbitral necessário fazia com que nem mesmo os tribunais da época reconhecessem a sua legitimidade.¹⁶

Com isso, a arbitragem passou a ser, de forma inequívoca, uma forma voluntária de solução de disputas entre os sócios de companhias e sociedades comerciais, por meio da aposição de cláusula compromissória nos instrumentos contratuais ou da celebração de compromisso arbitral após o surgimento da disputa.

¹⁶ Conforme a lição de Henrique do Rego Barros: “*O juiz arbitral necessário foi sempre considerado entre nós ilegal, como uma inovação que feria as leis e mudava a forma do processo, matéria da maior importância e da alçada do Direito Público*, como magistralmente o demonstra o ilustrado relator da consulta do Conselho de Estado de 29 de outubro de 1867, já citada no Capítulo XV. *Não só os tribunais não o reconheciam, como também não era o meio de melhor resolver as questões*, muito principalmente as suscitadas nos contratos com a Administração, ainda mesmo que semelhante meio fosse admissível em casos tais.” (BARROS, Henrique do Rego. *Apontamentos sobre o contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874, p. 250, (grifou-se).

A regulamentação da Lei nº 1.350/1866 veio em 1867 com o Decreto nº 3.900. Nada obstante, tendo em vista que o Decreto nº 737/1850 disciplinava, de forma conjunta, tanto o juízo arbitral necessário quanto o voluntário, a nova regulamentação manteve materialmente o regime anterior, com poucas modificações além da supressão de dispositivos que se referiam ao juízo necessário, conforme observa Carlos Augusto da Silveira Lobo (2016, p. 80):

Dezesseis anos depois, a Lei 1.350, regulamentada pelo Dec. 3.900, de 26.06.1867, estabeleceu a disciplina jurídica do juízo arbitral em termos pouco diferentes do que já constara do Regulamento 737. O Dec. 3.900, que tinha força de lei, sobreviveu ao Império e vigeu no âmbito federal e nos Estados que não regulamentaram a arbitragem em seus códigos processuais. Somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil federal de 1939, o Dec. 3.900/1867 veio a ser revogado, juntamente com os códigos de processo civil dos Estados.

Alguns aspectos do Decreto nº 3.900 serão pontuados, tendo sido eleitos três: o critério de escolha do árbitro¹⁷, a designação do terceiro árbitro e a homologação da sentença arbitral.

O art. 15 do Decreto, em linha com a atual Lei de Arbitragem (art. 13, *caput*), determinou que poderiam ser árbitros todas as pessoas que merecerem a confiança das partes. Não obstante, eram considerados impedidos: (i) surdos e mudos; (ii) cegos; (iii) menores; (iv) mulheres¹⁸; (v) interditos; (vi) analfabetos; (vii) estrangeiros que não soubessem a língua nacional; (viii) inimigo capital; (ix) amigo íntimo; (x) parente por consanguinidade ou afinidade até o segundo grau; e (xi) quem tivesse particular interesse na decisão da causa, como sócio, advogado, procurador e o dependente de qualquer das partes¹⁹. Também poderiam ser árbitros, segundo o art. 17, na esteira do que já dispunha o Decreto nº 737/1850, (i) juiz de paz no ato da conciliação; (ii) o juiz de primeira instância ou (iii) qualquer membro dos Tribunais Superiores. É digno de nota que pessoas presumidamente suspeitas para ser árbitro poderiam receber a designação se a razão conhecida pelas partes fosse expressamente declarada no compromisso (art. 16); estavam nesse rol o amigo comum e o parente entre os parentes.

¹⁷ A falta de nomeação dos árbitros no compromisso não o invalidava, segundo o art. 9º. Todavia, a cláusula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, somente valia como promessa de instituição da arbitragem, e ficava na dependência, para sua perfeição e execução, de novo e especial acordo das partes. Esta disposição era extensiva aos estatutos das companhias ou sociedades anônimas.

¹⁸ Há retrocesso em relação ao Decreto nº 737/1850 no que tange o impedimento das mulheres para ser árbitro, pois esse diploma permitia que a nomeação recaísse sobre comerciantes habilitados, sem restrição quanto ao sexo. Ademais, as mulheres solteiras não eram proibidas de comerciar pelo Código Comercial, já que não se encontravam no rol do art. 4º e as casadas maiores de 18 (dezoito) anos, poderiam comerciar com autorização de seus maridos (art. 1º, nº 4).

¹⁹ O Código de Processo Civil de 1939, art. 1.031, reduziu os impedimentos a três casos: incapazes, analfabetos e estrangeiros. O Código de 1973, art. 1.079, eliminou o impedimento do estrangeiro, mas acrescentou as pessoas legalmente impedidas de servir como juiz ou suspeitas de parcialidade. A atual Lei de Arbitragem, art. 14, dispõe que estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes.

Em relação ao terceiro árbitro, o Decreto manteve sua existência, porém sua designação deixou de ser obrigatória no compromisso, tornando-se facultativa mediante autorização das partes (art. 10, § 5º). Se as partes não nomeassem o terceiro árbitro, nem tivessem autorizado a sua nomeação, qualquer divergência dos dois árbitros²⁰ extinguiu o compromisso (art. 14).

Por fim, o Decreto nº 3.900 manteve a sistemática do anterior em relação ao critério para necessidade ou dispensa de homologação da sentença arbitral, isto é, a pessoa que profere a decisão. O art. 59 exigia a homologação prévia da sentença arbitral para sua execução. Por sua vez, o art. 60 determinou a execução independentemente de homologação se a sentença fosse proferida pelo juiz de primeira instância ou por qualquer membro dos Tribunais do Comércio, quer como árbitro único e comum das partes, quer interviesse qualquer deles somente como árbitro nomeado por uma delas.

3.2. *O Código Civil de 1916 e as legislações processuais posteriores*

O Código Civil de 1916 regulou o compromisso nos arts. 1.037 a 1.048, não modificando o regime anterior quanto a voluntariedade na adoção da arbitragem, determinando cuidar de faculdade das partes e sua instituição se dava por compromisso judicial ou extrajudicial²¹. Ademais, as disposições procedimentais da arbitragem deveriam observar “o estabelecido nas leis do processo”, como determinava o art. 1.044.

O exame dos artigos referidos revela, em grande parte, a persistência de normas do Decreto nº 3.900/1867, porém com algumas inovações: a) o compromisso deveria conter os nomes dos árbitros substitutos nomeados para suprir os titulares no caso de falta ou impedimento, mantendo-se a faculdade de nomeação do terceiro árbitro (arts. 1.039 e 1.040, V); b) o compromisso poderia fixar os honorários dos árbitros e a proporção em que serão pagos (art. 1.040, VI); c) embora mantida a necessidade de homologação da sentença, ainda que “sem recurso”, o Código restringiu a dispensa de homologação apenas à hipótese de a sentença ser proferida por juiz de primeira ou segunda instância, como árbitro nomeado (art. 1.045).

Durante a vigência do Código Civil de 1916²², foram editados também o Código de

²⁰ Ao contrário do Decreto nº 737, que se referia genericamente a “árbitros” sem precisar número mínimo ou máximo, mas pressupondo o mínimo de dois, já que com apenas um não há divergência e não faria sentido a imposição da nomeação do terceiro árbitro no compromisso, o Decreto nº 3.900 impunha às partes em seu art. 12 a nomeação de um ou dois árbitros e também dos respectivos substitutos, se lhes aprouvesse. Em complemento, o art. 13 facultava a nomeação do terceiro árbitro para o caso de divergência, ou concessão de autorização aos dois árbitros para essa nomeação.

²¹ Arts. 1.037 e 1.038. O Decreto nº 737 (art. 415) e o Decreto nº 3.900 (art. 5º) dispunham no mesmo sentido.

²² No ano da entrada em vigor do Código Civil (1917), o país estava sob a égide da Constituição de 1891, que conferia ao Congresso Nacional a competência privativa para legislar sobre o direito processual da Justiça

Processo Civil de 1939 (Decreto-Lei nº 1.608) e o Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869), complementando o regime legal da arbitragem no direito pátrio.

O Código de Processo Civil de 1939 positivou, em seu Livro IV, Título único, regras sobre (i) a indicação dos árbitros e a sua suspeição (capítulo I, arts. 1.032 e 1.033), (ii) o andamento e julgamento da causa (capítulo II, arts. 1.036 a 1.040), e (iii) a homologação da decisão arbitral (capítulo III, arts. 1.041 a 1.046).

De forma muito semelhante, mas com maior completude, o Código de Processo Civil de 1973 positivou, também no Livro IV (Título I, capítulo XIV), normas sobre (i) o compromisso arbitral (seção I, arts. 1.072 a 1.077); (ii) a indicação e impedimento ou suspeição dos árbitros (seção II, arts. 1.078 a 1.084); (iii) do procedimento arbitral (seção III, arts. 1.085 a 1.097); e (iv) da homologação do “laudo” arbitral (seção IV, arts. 1.098 a 1.102).

Aspecto interessante eleito para a comparação entre os Códigos de 1939 e 1973 com a Lei nº 9.307/96 é a permanência em todos eles de certas hipóteses motivadoras da nulidade da “decisão”, “laudo” ou “sentença” arbitral, conforme a nomenclatura adotada por cada diploma. Identificam-se quatro hipóteses de nulidade previstas no art. 1.045 do CPC de 1939 que se sucederam no CPC de 1973 (art. 1.100) e foram albergadas no art. 32 de Arbitragem: (i) nulidade do compromisso, (ii) decisão proferida fora dos limites do compromisso, (iii) inobservância dos requisitos essenciais da decisão fixados pela lei e (iv) decisão proferida fora do prazo. Ademais, na comparação do CPC de 1973 com a Lei de Arbitragem são acrescentadas mais duas causas: (i) laudo/sentença emanado de quem não podia ser árbitro; e (ii) se o laudo/sentença não julgasse toda a controvérsia submetida ao juízo arbitral, causa essa expressamente revogada pela Lei nº 13.129/2015.

Convém registrar que tanto o Código Civil de 1916 (art. 1.045) quanto as legislações processuais de 1939 (art. 1.041) e 1973 (art. 1.098) exigiam a homologação da sentença dos árbitros como condição necessária à sua execução e produção de efeitos, o que representava condenável intervenção do Judiciário sobre a jurisdição do tribunal arbitral, colocando em sério risco a eficácia do instituto, que, por consequência, perdia atratividade.

Além disso, de modo a frustrar ainda mais o florescimento da arbitragem, todos os

Federal (art. 34, 23º), reservando implicitamente ao Poder Legislativo dos Estados a competência para legislar sobre o processo estadual em leis próprias. Assim, cada Estado poderia regular o juízo arbitral em seus Códigos ou não. Na ausência de regulação, poderiam ser aplicadas as normas do Decreto nº 3.900/1867. Em 1934, a Constituição determinou que competia privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 5º, XIX, a) porém não foi editado um Código de Processo Civil federal, mantendo-se em vigor os Códigos estaduais (ex: São Paulo, Lei nº 2.421/1930, Livro VIII). Somente na vigência da Constituição de 1937, que replicou a disposição da anterior em seu art. 16, XVI, é que foi baixado o Código de Processo Civil, disciplinando o processo civil e comercial em todo o território brasileiro (art. 1º) e revogando tacitamente o Decreto nº 3.900.

diplomas davam ênfase ao compromisso arbitral, firmado após o surgimento da contenda, relegando a segundo plano a figura da cláusula compromissória, pela qual as partes acordavam, previamente ao surgimento do litígio, a solução da disputa pela arbitragem. Sob esse regime, entendia-se que a cláusula compromissória consubstanciava um “compromisso de contratar”, de modo que não era capaz, por si só, de promover a instituição forçada da arbitragem.

Como observa Carlos Alberto Carmona (2009, p. 4), essas circunstâncias esvaziavam ainda mais a utilidade do instituto da arbitragem no Brasil:

Basicamente, eram dois os grandes obstáculos que a lei brasileira criava para a utilização da arbitragem: em primeiro, o legislador simplesmente ignorava a cláusula compromissória (o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não exibiam qualquer dispositivo a esse respeito); ao depois, o diploma processual, seguindo a tradição de nosso direito, exigia a homologação judicial do laudo arbitral.

Prevalecia a compreensão que o inadimplemento da cláusula compromissória, pela resistência à formação do tribunal arbitral, não comportava execução específica da obrigação, mas deveria ser resolvido em perdas e danos, consoante da regra geral do inadimplemento (art. 1.056 do Código Civil), regime somente superado após a edição da atual Lei de Arbitragem.

3.3. *O regime atual: a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96)*

Em 1996, foi editada a Lei nº 9.307, atual marco legal da arbitragem e responsável pelo florescimento e ampla adoção no âmbito societário dessa forma adequada de solução de determinadas disputas. Inspirada na Lei Modelo de 1985 sobre Arbitragem Comercial Internacional, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI), a lei incorporou normas e princípios que informam as legislações modernas, em amplo prestígio à legitimidade do instituto.

Dentre os importantes avanços, destacam-se os seguintes: (i) a superação da falta de eficácia da cláusula compromissória, mediante a inclusão de procedimento voltado a permitir a sua execução específica no Poder Judiciário na hipótese dela não conter todos os elementos necessários à formação do tribunal arbitral, apelidada de “cláusula vazia” (art. 7º); (ii) o prestígio do princípio da autonomia da cláusula compromissória, que preserva a jurisdição do tribunal arbitral caso uma das partes suscite a inexistência, invalidade ou ineficácia do contrato em que ela estiver inserta – ou seja, a cláusula compromissória, a rigor, é um contrato autônomo, mesmo se localizada no contrato subjacente que regula a relação de direito material; (iii) a positivação do princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), pelo qual cabe aos próprios árbitros decidir, de ofício, ou por provocação das partes, sobre as questões acerca

da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (art. 8º, parágrafo único), cabendo ao Judiciário a revisão *a posteriori* da sentença arbitral somente se presente alguma das hipóteses de nulidade previstas no art. 32; e (iv) o fim da exigência de homologação da sentença pelo Poder Judiciário, medida essencial para a atratividade e utilidade do instituto (art. 18).

Por fim, cabe destacar que as disposições da Lei nº 9.307/96, cuja constitucionalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (2001), bem como o atual Código de Processo Civil, que prestigiou o instituto ao exigir a extinção da ação judicial sem resolução do mérito caso arguida a existência de cláusula compromissória (art. 485, VII), não recuperou a positivação do “juízo arbitral necessário” do Código Comercial, mantendo a opção, prevalecente desde a Lei nº 1.350/1866, de que a escolha pela arbitragem cabe, de forma voluntária, às partes, como expressão de sua autonomia privada.

4. Conclusão

Buscou-se, no presente artigo, resgatar o estudo do juízo arbitral necessário, positivado no direito pátrio pelo Código Comercial de 1850, influenciado pelo Código francês de 1807 e regulamentado, posteriormente, pelo Decreto nº 737, do mesmo ano, e o procedimento instituído por este para o juízo arbitral, mantido em suas linhas gerais pelo seu sucessor, o Decreto nº 3.900/1867, que regulamentou a Lei nº 1.350/1866, que extinguiu o juízo necessário.

Conforme se demonstrou, a instituição do juízo arbitral necessário impunha aos sócios das companhias e sociedades comerciais a obrigatoriedade de adotar a arbitragem para dirimir controvérsias societárias suscitadas entre os sócios. No entanto, dada a sua duvidosa constitucionalidade em relação à Constituição de 1824 e incompatibilidade com o sistema arbitral, que se funda no princípio da autonomia da vontade das partes, a doutrina da época perfilhou severas críticas ao instituto até sua revogação em 1866.

De 1866 até a atual Lei de Arbitragem, a arbitragem foi perdendo sua importância e utilização pelos agentes econômicos, não por força de sua facultatividade, mas pela ausência de dispositivos no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973 a respeito da autonomia da cláusula compromissória ou da dispensa de homologação pelo Poder Judiciário para a execução da sentença, dentre outros. Sem embargo, foram constatadas semelhanças em alguns aspectos entre a atual Lei de Arbitragem e os Códigos de 1939 e 1973, com destaque para a manutenção da maior parte das hipóteses de nulidade da sentença arbitral.

Desde a vigência da Lei nº 9.307/96, a arbitragem, efetivamente, consagra a autonomia

privada das partes, não havendo previsão legal a exigir sua adoção na ausência de consentimento à convenção de arbitragem, opção que se entende mais coerente e adequada a essa modalidade célere e facilitada de solução de disputas.

Referências

BARROS, Henrique do Rego. *Apontamentos sobre o contencioso administrativo*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1874.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. Agravo regimental na sentença estrangeira nº 5.206-7 (Espanha). Relator min. Sepúlveda Pertence, julgamento: 12/12/2001. Publicação: 30/04/2004.

BORGES, Jose Ferreira. *Diccionario Juridico-Commercial*. Pernambuco: Typographia de Santos & Companhia, 1843.

CÂMARA. Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n. 9.307/96*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. São Paulo: Atlas, 2009.

COSTA, Salustiano Orlando de Araujo. *Código Commercial do Imperio do Brazil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert, 1878.

FARIA, Antônio Bento de. *Código comercial brasileiro*, anotado de acordo com a doutrina, a legislação e a jurisprudência nacional e estrangeira, e os princípios e regras de direito civil, seguido do Regulamento n. 737 de 1850, igualmente anotado. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos Editor, 1903.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. *Arbitragem: aspectos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, jul.-set. 2016, p. 79–94.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TELLECHEA, Rodrigo; SCALZILLI, João Pedro; SPINELLI, Luiz Felipe. *História do Direito Falimentar*. São Paulo: Almedina.

WALD, Arnaldo. Prefácio. In: MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitragem no Direito Societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

WERNECK, João Pedro; ROQUE, André Vasconcelos. *Comunicado sobre demandas societárias: a flexibilização da confidencialidade em arbitragens que envolvem companhias abertas*. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 79, 2023.