

ASPECTOS DA ARBITRAGEM

Mariulza Franco*

1. Noções Históricas

A arbitragem, como técnica de resolução de conflitos por árbitros livremente escolhidos pelas partes conflitantes, é o instituto mais antigo do Direito. Já na antigüidade, era meio de pacificação tanto de povos como de indivíduos.

A história fornece-nos provas de sua utilização, também pelos gregos, nos conflitos entre cidades-estados e entre particulares.

Foi tradicional em Roma, tendo sido largamente utilizada como forma de declarar o direito nas disputas entre particulares, antecedendo e informando o posterior processo judicial: o árbitro surgiu antes do juiz e o primeiro processo foi o arbitral.

No Direito Romano, como se sabe, prevaleceu a justiça privada e é aí que vamos encontrar a origem do instituto e do compromisso arbitral. As partes escolhiam o árbitro ou árbitros, que eram nomeados pelo pretor.

É importante observar que a figura do *iudex privatus* foi mantida no período do principado, ao lado do processo denominado *cognitio extra ordinem* – que se diferenciava das formas precedentes do processo ordinário (*ordo iudiciorum privatorum*) – e regulada no Digesto com referência ao *compromissum*, meio pelo qual as partes acordavam que determinado conflito fosse decidido por terceiro (FIGUEIRA JR., 1999, p. 28).

Esse método de resolver controvérsias, embora tenha sido relegado a segundo plano com a instauração da jurisdição estatal, foi mantido a seu lado, como forma alternativa.

Entretanto, já na Idade Média teve significativo desenvolvimento, em consequência da ausência de leis, em certos casos, ou da convivência de vários ordenamentos em outros; da morosidade do procedimento comum, com prevalência da forma escrita e ausência de oralidade; como, ainda, da fraqueza dos Estados, em constantes conflitos com a Igreja. São inúmeros os relatos de casos de arbitragem a partir do século XII, entre cavaleiros, barões, proprietários feudais e mesmo entre soberanos (FIGUEIRA JR., 1999, p. 31).

Foi nessa ocasião que os comerciantes manifestaram sua preferência pela arbitragem, considerando, além de sua celeridade, a possibilidade de escolher juízes (árbitros) que poderiam solucionar as disputas segundo os usos e costumes, o que deu origem à denominada “*lex mercatoria*” (STRENGER, 1996, p. 23). Nessa época, a prática da arbitragem foi, também, bastante difundida na Igreja (FIGUEIRA JR., 1999, p. 31).

Em Portugal, o instituto antecedeu as Ordenações e foi introduzido no Brasil pelas Filipinas (FIGUEIRA JR., 1999, p. 32). Mais tarde, na Constituição do

* Mestre e Doutora em Direito. Professora do Pós-Graduação em Direito da UNIPAR.

Império (1824) a arbitragem foi permitida tanto em matéria cível como em matéria penal, no título que tratava do Poder Judiciário:

Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

Posteriormente, o juízo arbitral passou a obrigatório nas demandas que tivessem por objeto matéria de seguro e de locação (Leis de 1831 e 1837). Em 1850, o Código Comercial estendeu a obrigatoriedade às controvérsias de natureza mercantil (locação mercantil e questões entre sócios). Do mesmo ano, o Regulamento 737 distinguiu a arbitragem voluntária da necessária.

Mas a arbitragem obrigatória, severamente criticada pela doutrina da época, acabou por ser revogada pela Lei n.º 1.350, de 1866 (regulamentada pelo Decreto n.º 3.900, de 26.06.1867) (FIGUEIRA JR., 1999, p. 32).

A arbitragem foi mantida pelos Códigos de Processo Civil dos Estados, e o Código Civil previu o instituto sob o título de compromisso (arts. 1037-1048).

O Código de 1939 regulou-a em Título Único (Do juízo arbitral, arts. 1.031-1.046) e o atual, no dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa (Título I, do Livro IV, que trata “Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa”, no Capítulo XIV (Do juízo arbitral: arts. 1.072-1.102).

A Lei das Sociedades Anônimas, de 1976, prevê hipóteses de arbitragem.

De data mais recente (1984), no Direito Mercantil Marítimo, a Lei n.º 7.203/84 (que dispõe sobre a assistência e salvamento) permite a arbitragem (arts. 7º; 10, §§ 3º e 4º), ressalvando a impossibilidade de julgamento por tribunal estrangeiro na hipótese de envolvimento de embarcação brasileira em águas nacionais.

A Constituição Federal de 1988, desmentindo a pretensa inconstitucionalidade da lei atualmente em vigor, consagra, em seu artigo 217, §§ 1º e 2º, a obrigatoriedade da arbitragem esportiva, com prazo de 60 dias para se proferir decisão final (Lei n.º 9.615, de 24.03.98 e Dec. n.º 2.574, de 29.04.98), como requisito para a admissão de ações relativas à disciplina e às competições desportivas. Prevê, também, em seara trabalhista, a tentativa de solução do litígio pela negociação ou arbitragem, como requisito de ajuizamento de dissídio coletivo pelos respectivos sindicatos (art. 114, § 2º).

Posteriormente, a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) inseriu, no rol das cláusulas abusivas (art. 51), a “*utilização compulsória de arbitragem*”.

2. Manifesto Desinteresse do Cidadão Brasileiro pela Arbitragem

Mas a tradição legislativa brasileira não teve correspondência no mundo fático, o que se pode exemplificar com a Lei n.º 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, a qual agasalha a arbitragem nos arts. 24 a 26. Prevê a possibilidade do julgamento através de juízo arbitral, com árbitro escolhido pelas partes, podendo decidir por equidade (art. 25) exigindo a homologação do laudo por sentença judicial

irrecorrível (art. 26), na qual deve ser observado se não foi o laudo proferido fora dos limites, ou em desacordo com seu objeto; se julgou toda controvérsia submetida ao juízo; se emanou do árbitro efetivamente escolhido; se é exequível. Entretanto, ao que parece, as partes tem-se negado, na maioria das vezes, a submeter suas disputas ao julgamento de árbitros.

Entre as causas do desinteresse do cidadão brasileiro pela arbitragem – algumas vezes podendo tratar-se até mesmo de aversão – constata-se arraigada “*mentalidade jurisdicionalista*”, tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte dos operadores do direito. Sálvio Figueiredo Teixeira refere-se à herança cultural portuguesa, lembrando que sempre se mostrou arredia à arbitragem, “*assim como – diz ele – à solução por equidade, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos*” (TEIXEIRA, 1999, p. 21-33).

Mas não se pode olvidar nossa “*mentalidade adversarial*” (expressão utilizada nos escritos sobre mediação, onde se ressalta a valorização do conflito na área jurídica), nosso preparo jurídico completamente voltado para o litígio. As significativas tentativas de modificar tal postura, a exemplo da obrigatoriedade de audiência de conciliação em qualquer processo que tenha por objeto direitos disponíveis, deixam evidente que essa transformação não se fará num passe de mágica: é necessário que a mudança de mentalidade se faça dentro e fora do mundo jurídico, na sociedade, enfim.

Em artigo publicado na Revista Consulex, Eduardo Lemos (1999) afirma:

[...] em alguns países da América Latina, este processo já foi iniciado – referindo-se ao exemplo da Bolívia – com o financiamento do Banco Interamericano. Desde o curso primário as crianças são ensinadas a resolver seus problemas com inteligência e criatividade, ao invés da força. Jovens de 15 a 18 anos, assim como universitários, empresários e a população como um todo, também vêm sofrendo uma fase de aculturação.

Entretanto, em nosso país, apenas recentemente passou-se a incluir – timidamente e ainda sob algumas reservas – a disciplina “Mediação e Arbitragem” no currículo de alguns cursos de graduação e pós-graduação em Direito. O Min. Sálvio Figueiredo Teixeira (1999, p. 21-33) oferece-nos significativa crítica, agora referindo-se às nossas regulamentações da arbitragem:

Nossos textos legais, a propósito, de um formalismo exacerbado, e ineficaz sempre refletiram temor, preconceito e atraso, criando nessa área uma cultura de resistência ao progresso sob os mais diversos e infundados argumentos.

Com efeito, nossa legislação não encorajava seu uso. Dentre os obstáculos, pode-se citar a exigência de homologação judicial do laudo, cujos efeitos dispensam outros exemplos, pois, dessa forma, seu desfecho poderia ser tão demorado quanto o processo judicial.

3. Perspectivas de sua Utilização

Os autores que fizeram estudo comparativo da evolução da arbitragem nos países da *common law* com os da *civil law*, dentre os quais se insere o Brasil, constataram que, naqueles, nos de direito comum, prevalecem as regulamentações pouco detalhadas. Ao contrário, nos países da *civil law*, além das minúcias legais, a arbitragem é desprezada pelos particulares. A importância que se atribui ao instituto, nos países da *civil law*, centra-se no comércio internacional “e o interesse do direito nacional é despertado [...] a partir do crescimento das relações comerciais entre países” (MORAIS, 1999, p. 180).

E é justamente isso o que vem ocorrendo conosco. Entendem alguns, destacando-se José Luiz Bolzan de Moraes (1999, p. 178-179), em referência à Convenção do Panamá de 1975:

[...] foi com a promulgação dessa última Convenção, em maio de 1996, que se sedimentou nova mentalidade acerca da arbitragem. Ou seja, a partir de então não se faz mais distinção entre arbitragem interna e internacional, não se exige mais, no caso desta última, homologação judiciária do laudo arbitral estrangeiro no país onde foi proferido.

Realmente, a relutância do Brasil, até então, em reconhecer e executar sentenças arbitrais estrangeiras, levou-o a se negar a ratificar a Convenção de Nova York (1958), sobre a matéria, o que evitaria a morosidade e onerosidade da “dupla homologação” (pelo tribunal estrangeiro e pelo STF), requisito ora superado pelo art. 35 da Lei n.º 9.307/96 que exige unicamente homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

As regulações da arbitragem existentes até o ano de 1996 distanciavam o Brasil dos países de primeiro mundo, situação modificada em 26 de setembro daquele ano, com a edição da Lei n.º 9.307, que agora regula o instituto da arbitragem.

4. Os Avanços da Lei n.º 9.307/96

Essa lei tem merecido elogios da doutrina estrangeira pela sua modernidade: incorporou os avanços acordados em tratados internacionais e presentes na lei modelo da UNCITRAL (órgão criado pela Assembléia Geral da ONU, em 1966), a exemplo da maioria das nações que, nos últimos anos, vêm adaptando suas leis à sugestão da ONU.

Na esteira das mais avançadas legislações, a nova lei: a) equipara a cláusula ao compromisso, atribuindo a ambos eficácia da opção pela arbitragem, denominando-os “convenção”; b) permite a arbitragem de conflitos que versem sobre matéria relativa aos direitos patrimoniais disponíveis; c) atribui ao laudo arbitral a natureza, o valor e os efeitos da decisão judicial, atribuindo-lhe o mesmo nome de “sentença”; d) concede aos árbitros a qualidade de juiz de fato e de direito, vedando qualquer possibilidade de homologação ou recurso ao judiciário, mas submetendo-os à responsabilidade penal, equiparando-os aos funcionários públicos; e) adota o

princípio da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, o que significa ausência de comunicação de nulidade; f) atribui competência ao árbitro para decidir, mesmo de ofício, sobre a existência, validade e eficácia do contrato que contenha a cláusula (parágrafo único, art. 8º); g) e integra, com atos de cooperação do Judiciário, os poderes do árbitro, sempre que se fizer necessário ato de império, como nas hipóteses de resistência à instituição da arbitragem, por signatário de cláusula compromissória (art. 7º); de necessidade de medida cautelar (art. 22, § 4º) ou de ouvir testemunha que se recusa a comparecer em audiência (art. 22, § 2º, 2ª parte).

Além disso, a nova lei revogou (art. 44) e modificou normas do CPC, adaptando-o à nova arbitragem (arts. 41-42) incluindo a convenção de arbitragem no rol de hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VII) e no rol das preliminares argüíveis pelo réu, na contestação (art. 301, inc. IX); além de incluir a sentença arbitral, ao lado da sentença homologatória de transação ou de conciliação, no elenco dos títulos executivos (584, III), confirmando a regra constante de seu art. 31, *in fine*, que atribui esta qualidade (de título judicial) à sentença arbitral condenatória; e inclui, entre as hipóteses de efeito somente devolutivo, a apelação interposta de sentença que julga procedente o pedido de instituição de arbitragem (art. 520, VI).

E não deixou de adaptar o instituto à norma do art. 51 do Código do Consumidor, já referida, prevendo, no § 2º do art. 4º, que define e regula a cláusula compromissória, que a eficácia desta, em contrato de adesão, tenha como requisito a iniciativa do aderente de instituir a arbitragem, ou concordância expressa com sua instituição, e desde que o seja por escrito, em documento anexo, ou em negrito, com a assinatura ou visto específico para essa cláusula.

A nova Lei de Arbitragem coloca o Brasil entre os países de legislações mais civilizadas, não apenas pelos avanços mencionados, como também em razão de ter previsto que o árbitro seja o juiz de sua própria competência, matéria ainda não pacificada em todos os Estados, embora a tendência se revele nesse sentido.

Importante lembrar, ainda, significativa evolução: além de permitir o julgamento por equidade, não faz distinção entre o direito estrangeiro e o nacional, para decidir o litígio, resguardando, a exemplo das leis alienígenas, o respeito à norma nacional de ordem pública (que constitui um requisito de homologação de sentença arbitral estrangeira) e aos bons costumes (art. 2º, § 1º).

Em matéria processual, ratificando sua postura moderna, a Lei n.º 9.307 permite que na convenção as partes escolham o procedimento, tarefa que caberá ao árbitro, na ausência dessa opção pelos litigantes. Neste caso, também aqui a lei ressalva, igualmente a exemplo das demais legislações, o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art. 21, § 2º). E prevê, ainda em matéria processual, ação de nulidade de sentença arbitral (art. 33), nas hipóteses relacionadas no art. 32. Mantém, por essa forma, aberto o acesso ao Judiciário.

5. Mas Existe ainda alguma Desconfiança no Instituto

Entretanto, alguns resquícios de desconfiança na arbitragem ou nos árbitros, embora poucos, ainda se fazem sentir na lei atual. Exemplo é a norma do art. 25, que prevê o encaminhamento das partes ao Poder Judiciário, com suspensão do procedimento arbitral, em havendo questão prejudicial acerca de direitos indisponíveis. Trata-se, indubitavelmente, de grande obstáculo que se antepõe ao deslinde da arbitragem. E desnecessário, pois bastava proibir-se a extensão da coisa julgada à questão prejudicial, ou melhor, vedar-se a declaratória incidental (o que, aliás, afigurasse-nos de difícil ocorrência) na hipótese versada, tal qual ocorreria se o juiz fosse togado e incompetente para o julgamento da questão: não se lhe proíbe, neste caso, o enfrentamento da questão como antecedente lógico da decisão, sem, no entanto, atribuir-se-lhe força de coisa julgada (CARMONA, 1998, p. 234).

6. A Necessidade e a Utilidade da Nova Lei

É, então, por esta via da Lei n.º 9.307/96 que estamos entrando no mundo moderno, que vive o fenômeno da globalização, do qual não poderíamos fugir. Conseqüência natural da evolução da humanidade, já é uma realidade nova, exigindo, porém, profunda reflexão para que a ela nos adaptemos sem sacrifícios inúteis, possivelmente evitáveis – ou amenizados – se nos impusermos uma tomada de consciência. Com espírito crítico, despido de dogmas obsoletos e o olhar além das fronteiras cidadinas, será possível, ao menos, vislumbrarmos o que já é supérfluo e o que demanda somente transformação, possibilitando-nos usufruir, desde logo, de seus benefícios e, ao mesmo tempo, criar os mecanismos necessários para evitar os exageros e os perigos também presentes. O caminho do meio é, e será sempre, a medida sábia àqueles que, como nós, não se situam na vanguarda.

O último relatório da ONU (edição/99 do Relatório sobre o Desenvolvimento Humano), preparado pelo PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento), tomando como base dados relativos a 1997 para 174 países, refere-se à “governança global”, conceituada, não como governo propriamente dito, mas como “um quadro legal” constituído de instituições e práticas (ao que parece, algumas já estabelecidas) “que imponham limites e dêem incentivos ao comportamento dos indivíduos, organizações e empresas”. Segundo o editorial da Folha de São Paulo, de 11.07.99, um dos três pilares da denominada “governança global” estaria em uma “Organização Mundial do Comércio que assegure ao mesmo tempo o comércio internacional livre e justo, com um mandato extensivo à política de concorrência global”. O editorial continua afirmando que:

[...] a COM já existe e já tenta fazer do comércio internacional uma atividade livre e justa, mas só agora começa a discutir a concorrência global, ou seja, de como evitar que determinados setores se tornem crescentemente oligopolizados.

É Strenger (1996, p. 23) quem explica que:

Atualmente, vivemos fase de superação das várias leis de comércio nacional, objetivando a construção futura de uma lei comum do comércio internacional, que vem, já de certo modo, pelas suas inúmeras envolturas, se consagrando através da metodologia da *lex mercatoria*, cada vez mais abrangente na tutela dos interesses decorrentes da atividade do comerciante internacional.

Neste quadro mundial de relações comerciais internacionais, a arbitragem é instituto já estabelecido e a ela é preciso que nos familiarizemos para que possamos integrar-nos no concerto econômico mundial, em condições de igualdade com os demais países.

7. Conclusão

A aceitação universal da arbitragem, o lugar de importância que ocupa no comércio internacional, e a sua recepção pelas legislações da grande maioria dos países deste planeta, estão confirmados nas listas de Estados que subscrevem e aderem às Convenções Internacionais sobre o tema, a exemplo da Convenção de Nova York, de 10 de junho de 1958, da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (Panamá/1975) que equiparam cláusula e compromisso (26), atribuindo-lhes os mesmos efeitos jurídicos da opção pela arbitragem; e da Convenção de Montevidéo, de 1979 (mesmo tema da do Panamá); ou a de Washington, de 18 de março de 1965 (sobre investimentos) bem como muitas outras. Além disso, já é expressivo o número de julgamentos realizados por grandes instituições de arbitragem, a exemplo da CCI de Paris e da AAA de Nova York, com cerca de 6 a 7 mil julgamentos por ano.

É, ainda, Strenger, dentre tantos outros, quem informa que:

Especialmente no plano internacional, não se conseguiu apontar qualquer desvantagem do procedimento arbitral na solução de litígios, entre particulares ou entidades, incluindo-se as governamentais.

A velha arbitragem é, indiscutivelmente, o único meio que se vislumbra – e, como se viu, já largamente utilizado pelas nações de Primeiro Mundo – apto a resolver os conflitos entre sujeitos de países diversos. Partindo da premissa de que cada conflitante considera o sistema legal de seu país o melhor, ela surge como meio alternativo eficiente, pois permite que as partes, de comum acordo – e, se possível, antes de instalado o conflito – elejam o direito material a ser aplicado na solução do litígio, os árbitros que deverão julgá-lo e o procedimento a ser utilizado, em manifestação cristalina de liberdade com *responsabilidade e autonomia*. Mas de significativa importância é a possibilidade de evitar, por essa forma, que uma das partes se prevaleça de alguma condição de superioridade, ao mesmo tempo que se evita a demora da solução, entrave-problema que se encontra na maioria das jurisdições, sobretudo das latinas.

Somente por essa forma poder-se-á evitar o estabelecimento de um super-poder internacional, ao menos nesta fase inicial da globalização. Em outras palavras, esta solução – de uma jurisdição internacional com poder acima do poder de qualquer nação – somente poderá ser descartada, à medida que os conflitos forem dirimidos na forma preconizada e aceita pelas partes envolvidas. Para tanto, é necessário que abduquemos de certos direitos e, aparentemente, de uma parcela da soberania. Neste caso específico da arbitragem, tal dispensa não significa, propriamente, diminuição da soberania, justamente porque sempre será fruto da autonomia da vontade, realizada a nível individual e casuisticamente.

Mas como se pode já imaginar, a arbitragem exige, daqueles que dela se utilizam, postura ética de “cavalheiros”, isto é, que assumam e cumpram o compromisso de acatar a decisão dos árbitros ou de instituições que escolherem para realizar a arbitragem.

Portanto, para que nos adaptemos aos tempos modernos, para que nos integremos no contexto da “globalização”, é importante que nos dispamos de todo e qualquer preconceito e revisemos velhos conceitos, analisando-os com a mente suficientemente aberta para que possamos concluir soluções que nos permitam conviver na nova realidade com dignidade. Devemos abrir mão do que seja vetusto, mas conservar o suficiente que nos permita manter a liberdade e a soberania necessárias à igualdade das partes.

Foi com este espírito e intenção que se procedeu a reforma da regulamentação da arbitragem, tendo como consequência a Lei n.º 9.307, de 23.09.96, fruto de árduo trabalho de um grupo de idealistas.

Referências

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

FIGUEIRA JR., Joel Dias. **A arbitragem, jurisdição e execução**. 2. ed. São Paulo: R. dos Tribunais, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1999.

RICCI, Edoardo F. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. **Revista de Processo**, São Paulo, ano XXIV, n. 96, out./dez. 1999, p. 17-27.

_____. O art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem e sua constitucionalidade. **Revista de Direito Processual Civil**, Curitiba, ano IV, out./dez. 1999, p. 740-754.

_____. Presente e futuro da cláusula compromissória e de sua atuação. **Revista de Processo**, São Paulo, ano XXV, n. 100, out./dez. 2000, p. 88-105.

_____. Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. **Revista de Processo**, São Paulo, ano XXIV, n. 93 jan./mar. 1999, p. 45-59.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.