

A ARBITRAGEM COMO INSTRUMENTO DE DIRIMÊNCIA DE CONFLITOS

Rubens de Freitas Mattos Filho¹
Setembro/2008.

RESUMO

Este artigo visa apresentar alguns comentários sobre a utilização da Arbitragem como instrumento de dirimência de conflitos entre duas ou mais pessoas, físicas e (ou) jurídicas, em se tratando de lides com objeto de natureza patrimonial e disponível, e, onde caiba a possibilidade de decisão das partes interessadas pela transação e(ou) renúncia, vinculando-se à *decisum* de uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros, escolhidos através de comum acordo entre os interessados.

Fácil compreender que as empresas necessitam de soluções rápidas e que atendam suas expectativas, contrapondo-se a submissão morosa do judiciário, em especial o brasileiro, onde uma lide pode se arrastar por longos anos em contrário ao breve período de tempo utilizado na arbitragem, e de suma importância para o mundo dos negócios.

Por que tal instituto, contrariando à tendência mundial, não se impõem como eficaz meio de dirimência de conflitos no Brasil?

Um passeio pela Arbitragem em países que a utilizam se faz necessário neste trabalho e, assegura sua eficiência e a busca constante do aperfeiçoamento do referido instituto como forma de trazer às lides soluções que mais se aproximem da satisfação de vontades das partes.

Tive como norte, pesquisa bibliográfica, artigos, matérias publicadas em internet, e trabalhos científicos publicados como monografias ou teses. Portanto, tal trabalho funda-se em observações de idéias e constatações abalizadas sobre o tema proposto.

1 - INTRODUÇÃO

¹ Analista de Sistemas; Advogado da EMUSA – Empresa Municipal de Moradia, Urbanização e Saneamento do município de Niterói – RJ; Pós-graduando em Advocacia Empresarial na UGF-Universidade Gama Filho.

Constata-se nas assertivas dos teóricos que o instituto ora apresentado, é de largo uso nas relações econômicas em muitos países do mundo, porém no Brasil por fatores, que serão estudados oportunamente, observam-se entraves que reduzem sua utilização a setores pontuais da economia como de uso em grande escala.

Quais são estes entraves?

1 – O primeiro entrave é histórico e diz respeito à legislação brasileira para a matéria, posto que mesmo tendo previsão legal desde o início do século XIX, quando legalmente foi inserido no ordenamento jurídico, através do artigo 160 da Constituição Federal de 1824, que facultava às partes nomear juizes árbitros, nas ações cíveis e penais civilmente intentadas, cujas sentenças eram executadas, sem recurso, desde que as partes assim convencionassem, e ainda, previsão legal nos Códigos Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, somente em 1996 através da Lei 9307 recebeu uma roupagem moderna e segura para disseminação de suas possibilidades e, conseqüente utilização.

2 – Como segundo entrave havia a necessidade de homologação judicial, para sentenças arbitrais proferidas dentro do Brasil, e do *duplo exequatur*, para sentenças arbitrais estrangeiras, ou seja, a sentença arbitral proferida no estrangeiro deveria ser homologada judicialmente na origem, para posteriormente se submeter à homologação do STF.

3 - Decerto, que antes da lei específica, *“a cláusula compromissória era entendida como sendo um pré-contrato no qual as partes signatárias se comprometiam a celebrar o compromisso para que se pudesse validamente instituir a arbitragem. No entanto, seguindo a técnica vigente no passado, muito embora o compromisso fosse essencial, não previa a legislação os meios adequados para que forçasse a parte recalcitrante a celebrar o compromisso. A isso denominava-se a ausência de execução específica da cláusula compromissória”*², resultando na possibilidade de descumprimento à cláusula compromissória contratada, ou então, no mínimo simples procrastinação aos efeitos da sentença arbitral, sem que os danos provenientes pudessem ser mensurados para conseqüente ressarcimento.

Com a publicação da Lei 9307/96, esperava-se a afirmação da arbitragem como instituto alternativo e de larga difusão na solução de conflitos, proporcionando um esvaziamento do Judiciário em matérias e lides pertinentes ao tema. Porém preconceitos e desinformações estigmatizaram o instituto. Entre estes preconceitos encontram-se: temor de que a arbitragem subtraia a função do advogado no processo, em ledô engano; temor de que o

² José Emílio Nunes Pinto- advogado, autor do trabalho “A Cláusula Compromissória à luz do Código Civil”. Site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025>, informação obtida em 09/09/2008 às 16:49 horas.

judiciário seja substituído pela justiça privada, esquecem seus seguidores de que a arbitragem, legalmente, só pode ser utilizada para direitos patrimoniais disponíveis; por temor de alguns magistrados que veem na arbitragem uma fonte de usurpação de suas prerrogativas e funções; e ainda, o temor daqueles que entendem e atribuem ao Estado a função exclusiva de produção normativa e de aplicação da Justiça.

A forma como o supra instituto foi trazido ao contexto brasileiro, causou perplexidade na comunidade jurídica, pois trouxe a figura do árbitro com título de “Juiz” em seu artigo 18: **“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”**. Tal artigo propiciou um mal estar generalizado, pois o título atribuído pela lei não foi aceito, e muito menos digerido pelos membros da Magistratura. Instalou-se então, a desavença entre Árbitros e Magistrados. Some-se a isto o equívoco de alguns Árbitros que se muniram de carteiras com o símbolo da República nelas estampadas, e acreditando-se superiores ao bem e ao mal, utilizavam-nas para auferir benefícios e lucros, utilizando-se das, populares, “carteiradas” como se autoridades constituídas fossem.

Num sopesar observam-se algumas vantagens do instituto sobre a via judicial, são elas: custos menores; prazo menor para emissão da sentença; confidencialidade e privacidade contrapondo-se à publicidade do processo judicial; árbitros especializados e *expert’s* nas áreas que atuarão; a flexibilidade, que é a possibilidade das partes acordarem sobre os árbitros, as normas a serem aplicadas, das entidades arbitrais e da lei a ser aplicada; a efetividade de suas sentenças, uma vez que são fruto de acordo; manutenção das relações comerciais após a sentença.

Os prazos se tornam bem menores uma vez que as sentenças arbitrais não admitem recursos procrastinadores, fazendo com que suas sentenças com força de título executivo só possam ser tornadas nulas quando preceituada no artigo 32 da Lei 9307/96, por ação anulatória própria, ou então, mediante embargos do devedor nos termos do artigo 741 do CPC, quando houver execução judicial.

Importante frisar que como todas as possibilidades devem ser pactuadas, entre as partes, se mostra evidente que os prazos para sentença, uma vez acordados deverão ser cumpridos, a não ser que previamente tenha sido pactuado prazo para prorrogação de emissão da sentença.

Quanto a questão da Arbitragem no Brasil, em referência ao que com ela ocorre no mundo, há de se vislumbrar que o referido instituto, por evolução, incorporou-se à cultura internacional, como ferramenta utilizada em larga escala na solução de litígios. Resta-nos

então a esperança, ou mesmo a antevisão de uma inevitável utilização para atingimento do seu fim precípua.

2 - A ARBITRAGEM E SEU PAPEL NO BRASIL

O Brasil promulgou a Lei nº 9307/96 instituindo a Arbitragem como forma alternativa de solução de litígios e, em tal Lei, o legislador estabeleceu princípios e um ordenamento a ser seguido. Buscou na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, os princípios fundamentais para criação da referida lei. Até mesmo, e impositivamente, o Princípio de Ampla Defesa e do Contraditório, que terá de ser firmemente observado e aplicado, quando diante de procedimento arbitral. Certo de que outros deverão ser igualmente observados.

Mas o que deve ser, realmente observado, é a necessidade de implementação do referido instituto, não só pela agilidade que pode proporcionar ao andamento e solução dos conflitos, como também, dos resultados obtidos se mostrarem mais satisfatórios para as partes, uma vez que poderão estabelecer por escolha quais serão os Árbitros aptos para dirimirem o litígio, podendo nomear Árbitros-peritos, com capacidade reconhecida na matéria a ser julgada.

Para um claro entendimento da Arbitragem há que se buscar a compreensão de como funciona a mesma no Brasil, compreensão esta que se dará através de seu conceito, sua natureza jurídica, das suas condições de cabimento, e das suas espécies:

Quanto ao conceito, para Alexandre Câmara, a arbitragem é “ uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial”³.

Ou de outra forma, pode se dizer que arbitragem é um meio de solução de conflitos alternativo à via judiciária caracterizado por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidí-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão.

O interessante do instituto da arbitragem é que ele possibilita a verdadeira composição dos interesses em conflito e dos conflitantes, e que a função jurisdicional raramente alcança.

³ CÂMARA Alexandre Freitas – Arbitragem Lei 9307/96, Revista ampliada e atualizada, Editora Lúmen Júris • Rio de Janeiro, 3ª ed, 1998, p. 09

Para Chiovenda, o maior de todos os processualistas, “*o processo é precisamente a antítese da composição*”⁴. Portanto entendemos o Estado em função da aplicação do direito positivo, o que torna juridicamente irrelevante o litígio. Portanto, qualquer tentativa de resistência à pretensão julgada procedente, de acordo com o direito positivo, torna-se inoperante, uma vez que o Estado-juiz pode exercer atos de força, impondo destarte, a resolução da controvérsia contida no provimento jurisdicional.

Com a arbitragem tal não ocorre, pois ao ser estabelecida esta forma de dirimência de conflitos, vem embutida na vontade dos titulares dos interesses, a predisposição de se conformarem com a decisão do(s) árbitro(s), tanto por ser manifestamente de confiança das partes, como por ter sido escolhido pelos contendores.

Quanto à natureza jurídica, o instituto da arbitragem, em relação à sua natureza jurídica, proporciona grande polêmica, e várias correntes como conseqüência.

A primeira defende como sendo **privatista**⁵ a natureza jurídica, enquanto uma outra, majoritariamente dominante defende **a natureza jurisdicional**⁶ da arbitragem.

Entende-se que a função exercida pelos árbitros é pública, por ser função de pacificação de conflitos, de nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais.

Por outro lado, parece inegável que a arbitragem se inicia por ato de direito privado, que é o ato da convenção arbitral. Mesmo tendo seu ato inicial pautado no direito privado, pode se afirmar que a arbitragem é de função pública.

Entende Alexandre Câmara, e atesta sua convicção no sentido de que a arbitragem é verdadeiro “*processo*”⁷, baseando-se na moderna doutrina que afirma que “*deve se*

⁴ CHIOVENDA Giuseppe, La acción em el sistema de los derechos, trad. Esp. de Santiago Sertis Melendo. Bogotá: ed. Témis, 1986, p.53.

⁵ Entre outros: Salvatore Satta, Direito Processual Civil, vol.II, trad.bras. de Luiz Autuori, Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p.775; Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual civil, vol. I, trad.bras. de J.Guimarães Menegale, São Paulo:Saraiva, 3ª ed. 1969, p.79; André Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Nápoles: jovene, 1994, p.863; Cezar Fiúza, Teoria Geral da Arbitragem, Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p.124.

⁶ Entre outros: Dante Barrios de Angelis, El proceso civil, comercial y penal de América Latina, Buenos Aires:Depalma, 1989, p. 370; Lino Henrique Palucio, Manual de derecho procesal civil, vol.II, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 10ª ed.,1993,p.534; Montro Aroca, Comentário breve a la Ley de arbitraje, ob.cit.,p.24; Carmona, A arbitragem no processo civil brasileiro, ob.cit., p.37, Após a entrada em vigor da Lei 9307/96 este entendimento permaneceu dominante, como se pode ver, e. g., pelas lições de Carreira Alvim, Tratado geral de arbitragem (interno), ob.cit., p.68; Figueira Junior, Arbitragem, jurisdição e execução, ob.cit., p.157.

⁷CÂMARA Alexandre Freitas— arbitragem Lei 9307/96, revista ampliada e atualizada. Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 3ª ed., 1998, p.13.

considerar processo todo o procedimento realizado em contraditório”⁸ . Entendendo-se procedimentos como seqüências ordenadas de atos destinados à elaboração de um provimento, e caso haja participação assegurada dos interessados através do contraditório, ter-se-á um processo.

Claro está que nesta ótica, o processo arbitral não se confunde com processo judicial, uma vez que o último traz consigo a intervenção do Estado-juiz na relação processual entre autor e réu, de forma imperiosa.

Mesmo não tendo a arbitragem, natureza jurisdicional, proporciona ao árbitro o *munus publico*, em sua atividade privada, de busca da pacificação social, objetivo maior do Estado.

Quanto ao cabimento, segundo o artigo 1º da Lei 9307/96, o instituto da arbitragem só caberá quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou direitos e bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar e que tenham valor econômico ou possam ser avaliados economicamente. Pode-se dizer que, tanto as pessoas jurídicas como as pessoas naturais capazes, podem se valer da arbitragem como meio de solução de litígios. A capacidade se apresenta de acordo com a lei civil.

Para Alexandre Câmara:

*- questão que deve ser considerada é a da possibilidade de entes despersonalizados, como condomínios em edifícios, o espólio e as sociedades de fato ou irregulares poderem se valer da arbitragem. Tais entes despersonalizados, como é notório, têm capacidade de ser parte, podendo se fazer presentes num processo jurisdicional. Podem, ademais, e desde que não haja nenhum impedimento de outra ordem (como a presença de herdeiros incapazes em relação ao espólio), transigir. Parece, assim que nada impede a utilização da arbitragem por estes entes, os quais costumam ser designados por pessoas formais.*⁹

⁸ neste sentido a Lição de Elio Fazzalari, Il proceso ordinario di cognizione, vol.I, Turim:UTET, reimpressão, 1990, p.53

⁹ CÂMARA Alexandre Freitas— arbitragem Lei 9307/96, revista ampliada e atualizada. Editora Lúmen Júris , Rio de Janeiro, 3ª ed., 1998, p.16

Também o Estado pode utilizar a arbitragem quando o conflito de interesses disser respeito aos atos negociais que ele pratica, tal se dá, pelo Estado ao assumir posição de igualdade com o outro sujeito da relação jurídica que se forma, quando tais atos negociais estão sendo regidos por normas do direito privado. Para contratos administrativos a arbitragem não pode ser utilizada, bem como para causas que versem sobre o estado e a capacidade das pessoas, como por exemplo num divórcio consensual.

Controversa é a discussão do cabimento da arbitragem nas questões de alimentos. Tendo autores que entendem como impossível a aplicação da arbitragem na referida questão, e outros¹⁰, que admitem a arbitragem no que concerne ao *quantum* dos alimentos, caso a discussão gire apenas em relação a valores e, não quanto à matéria se cabe ou não o controverso alimento.

E por fim seu cabimento diante da partilha de bens, decorrente de sucessão por morte ou de extinção de vínculo matrimonial ou de união estável. Mostrasse difícil a aplicação do instituto diante das situações acima expostas uma vez que o artigo 982 do CPC exige o procedimento de inventário e partilha ainda que todos os sucessores sejam capazes, em causa *mortis*. Para o caso de dissolução de vínculo conjugal haja, através do artigo 7º & 2º da Lei do Divórcio (Lei 6515/77), a exigência da intervenção do juiz da partilha.

Finalmente quanto as espécies, de acordo com a Lei da Arbitragem brasileira, são dois os seus tipos: a de direito e a por equidade.

A mesma Lei faculta às partes a livre escolha do tipo de arbitragem a seguir, dispondo no compromisso arbitral, expressamente, quando a opção for pela equidade (art.11,II da Lei 9307/96).

Na arbitragem de direito, o conflito deverá ser composto com base nas normas do direito objetivo, devendo o árbitro pautar sua decisão, na observância estrita da legalidade da questão que lhe é submetida.

A segunda espécie caracteriza-se por permitir ao árbitro se libertar da legalidade estrita, devendo dar à causa a solução que, a seu juízo, represente a justiça no caso concreto. Esta liberdade não impede que decida sob a luz do direito positivo, desde que entenda que o referido direito tenha a melhor solução para o conflito, ou seja que através dele terá a mais justa forma de compor o conflito.

¹⁰ CHIOVENDA Giuseppe, Instituições de direito processual civil, vol.I,ob.cit., p.82; Gabriella Rampazzi Gonnet, in Federico Carpi e Michelle Taruffo(coord), Commentario breve al Codice di Procedura Civile,Pádua:CEDAM, 3ª ed., 1994, p.1536.

A arbitragem de equidade terá, sobre a de direito, quase sempre uma imensa vantagem, que se trata da especialização do árbitro. Tomando como exemplo uma controvérsia que diga respeito a uma questão de engenharia, em que seja escolhida a arbitragem de equidade, certamente a decisão do árbitro atenderá de forma mais pacificadora ao conflito, vez que deverá ser expressa com conhecimento de causa direto, quase sempre por *expert*, e na através de laudos periciais no caso da arbitragem de direito¹¹.

Vencida esta primeira etapa, àquela que traz ao ordenamento jurídico brasileiro a Lei da Arbitragem, nosso artigo abordará a temática sob a ótica mundial, seu papel e consequências de sua utilização.

3 - A ARBITRAGEM E O INTERESSE PÚBLICO

Como o fim maior da Arbitragem é buscar a solução do conflito buscando, sempre, a satisfação, senão plena ao menos parcial das partes. Não resta qualquer dúvida que venha sendo utilizada cada vez mais pelos países em suas transações, principalmente, pertinentes ao comércio exterior. Tal fato se observa em função da compreensão pelos Estados constituídos no mundo, da possibilidade de obterem melhores soluções em menor espaço de tempo, em questões provenientes de litígios.

“Os Bancos Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Mundial (BIRD) sempre previram em seus contratos que os Estados e suas agências, na qualidade de tomadores de empréstimos e financiamentos ou garantidores dos mesmos, deviam submeter-se à cláusula de arbitragem. Os contratos com o BID, onde trabalhou como advogado na década de 80, prevêem que as partes “se submetem, incondicionalmente e irrevogavelmente, a processo e sentença do tribunal de Arbitragem”, que é composto de três árbitros, um indicado pelo Banco, outro indicado pelo mutuário e pelo fiador (se estes não se colocarem de acordo prevalecerá o nome indicado pelo garante) e um terceiro, desempatador, que deverá ser nomeado de comum acordo entre as partes ou, como diz o contrato com o BID, por intermédio dos respectivos árbitros, pertencendo a indicação do desempatador ao Secretário Geral da OEA se não houver acordo. Segundo os contratos com o BID, a sede da arbitragem

¹¹ CÂMARA Alexandre Freitas— arbitragem Lei 9307/96, revista ampliada e atualizada. Editora Lúmen Júris , Rio de Janeiro, 3ª ed., 1998, p.22.

*será em Washington DC e, segundo os contratos com o BIRD, será no local designado pelo desempataador.”*¹²

No Brasil, vários contratos realizados por entidades vinculadas ao Estado contam com previsão de se submeterem à Arbitragem, por exemplo:

- O tesouro nacional contratando diretamente ou por intermédio de agente financeiro com organismos financeiros internacionais, conforme previsão no Decreto-Lei 1312/74 em seu art.11;

- O Acordo de Comunhão de Interesses celebrado entre o governo de Minas Gerais e a empresa Fiat S.A., da Itália, que prevê em sua cláusula 8.6:

- As partes procurarão resolver entre si, por via amigável, todas as controvérsias que possam surgir em relação à execução e/ou interpretação e/ou rescisão do presente Acordo. Na falta de composição pelas vias amigáveis, essas controvérsias serão resolvidas por meio de arbitragem...;

- Os contratos de concessão para prospecção e exploração de petróleo no Brasil a serem licitados, segundo a Lei 9478/97, devem conter as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução. Inclusive a conciliação e a arbitragem internacional”, conforme art.43, inc.IX da Lei 9478/97; e,

- o Mercado Atacadista de Energia – MAE, pessoa jurídica de direito privado subordinada à ANATEL, criado pela Medida Provisória nº 29 de 07 de fevereiro de 2002, prevê em seus contratos de compra e venda de energia elétrica, que seus litígios sejam dirimidos por arbitragem, tal previsão encontra-se na Convenção que regula o Mercado e ainda no estatuto da entidade.

Estes são uns poucos exemplos de previsibilidade de utilização da arbitragem, como meio de dirimência de conflitos em causas patrimoniais com direitos disponíveis, em contratos realizados por entes estatais ou entidades vinculadas ao Estado, todos com aceitação jurisprudencial ou legal.

Em recente decisum o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que a Arbitragem pode ser utilizada em conflitos com a Administração Pública:

O STJ decidiu que empresas de economia mista podem valer-se da arbitragem para decidir controvérsias

¹² GARCEZ José Maria Rossani Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem, Lumen Juris editora - RJ, 2ª ed., 2004, p.85

contratuais. O julgamento, que envolveu uma discussão entre o TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE e a sociedade de economia mista Nuclep (Nuclebrás Equipamentos Pesados), empresa vinculada ao Ministério da Ciência e Tecnologia, é importante por reforçar o entendimento da corte sobre o tema¹³..

Portanto há que se buscar estender sua utilização, até como forma de buscar uma dinâmica maior nos casos que possam, efetivamente, terem suas controvérsias solucionadas pela via da arbitragem com o fim precípuo de atender ao interesse público.

4 - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA E A ARBITRAGEM, UM NOVO CAMINHO

Fato, antigamente, bastante controverso dizia respeito à aplicabilidade da arbitragem como instituto possível dirimente de conflitos nos contratos realizados pela Administração Pública com particulares, uma vez que confundia-se o interesse da Administração Pública com o interesse público, este último a ser resguardado sob qualquer ótica no trato do negócio público.

Tal entendimento sofreu novo acolhimento, conforme abordado em item supra, o STJ proferiu em recente decisão a pertinência e a competência de Juizados Arbitrais para solução de conflitos de tal natureza, . Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

Põe fim a tal controversa própria decisão do Supremo Tribunal Federla, onde consta em seus anais que dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam à navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. “*Não só o uso da*

¹³ Fonte: “Valor Econômico” Última Instância, acesso em 19 de junho de 2008

arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público."¹⁴

Portanto não há que se falar da impossibilidade de utilização da arbitragem em conflitos manifestamente oriundos da relação de contratos firmados para atender à Administração Pública, posto que indisponível é o interesse público.

Decerto que tal possibilidade proverá a citada Administração de uma poderosa arma agilizadora para dirimência de conflitos de ordem contratual

5 O BRASIL NO CONTEXTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Para consolidação das relações comerciais internacionais, e mantê-las resguardadas, impôs-se no início, a adoção de normatização fundada em tratados e acordos arbitrais existentes, porém dispersos de uma vocação comum básica. Só como exemplo citaremos o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Gênova de 1927 e a Convenção de Nova Iorque de 1958, todos oriundos de um esforço mundial pela padronização da arbitragem internacional. Porém, tais esforços esbarraram na falta de um modelo internacional, realmente eficiente e harmônico na tutela dos interesses comerciais envolvidos.

Em face de tal necessidade, no início dos anos 80 do século passado, um comitê formado por representantes de 58 países, incluindo o Brasil, e 18 organizações internacionais, presidido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral), voltou-se, num esforço concentrado, com o fim precípua de estabelecer um padrão homogêneo e equitativo para a solução de conflitos a serem dirimidos por tal instrumento. A forma encontrada e adotada foi a da adoção de legislações internas harmônicas, que normatizavam a aplicação do referido instituto. Tal forma foi homologada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, através da Resolução nº.40/72, de 11.12.1985, que aprovou o texto final dessa Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Seu texto solucionou várias falhas das convenções anteriores, além de influenciar a revisão dos regulamentos arbitrais das principais câmaras de arbitragem do mundo, incluindo a Câmara Internacional

¹⁴ in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399

de Comércio, da França, a American Arbitration Association, dos Estados Unidos, e a CIETAC (China International Economic and Arbitration Commission), da China.

Há que se tomar cuidado, contudo, com dispositivos da Lei Modelo que violam formalidades da Lei Brasileira pois expõe àqueles que a adotarem ao cometimento do erro formal do procedimento, causando sua invalidade ou nulidade. Um exemplo disso seria a dispensa de fundamentação do laudo arbitral. Apesar de permitida pela Lei Modelo, esse arranjo contraria a Lei 9.307/96. Nesta hipótese, a arbitragem poderia ser considerada inválida no Brasil, muito embora pudesse ser considerada perfeitamente válida se fosse proferida no exterior, e somente depois homologada para execução no território nacional.

Historicamente sabe-se que a Lei de Arbitragem Brasileira – LAB, em 1996, sob o número 9307, desde o seu início de vigência ratificou a Convenção do Panamá¹⁵ e a Convenção de Nova Iorque – CNY¹⁶. Porém adotou a LM-UNCITRAL (Lei Modelo da United Nations Commission on International Trade Law), lei esta, que serviu de modelo à LAB preservando em sua essência princípios fundamentais tais como: a autonomia da vontade¹⁷, o respeito, no procedimento arbitral, aos princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento¹⁸ e, as hipóteses semelhantes àquelas insculpidas na CNY para a denegação de pedidos de reconhecimento e homologação de laudos arbitrais estrangeiros¹⁹.

6 O PRINCÍPIO DO KOMPETENZ-KOMPETENZ

A lei 9307/96, contemplou e consagrou o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, onde o árbitro estabelece o limite de sua competência, fato que suscitou e ainda assim o faz, ao ensejar debates entre seus defensores e seus opositores quanto o acerto de sua utilização, seus limites e, até mesmo quanto a sua constitucionalidade. Tal princípio está insculpido no parágrafo único do artigo 8º da LAB, *in verbis*:

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

¹⁵ Decreto Legislativo nº 1902, de 5 de setembro de 1996.

¹⁶ Decreto Legislativo nº 4311, de 23 de julho de 2002.

¹⁷ LAB – Artigos 1º a 3º.

¹⁸ LAB – Artigo 21 § 2º

¹⁹ LAB – Artigos 38 e 39

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do , que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

Decerto que da leitura deste parágrafo depreende-se a atribuição ao árbitro do poder de apreciar questões relativas à validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória, a exemplo da maioria das leis de arbitragem do mundo e das convenções internacionais temáticas.

Seu fundamento constitui-se, segundo Fouchart, “no direito de arbitragem da sede da arbitragem ou no direito dos Estados suscetíveis de reconhecer uma decisão proferida por árbitros sobre sua própria competência”²⁰.

No Brasil foi conferido caráter jurisdicional à arbitragem, caráter este expresso no artigo 31 da LAB:

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Ao atribuir caráter jurisdicional à arbitragem, o Brasil acolheu a regra do **Kompetenz-Kompetenz**.

Dissonante a doutrina quanto à constitucionalidade da assunção de tal regra, porém se apresenta majoritário tal acatamento, posto que o próprio STF entende que as partes podem, livremente, renunciar à jurisdição estatal, já que o direito de ação perante o juízo judicial é renunciável, tanto quanto o são os direitos disponíveis. O princípio da **Kompetenz-Kompetenz** emana da faculdade das partes elegerem um juízo privado para solução de seus conflitos e de se submeterem às consequências de tal escolha.

7 AS CONDIÇÕES LEGAIS DE ARBITRABILIDADE EM ALGUNS SISTEMAS PÁTRIOS

²⁰ FOUCHART Philippe, “In traité de l’arbitrage commercial international”, Paris, Editions Litec, 1996, p.414

A arbitrabilidade é a possibilidade de submissão de questões portadoras de litígio ao instituto da arbitragem, conforme preceitos legais.

No Brasil há a necessidade da questão fundar-se em direito patrimonial **disponível**, e somente neste caso, para que se possa utilizar o supra instituto. Tal preceito está insculpido na LAB em seu artigo 1º.

Esta mesma arbitrabilidade difere de país para país, pois conforme citado no item supra, a melhor forma encontrada foi a da adoção de legislações internas harmônicas, que normatizavam a aplicação do referido instituto individualmente, porém voltados e fundamentados em uma norma maior definidora de diretrizes gerais, norma esta que deixa o específico para as legislações internas dos países, a Lei Modelo UNCITRAL.

Por exemplo na Argentina, os artigos 736 e 737 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, preceitua :

podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida em juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida em el contrato o em um acto posterior”.

Portanto poderão se submeter à arbitragem todas as questões, excetuando-se àquelas que não possam ser objeto de transação, quais são:

- 1 – questões sobre as quais haja resolução com trânsito em julgado e em fase de execução;
- 2 – questões que por força de lei não possam se submeter à arbitragem;
- 3 - as matérias inseparavelmente vinculadas às outras, sobre as quais as partes não possam dispor e ou não possam se submeter ao juízo arbitral;
- 4 – as questões das quais advenham danos físicos, psíquicos ou morte do consumidor, bem como daquelas oriundas de delitos; e,
- 5 – as questões que, por força de regulamento e em razão do valor, constituam exceções à utilização da arbitragem.

Nos Estados Unidos da América do Norte, no Arbitration Act de 1925, codificado em 1947 e aditado em 1957 e 1970 consta em expressa arbitrabilidade em qualquer transação marítima ou de natureza comercial, salvo dispositivo contido na lei ou derivado da equidade que imponha a revogação do contrato.

Na França, o Direito Civil prescreve, nos artigos 2059 e 2060, em sintonia com o direito brasileiro, uma vez que é sua fonte, a arbitrabilidade para direitos sobre os quais a pessoa

detenha sua disposição, impossibilitando a utilização do instituto para questões de Estado e da capacidade das pessoas, sobre divórcio e a separação de corpos, ou para controvérsias que versem sobre direitos difusos, ou seja todas as matérias que forem de interesse da ordem pública.

Na Itália, o Código de Processo Civil italiano em seu artigo 806, excetua a utilização da arbitragem em questões de Estado e de separação pessoal, assim como de direitos indisponíveis

No México o Código de Processo Civil em seu artigo 1457, II, estabelece a competência dos juízes, em conformidade com a Lei interna, para determinar se o objeto da lide é passível de submissão ou não à arbitrabilidade.

Em Portugal, a Lei nº 31 de 29/08/1986 em seu artigo 1º, estabelece a arbitrabilidade para qualquer litígio que, por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, e que não respeite direitos indisponíveis.

Como se pode observar, embora as leis internas difiram quanto a forma de tratamento da matéria, seus conteúdos preservam a essência e a integração com as diretrizes norteadoras da arbitrabilidade insculpidas na Lei Modelo UNCITRAL (de 1985). Resta claro em seu artigo 34 (2) “*que a sentença arbitral só pode ser anulada se a parte interessada provar que ... (b) (i) o objeto do litígio não é suscetível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei de um referido Estado ou (ii) que a sentença contraria a ordem pública do referido Estado*”²¹.

8 EFEITOS DA SENTENÇA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL.

No Brasil, a Lei 9307/96 em seu artigo 31, preceitua, *in verbis*

A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Portanto, como preceitua a Lei Especial que regula o instituto da arbitragem, tem valor de título executivo a sentença arbitral condenatória.

Diante da sentença, as partes terão o prazo de cinco dias, a contar da notificação com a sentença, para arguir erros de natureza material na mesma, ou ainda que se intente um

²¹ GARCEZ José Maria Rossani, Negociação. ADRS.Mediação. Conciliação e Arbitragem, 2ª edição revista e ampliada, editora Lumen Juris - RJ,2004, p.99.

embargo de declaração nos casos de obscuridade, dúvida ou contradição da supracitada sentença.

O caráter de tal sentença se mostra então, definitivo, não possibilitando a impetração de recursos, pois não há segunda instância. Este sem dúvida é um dos segredos da agilidade do procedimento arbitral. Este dispositivo legal que atribui o caráter definitivo à sentença arbitral se repete nas legislações do mundo todo, inviabilizando a procrastinação pela utilização de recursos intermináveis, conforme ocorre na esfera judiciária.

A sentença arbitral só poderá ser anulada através de demanda a ser intentada no rito comum e, mesmo assim voltada para os aspectos formais do procedimento, ou através de embargos do devedor na execução, em conformidade com o artigo 741 do Código de Processo Civil.

Decerto que a sentença arbitral é o objetivo intrínseco no procedimento arbitral, e antes da LAB, as sentenças proferidas no estrangeiro, para que valessem dentro de nosso país se viam obrigadas ao duplo *exequatur*, ou seja homologação na sede da arbitragem e posterior homologação por autoridade judiciária do país., e esta dupla obrigação gerava incertezas quanto à obrigatoriedade e validade da sentença proferida. Conforme mencionado anteriormente, a necessidade deste duplo grau de homologação deixou de existir com a Lei 9307/96, que trouxe em seu texto, nos termos dos artigos 34 e 35, que a sentença arbitral estrangeira, proferida fora do território nacional, será reconhecida e executada no Brasil segundo as convenções e tratados internacionais ratificados internamente, e ainda devidamente homologada pelo STF – Supremo Tribunal Federal.

A inserção do dispositivo de homologação na Lei de Arbitragem Brasileira, é tratado nos artigos 34 a 40, insertos por força da incorporação da Convenção de Nova York de 1958, ratificada pelo Brasil em 2002, à referida lei pátria de 1996.

Tal inserção consolidou a aceitação da sentença estrangeira, tal qual a CNY preconizava, eliminando a incômoda necessidade de duplo *exequatur*, para que a sentença arbitral seja executada.

O artigo 38 da lei 9307/96 ao incorporar o artigo V da CNY, trouxe novidades ao ordenamento quanto ao ônus da prova e das condições para a concessão da homologação:

_ Em relação ao ônus da prova, revestiu-se de inovação, uma vez que traz embutido o princípio de que a sentença arbitral estrangeira tem sempre condições de ser homologada, excetuando-se quando comprovadamente contrária a ordem estabelecida por lei. E ainda que os fatores de influência possíveis de inviabilização de homologação encontram-se expressos nos artigo 38 da Lei pátria;

Esclarece Carlos Alberto Carmona: “ o artigo 38 da Lei deixa claro o intuito de determinar que as matérias ali arroladas devem ser objeto de alegação da parte interessada (são matérias de exceção, portanto)...”²². Portanto resta claro que a Lei específica estabeleceu e vinculou a não aceitação da sentença à violação de preceitos expressos.

_ Quanto aos motivos denegatórios de almejada homologação, constam em previsão nos artigos 38 e 39, em sintonia com o artigo V da CNY. Destarte quebra-se a praxe de se vincular a homologação da sentença arbitral ao Código de Processo Civil, tradição bastante arraigada nos países da América Latina.

9 – CONCLUSÃO

Ao encerrarmos este artigo, esperamos tê-lo apresentado de forma compreensível e clara, mostrando tratar-se de instituto que vem ao encontro dos interesses e necessidades dos indivíduos que buscam satisfação em seus litígios. É claro que a abrangência ficou restrita a determinados aspectos da utilização do instituto da arbitragem, uma vez que sua utilização plena na prática, exige estudo acurado sobre cada uma de suas possibilidades tanto expressas em lei como sob a ótica da hemenêutica. E ainda, e primordialmente, a sua aplicabilidade em um mundo globalizado.

Não obstante ter sido esta Lei: “*marginalizada*” pela sua utilização comercial, como por exemplo, venda de “*carteira de juiz arbitral*”, a arbitragem é um instrumento jurídico amplamente adotado em vários países.

Só a título de exemplo, na Argentina a arbitragem tem a mesma aplicabilidade que o nosso “*juizado especial*”. E, controvérsias mundiais são resolvidas através deste instrumento de solução de litígios.

Decerto que a necessidade de relações comerciais fundadas em soluções de litígios ágeis e seguras, conduzem para o entendimento de que o instituto tema deste artigo é o caminho mais adequado às necessidades de dirimência de conflitos.

Vimos o caráter de instituto que busca a pacificação de conflitos referentes a direitos disponíveis apenas exercitando desta forma variadas possibilidades de aplicabilidade, porém sem ingressar no espaço da jurisdição estatal. Entendemos ainda que terminologias e títulos não devem, nem podem sobrepor ao fim maior da justiça, que é o de harmonização de

²² CARMONA C.A., Arbitragem e processo. Um Comentário a Lei 9307/96, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p.367.

interesses interpessoais. O trabalho buscou ainda, apresentar a arbitragem como alternativa sem nos atermos à polêmica gerada pela Lei 9307/96, e seus efeitos.

Para que chegássemos ao objetivo fim deste trabalho, estudamos a morosidade da prestação jurisdicional e suas causas, fator fundamental na adoção da arbitragem, principalmente no que concerne a contratos empresariais, onde a necessidade de celeridade faz com que sua adoção ganhe mais espaço a cada dia.

Notamos ainda, que a pacificação social é, não só anseio do Estado, mas principalmente anseio da sociedade, carente de harmonia na convivência de seus membros.

Devemos entender que não basta a Lei 9307/96, restando um longo e árduo caminho de implantação de uma cultura arbitral no sentido da essência do instituto, que é o de fazê-lo como meio alternativo de pacificação e solução de conflitos. Torná-lo necessário, porém respeitando sempre seu fim precípuo, observando desta forma, não só a agilidade que pode proporcionar ao andamento e solução dos conflitos, como também dos resultados obtidos serem mais satisfatórios para as partes, uma vez que poderão estabelecer quais serão os árbitros aptos para dirimirem o litígio, podendo nomear árbitros-peritos, com capacidade reconhecida na matéria a ser solucionada.

10 . REFERÊNCIAS

- CÂMARA, Alexandre Freitas, Arbitragem Lei 9307/96, Revista ampliada e atualizada, 3ª edição, 1998.
- CARMONA Carlos Alberto, Arbitragem e processo. Um Comentário a Lei 9307/96, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe, La acción em sistema de los derechos, Trad.Esp. de Santiago S. Melendo, Bogotá: Témis, 1986.
- CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de direito processual civil, Trad.Bras. de J. Guimarães Menegale, São Paulo: Saraiva, 3ª edição, 1969.
- GARCEZ José Maria Rossani Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem, Lumen Juris editora, 2ª ed., 2004.
- GRINOVER, Ada Pellegrini, Teoria Geral do Processo, São Paulo, Malheiros Editores, 21ª edição, 2005.
- <http://www.caesp.org.br>, Conselho Arbitral do Estado de São Paulo, documento de Cássio Telles Ferreira Neto – Uma solução jurídica em tempo real, acessado em 08/08/2004.

- <http://www.mj.gov.br>, Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, documento Diagnóstico do Poder Judiciário, acessado em 10/08/2004.
- <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6025> José Emílio Nunes Pinto-. acessado em 09/09/2008 às 16:49 horas.
- <http://www.valoreconomico.com.br> - “Valor Econômico” Última Instância, acessado em 19 de junho de 2008.

Legislação

- Lei 9307 de 1996
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, São Paulo, Edições Jurídicas Manole, 5ª ed., 2005.
- Decreto Legislativo nº 1902, de 5 de setembro de 1996.
- Decreto Legislativo nº 4311, de 23 de julho de 2002.