

ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO RELAÇÕES JURÍDICAS DE CARÁTER PATRIMONIAL

*José Cretella Neto**

SUMÁRIO: *Conceituação e História da Arbitragem no Brasil; 2 Arbitragem para Litígios Sobre Direitos Patrimoniais; 3 Conclusões; Referências.*

RESUMO: A arbitragem comercial tem-se consolidado como um dos métodos preferenciais para a resolução de litígios, especialmente, no caso dos contratos. Litígios sobre contratos internacionais já são tradicionalmente resolvidos por meio de arbitragem, pois os particulares preferem uma instância que atue de forma rápida, de modo sigiloso e, em regra, realizada por instituições também privadas que se dedicam à matéria. Os árbitros são escolhidos pelas partes e, em geral, têm notável experiência nas questões submetidas a seu julgamento. A sentença arbitral tem força obrigatória, podendo ser executada nos mesmos moldes da sentença judicial. Tendo o Brasil finalmente promulgado a *Convenção de Nova York de 1958 sobre o Reconhecimento e a Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros*, insere-se o País, de forma cada vez mais sólida, na vasta corrente do comércio internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Arbitragem Comercial; Arbitragem Comercial Internacional; Resolução de Litígios; Contratos Internacionais.

ARBITRATION AS A DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM INVOLVING LEGAL RELATIONS OF HERITAGE CHARACTER

ABSTRACT: The commercial arbitration has been consolidated as one of the preferred methods for settling disputes, especially in the contract case. Disputes over international

* Doutor e Livre-Docente em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP; Docente nos Cursos de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Internacional e Relações Internacionais da Universidad Autónoma de Asunción – UAA; Docente Convidado do Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - COGEAE / PUC-SP. Docente Convidado da Escola Superior de Advocacia ESA –OAB-SP; Docente Convidado da Escola Paulista de Direito – EPD; Membro da Comissão de Direito Internacional da OAB-SP; Advogado empresarial em S. Paulo. E-mail: jcretellaneto@terra.com.br

contracts are typically resolved through arbitration, as individuals prefer a body that acts quickly, secret, and usually held by private institutions also dedicated in the area. The arbitrators are chosen by the parties and, in general, have remarkable experience in the questions under the trial. The arbitration award is required and can be enforced in the same manner as the court ruling. As Brazil finally promulgated the *New York Convention of 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitration Awards Reports*, it is part of the country, increasing in the vast chain of international trade.

KEYWORDS: Arbitration; Commercial Arbitration; International Commercial Arbitration; Dispute Settlement; International Contracts.

ARBITRAJE COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS QUE ENVUELVEN RELACIONES JURIDICAS DE CARÁCTER PATRIMONIAL

RESUMEN: El arbitraje comercial se ha consolidado como uno de los métodos preferenciales para la resolución de litigios, especialmente, en el caso de los contratos. Litigios sobre contratos internacionales ya son tradicionalmente resueltos por medio del arbitraje, pues los particulares prefieren una instancia que actúe de forma rápida, de forma sigilosa, y, normalmente, realizada por instituciones también privadas que se dedican a la materia. Los árbitros son elegidos por las partes, y, generalmente, tienen notable experiencia en las cuestiones sometidas a juzgamiento. La sentencia arbitral tiene fuerza obligatoria, pudiendo ser ejecutada en los mismos moldes de la sentencia judicial. Tras la promulgación de la *Convención de Nueva York de 1958* por Brasil sobre *el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros*, se inserta el País, de forma cada vez más sólida, en la vasta corriente del comercio internacional.

PALABRAS-CLAVE: Arbitraje; Arbitraje comercial; Arbitraje comercial internacional, Resolución de Litigios; Contratos Internacionales.

CONCEITUAÇÃO E HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O Estado cria e impõe seu próprio ordenamento jurídico, no âmbito de seu território, aos que nele habitam.

Para tal, exerce seu poder sobre os súditos por intermédio das funções *legislativa* – representada pelo Parlamento, cuja principal atribuição é elaborar leis; *executiva* –

conferida às administrações da União, dos Estados e dos Municípios, no caso do Brasil, e de províncias ou territórios, em Estados politicamente assim organizados, encarregados da chamada administração pública; e *judiciária* – representada pelos órgãos do Poder Judiciário, a quem compete, em especial, aplicar as leis, quando a jurisdição é provocada.

O *processo judicial* é o mecanismo estatal clássico para a solução de litígios na sociedade, e é aplicado coercitivamente a todos os seus membros, isto é, qualquer pessoa pode tornar-se parte em um processo e, perdendo a demanda, será obrigado a cumprir a decisão judicial, depois do trânsito em julgado.

Já a *arbitragem* é um mecanismo de julgamento de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes.

O terceiro é denominado *árbitro*, e sua jurisdição e competência derivam de um acordo particular e específico, estabelecido entre as próprias partes, as quais, ao firmarem o pacto, fixam os limites da arbitragem, indicam os procedimentos, determinam os prazos e escolhem a lei material aplicável ao litígio, ou ainda, declaram se preferem que a decisão do árbitro seja prolatada segundo critérios de equidade.

O vocábulo *litígio*¹ deriva do latim *litigium*, que significa confrontação, contenda, debate, desavença, desinteligência, discórdia, disputa, pendência. A definição adotada como referência no Direito Internacional é a elaborada pela Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), e diversas vezes repetida: “*Litígio é o desacordo sobre um ponto de Direito ou um ponto de fato, uma contradição, uma oposição de teses jurídicas ou de interesses entre duas pessoas*”²

Claro que esta definição foi elaborada com a finalidade de definir o conceito tendo em mente o contexto internacional, na situação em que dois Estados têm interesses diversos, mas é, também, perfeitamente aplicável a quaisquer disputas entre indivíduos sobre matéria a respeito da qual têm pretensões divergentes.

Tanto num caso quanto em outro, é importante ressaltar que a *desavença* somente se converte em *litígio* quando uma das partes apresenta reclamação formal contra a outra, e a segunda resiste à pretensão da primeira. Em outras palavras, no conceito de litígio não se incluem disputas abstratas e nem interpretações diferentes acerca de determinada matéria, que se situam no campo da discussão de teses contraditórias: se expressa mediante a formulação concreta de pretensões opostas, deduzidas no juízo competente para apreciá-las e julgá-las.

Resolver um litígio significa, portanto, colocar fim à questão discutida em concreto, dando a uma das partes, parcial ou totalmente, razão sobre o tema discutido.

As partes podem esforçar-se para conseguir a *autocomposição* do conflito, mediante negociação em que cada qual deve ceder, ou seja, desistir, parcial ou totalmente, de suas pretensões originais, podendo ocorrer inclusive durante a

¹ DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Objetiva, 2001. p. 1.057 e 1771, referindo-se ao Fichamento do Índice do Vocabulário do Português Medieval, de A. G. Cunha, publicação da Fundação Casa de Rui Barbosa, v.1-3, 1986-94, tendo surgido na língua portuguesa no século XV.

² Concessions Mavrommatis na Palestina, sentença de 30.08.1924 sobre as exceções preliminares, in: CPJI, série A, nº 2, p. 11.

arbitragem, fato nem sempre acolhido com simpatia pela doutrina, mas previsto em todos os ordenamentos jurídicos e regulamentos institucionais de arbitragem.

Com efeito, os ordenamentos jurídicos da maioria dos países prevêm, explícita ou implicitamente, três formas de autocomposição: a *renúncia*, o *reconhecimento* e a *transação*. Ou seja, a autocomposição é um *genus*, da qual as referidas formas são *espécies*.

A *renúncia* implica no sacrifício da vontade de uma das partes, ou seja, no abandono da posição adotada; já o *reconhecimento* caracteriza-se não pelo abandono da posição, e sim, pelo *abandono da discussão da pretensão*, por entender alguém que aquilo que almejava carecia de fundamento, ou por vislumbrar que a pretensão da parte adversa é mais sólida. Ambas são negócios jurídicos *unilaterais*.

Diferentemente da renúncia e do reconhecimento, a *transação* não implica no abandono total de posições, resolvendo-se o conflito mediante concessões recíprocas (*aliquod datum at retentum*)³.

Apenas quando estas formas de autocomposição não obtêm êxito, passam às partes à etapa contenciosa, em que se instaura entre elas o litígio.

No ordenamento jurídico interno de cada país, existem formas de resolução de litígios, as quais são aplicadas por tribunais regularmente constituídos, de caráter permanente, pertencentes ao Poder Judiciário, ou então por órgãos formados *ad hoc*, constituídos por julgadores “não oficiais”, no sentido de que não pertencem a órgãos estatais. No primeiro caso, os julgadores são *magistrados* (juízes, desembargadores, ministros); no segundo, são *árbitros*.

Essa resolução é a chamada *resolução jurídica*, ou *resolução pelas vias do Direito*, que se opõe à forma primitiva de solução de disputas, mediante o uso exclusivo da força, o que configura as chamadas *vias de fato*, e que levam, no plano internacional, à guerra e, no plano interno, a agressões físicas (entre indivíduos), revoltas, revoluções, guerrilha ou guerra civil. A segunda forma representa clara violação a direitos, isto é, trata-se de *ilícito*, internacional ou interno, segundo o caso, sendo, de regra, vedado pelo Direito, exceto em casos excepcionais, como a legítima defesa ou o estado de necessidade, por exemplo.

No plano internacional, pode-se definir *arbitragem* como uma jurisdição estabelecida pelos Estados-partes na controvérsia, que indicam os integrantes de um órgão de decisão arbitral, estabelecem sua competência e jurisdição, os procedimentos a serem seguidos, os prazos e a forma de cumprimento da decisão. Essa arbitragem pode ser realizada segundo normas jurídicas estritas (aplicação do *ius strictum*) ou sem o emprego de formas e normas jurídicas positivadas, falando-se então, em arbitragem *por equidade*, isto é, aquela na qual a decisão se dará segundo critérios de justiça mais flexivelmente aplicados (“*ex bono et aequo*” ou, na terminologia inglesa, “*amiable composition*”, ou ainda, na tradução francesa, “*en amiable composition*”).

Percebe-se, portanto, que a arbitragem apresenta dupla faceta, constituindo-se, simultaneamente, em:

³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Ensaio sobre Arbitragens Comerciais**. São Paulo, SP: FADUSP, 1966. Tese para Professor Titular. p. 10-11.

D) mecanismo para a solução de controvérsias entre as partes, convivendo com o mecanismo estatal, vale dizer, judiciário, e com outros mecanismos de solução de controvérsias pela via extrajudicial, como a conciliação, a mediação e os bons ofícios; vista sob esse ângulo, a arbitragem constitui um *processo*;

II) procedimento instaurado por iniciativa dos litigantes, isto é, rege-se claramente pelo *princípio da autonomia da vontade*, dado que é voluntária; sob esse aspecto, a arbitragem revela-se verdadeiro *contrato* ou, quando se referir a litígios interestatais, *tratado internacional*.

Voltando à questão do Poder Judiciário, é importante esclarecer o significado do vocábulo *jurisdição*.

Etimologicamente, *jurisdição* provém do latim *iuris + dictio* = dicção do Direito, no sentido de decisão que proclama oficialmente o que está conforme a legislação.

É poder-dever do Estado, proceder à apreciação e ao julgamento das causas que lhe são submetidas, para compor conflitos de interesse suscitados entre particulares e entre estes e o Estado.

Esses conflitos de interesse devem ser resolvidos porque configuram uma situação de desequilíbrio nas relações intersubjetivas existentes na sociedade, representada por violação a lei ou a contrato, ou pretensa violação, ou ainda, ameaça a direitos. A persistência desses desequilíbrios, espécie de patologia social, cria situação de grande insegurança na vida dos membros da sociedade, inclusive no aspecto econômico, razão pela qual é consensual e pacífica a noção que estes devem ser solucionados.

A jurisdição é, assim, como atividade pública, tarefa das mais relevantes do Estado, sendo empreendida, preponderantemente, pelo Poder Judiciário. Note-se, no entanto, que, anormalmente, o Poder Judiciário também edita leis (como os Regimentos Internos dos Tribunais, por exemplo) e administra (como quando elabora o orçamento e a aplicação das verbas do Poder Judiciário); da mesma forma, o Poder Legislativo pode julgar (CPI's, processo de *impeachment*) e o Executivo legislar e julgar, mas sempre de modo extraordinário.

O Poder Legislativo brasileiro, no entanto, – como o da maioria dos Estados modernos e mais evoluídos – conferiu o poder de julgar também aos particulares, em determinadas situações e acerca de certas matérias. Dito de outra forma: o Estado, no exercício de seu poder soberano, por meio do Parlamento, concedeu jurisdição também a particulares, escolhidos *ad hoc*, por outros particulares, em princípio.

Isto significa que coexistem dois mecanismos de resolução impositiva de litígios em no ordenamento jurídico:

- o estatal, isto é, *jurisdicional*, amplo, aplicável a quaisquer conflitos de interesse judicialmente resistidos; é aplicado por magistrados de carreira, que pertencem aos quadros do Poder Judiciário, desempenhando atividade pública;

- o particular, isto é, a *arbitragem*, limitada, aplicável a conflitos relativos a determinados tipos de direitos, esta a cargo de particulares, que nem mesmo precisam ser formados em Direito, e podem ou não pertencer a alguma associação de caráter privado, como uma Câmara ou um Instituto de Arbitragem.

No Brasil, a arbitragem já era prevista na primeira Constituição Federal, de 1824, cujo art. 164 dispunha: “*Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.*”

Um dos mais abalizados comentadores da Constituição imperial, José Antônio Pimenta Bueno, Marquês de São Vicente, em sua obra *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, originalmente publicada em 1857 e reeditada pelo Senado Federal em 1978, considerava grande vantagem prática conferir aos cidadãos a faculdade de escolher juízes de sua preferência, avaliando o juízo arbitral como o tribunal mais natural, pois que fruto da escolha e conveniência das partes, sem delongas, sem despesa, sem inimizades e sem injúria.

A arbitragem era obrigatória para assuntos comerciais, conforme dispunha o Código Comercial de 1850 (Lei n. 556, de 25/6/1850), com base no modelo francês, mas foi abolida em 1866. O Decreto n. 3.900, de 1867 novamente regulamentou a arbitragem comercial, sendo importante ressaltar que o art. 9º do referido decreto estipulava que uma cláusula arbitral sobre litígios futuros somente tinha valor de promessa. Esse Decreto coexistiu com o Código Civil de 1916, mas foi, aos poucos, substituído por leis processuais promulgadas em cada Estado brasileiro. Passou-se a considerar como anticonstitucional a obrigatoriedade da jurisdição arbitral, estabelecida por leis estaduais. Decisões jurisprudenciais, da lavra do STF, de 6/4/1918 e de 19/5/1923 passaram a considerar não obrigatório o disposto no art. 783 do Código Comercial, assim como as relativas à arbitragem compulsória para o direito marítimo.

Na lei material, a arbitragem veio a ser também prevista no primeiro Código Civil brasileiro (Lei n. 3.071, de 1/1/1916), que entrou em vigor em 1/1/1917, tratando da matéria no Livro III, Título II (Dos Efeitos das Obrigações), Capítulo X (Do Compromisso), referente ao direito das obrigações, contemplada nos arts. 1.037 a 1.048, ora expressamente revogados pela Lei da Arbitragem de 1996.

O art. 1.037 do Código Civil de 1916 dispunha: “*As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, sem árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais e extrajudiciais.*”

Também o art. 1.041 desse diploma legal merece ser mencionado, pois equipara a jurisdição estatal à jurisdição arbitral: “*Os árbitros são juízes de direito e de fato, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes.*”

A Constituição Federal de 1934 referia-se à arbitragem comercial entre os objetos da legislação federal (art. 5º, XIX, c).

Já as Constituições Federais de 1946 (art. 141, § 4º), 1967 (art. 150), 1969 (art. 150, § 4º) e de 1988 (art. 5º, XXV), garantiam expressamente a via judicial para a solução de conflitos ou de ameaça a direitos.

A falta de menção expressa à arbitragem no texto constitucional, e também devido à ênfase nas garantias fundamentais, dentre elas as do devido processo legal e do acolhimento do princípio da inarredabilidade da prestação jurisdicional, levou algumas vozes mais afoitas a se levantar em favor da posição de que a arbitragem estaria suprimida *tout court* do ordenamento jurídico. Tal não foi, porém o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela admissão de que mesmo o próprio Estado poderia submeter-se à decisão de um tribunal de arbitragem, desde que não se tratasse de matéria relativa à sua soberania (Decisão publicada em 13/6/1969, *vide* Revista Trimestral de Jurisprudência n. 52, p. 168, 171 e segs.; em mais detalhes, publicação de 14/11/1973, *vide* Revista Trimestral de Jurisprudência n. 68, p. 382, 384, 391 e segs.).

Quanto ao plano processual, a arbitragem esteve incluída nos diversos códigos processuais em cada Estado brasileiro, até o advento do Código de Processo Civil de 1939, que unificou o processo civil brasileiro, o qual também contemplou a arbitragem.

Por fim, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei n. 5.869, de 11/1/1973, que entrou em vigor em 01.01.1974) dedicou à arbitragem o Capítulo XIV (*Do Juízo Arbitral*) do Título I (*Dos Procedimentos Especiais de Jurisdição Contenciosa*), constante do Livro IV do referido Código (*Dos Procedimentos Especiais*), que constava dos arts. 1.072 a 1.102, ora também expressamente revogados pela Lei da Arbitragem de 1996.

No plano internacional, o Brasil foi signatário do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais, firmado em 24.09.1923, o qual foi ratificado por Getúlio Vargas, sem consultar o Parlamento, em 05.02.1932. Por ocasião da ratificação, o Brasil fez ressalvas quanto ao art. 1º, § 2º do acordo, declarando que o Protocolo seria aplicável somente a assuntos comerciais. A ratificação e o texto do Protocolo foram publicados pelo Decreto n. 21.187, de 22/3/1932.

Embora tenha havido acirrada discussão na doutrina sobre a aplicabilidade do referido acordo, em virtude de sua ratificação ter sido feita ao arrepio do Parlamento, a Constituição Federal de 1934 expressamente homologava todos os atos do “governo provisório”, dentre eles, além do citado Protocolo, também três das Convenções de Bruxelas sobre direito marítimo de 1924-26 bem como as Convenções de Genebra sobre direito cambial e cheques, de 1930-31.

Com relação ao Tratado de Genebra sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de 1927, não foi assinado pelo Brasil. Em dezembro de 1929, em conjunto com o Protocolo de Genebra de 1923, foi enviado ao Parlamento brasileiro, o qual foi dissolvido a seguir, permanecendo o Brasil como não signatário desse Tratado.

Somente em período recente aderiu o Brasil à Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, conhecido como *Convenção de Nova Iorque*⁴, mas não é parte no Tratado Europeu

⁴ Introduzida no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto Federal n° 4.311, de 23.07.2002 e já ratificada por quase 130 países. A ratificação da Convenção de Nova Iorque por parte de país signatário do Protocolo de Genebra, de 1923, sobre Cláusulas de Arbitragem, e/ou da Convenção de

sobre jurisdição arbitral internacional, de 1961. Por fim, o Brasil ainda não participa do Tratado do Banco Mundial para dirimir conflitos sobre investimentos, de 1965.

O chamado Código Bustamante, de 1928, acordo amplo sobre direito internacional civil, comercial, penal e processual, vigora entre 15 países da América Latina, dentre eles, o Brasil. Em dois de seus artigos (arts. 210 e 211), o Código dispõe sobre a jurisdição arbitral, e o art. 432 determina que suas disposições sobre homologação mútua e execução de decisões também se aplicam aos laudos arbitrais promulgados em um dos países contratantes, na medida em que o objeto seja passível de arbitragem, de acordo com o ordenamento jurídico do país em que deve ser executado.

A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional foi imediatamente assinada pelo Brasil, no Panamá, em 30/1/1975, sendo, porém, ratificada somente por meio do Decreto Legislativo n. 90, promulgado em 12/6/1995. Essa Convenção foi acrescida de Instruções Complementares, constantes da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiras, concluída em Montevideu, em 8/5/1979, e assinada pelo Brasil, mas somente ratificada bem mais tarde, também, por meio do Decreto n. 93, de 20/6/1995, com reservas ao art. 2º, letra d).

A homologação de decisões arbitrais estrangeiras era, inicialmente, considerada objeto de cartas rogatórias, mas, em 1878, com o Decreto n. 6.982, dispunha a lei brasileira acerca da execução de decisões judiciais e sentenças arbitrais estrangeiras. Nova regulamentação entrou em vigor em 1894, com a Lei n. 221, que atribuía ao STF competência exclusiva para a homologação de decisões estrangeiras.

Em 1898, com a Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal, tinha-se um diploma legal de referência para a homologação de decisões estrangeiras, sendo os dispositivos pertinentes acolhidos pelo Código de Processo Civil de 1939 (arts. 791 e segs.), sendo que à matéria referem-se os arts. 483 e 484 do diploma processual de 1973, com o procedimento específico disciplinado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Desde então, e consoante o verdadeiro espírito da arbitragem, adotam os principais ordenamentos jurídicos do mundo seu caráter de *método alternativo* à resolução de litígios por meio do Poder Judiciário.

Depois desse resumo da existência da arbitragem no direito brasileiro, apontar-se-á algumas das principais razões para essa gritante disparidade entre o que prevê a legislação e a prática da solução de conflitos.

Em primeiro lugar, ressalte-se a arraigada tradição de desconfiança de atos praticados por particulares em geral, que sempre imaginam a possibilidade de os árbitros serem peitados, ou seja, de se deixarem subornar, em geral pela parte economicamente mais forte. Não que a corrupção seja monopólio da atividade privada, como bem o revela os escândalos freqüentemente divulgados pela mídia ao público, envolvendo proeminentes figuras da República, pertencentes aos quadros dos três Poderes, bem como de autarquias

Genebra, de 1927, sobre Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, implica em que estas antigas Convenções não mais produzam efeito entre os signatários.

e empresas públicas. A desconfiança prende-se, possivelmente, ao fato de que nada deteria um árbitro venal se desejasse ou se deixasse corromper, pois não é servidor público e nem é, tampouco, empregado de qualquer instituição dotada de poder de correição ou sanção, não dependendo, para sua subsistência, de qualquer entidade institucional, em princípio.

Em segundo lugar, a forma como a arbitragem foi instituída no Brasil, ensejou resistência dos operadores do Direito, especialmente dos advogados, aliás, com justa razão.

Explica-se: veja-se, de início, o teor do art. 1.072 do CPC de 1973, o qual estabelecia que:

As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita a transação (grifo nosso).

Ora, difícil seria imaginar que, existindo controvérsia *já instaurada* entre as partes, estas negociariam entre si, com toda a calma e serenidade, um compromisso arbitral, ou seja, espécie de acordo acerca da solução do litígio.

Além disso, deveriam estabelecer o procedimento arbitral (art. 1.091 do CPC).

Ainda que conseguissem firmar compromisso e estabelecer o rito procedimental da arbitragem, veja-se o que deveria ocorrer com o laudo arbitral para que adquirisse eficácia jurídica:

‘O laudo será publicado em audiência de julgamento. O escrivão dará, no mesmo ato, a cada parte 1 (uma) cópia do laudo e remeterá os autos, em que este foi proferido, ao cartório do juízo competente para a homologação, dentro em 5 (cinco) dias.’ (art. 1.096). E: ‘O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; e, contendo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo.’ (art. 1.097, grifos nossos).

Note-se que, *depois* de terem firmado compromisso arbitral e estabelecido o procedimento arbitral, deviam as partes, após a prolação do laudo, recorrer ao Poder Judiciário [...] para homologá-lo! E da sentença que o homologava (ou não) caberia ainda apelação (art. 1.101, *caput*).

Impende assinalar que, se não o levassem ao Judiciário, o laudo arbitral nenhum efeito jurídico produziria.

Compreende-se, pois, a relutância dos advogados – e, é claro, das partes – em utilizar-se da arbitragem, pois quem opta por essa técnica de solução de controvérsias pretende justamente escapar da morosidade e ineficiência do Poder Judiciário, ou ainda, não revelar determinadas informações ou segredos (como dados de desempenho

empresariais, lucros, *know-how* e outros), os quais, ao serem remetidos, junto com os autos, à homologação judiciária, seriam colocados às escâncaras, dado que o processo é informado, dentre outros, pelo *princípio da publicidade dos atos judiciais*.

Acrescente-se, por fim, que a cláusula compromissória, inserida em contratos, era considerada meramente como fonte de obrigação de fazer, ou seja, um *pactum de compromittendo*, pelo qual as partes somente se comprometiam a celebrar um compromisso arbitral. Inaplicável o disposto no art. 639 do Código de Processo Civil⁵, que autoriza o magistrado a celebrar o contrato em lugar da parte que a isso se obrigara, pois a aplicação dessa norma somente se materializa quando o contrato preliminar já contém todos os elementos que devem constar do contrato definitivo, o que não ocorre na cláusula compromissória, pois é praticamente impossível delimitar com antecedência um litígio que surgirá no futuro. Não sendo factível obrigar a parte a submeter-se à arbitragem e nem impedir que uma ação judicial por ela proposta acerca do litígio – o que hoje já se verifica dada a alteração introduzida no art. 267 do CPC, que tornou a existência da cláusula compromissória causa impeditiva da continuidade de processo judicial versando sobre matéria que, nos termos da cláusula, deveria ser solucionada por meio de arbitragem – tudo deveria resolver-se em perdas e danos, sempre perante a Justiça estatal.

Alguns pronunciamentos do Poder Judiciário merecem ser mencionados. A 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por exemplo, em acórdão de junho de 1962, destacou que “como o compromisso, a cláusula compromissória tem por fim a renúncia à jurisdição ordinária; mas dela distingue-se, em que, na cláusula compromissória, o que se visa são questões que podem surgir no futuro, por ocasião da execução de um contrato entre as partes, enquanto que a idéia do compromisso implica aquela de uma questão já existente”⁶.

Conforme lembram José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista⁷, a algumas vezes invocada inconstitucionalidade do juízo arbitral, por subtrair à apreciação do Judiciário a lesão ao direito individual, foi afastada, em pelo menos duas oportunidades. Na primeira, decidiu a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em acórdão de 17/12/1959, que “podem as partes interessadas estabelecer o juízo arbitral, sem com isso ferir o art. 141, § 4º, da Constituição Federal (de 1946), pois a decisão que vier a ser proferida neste Juízo poderá ser apreciada em grau de recurso pelo Tribunal que homologará, ou não, a decisão arbitral”⁸. Na segunda, o STF, em decisão de 14/11/1973, ratificou a constitucionalidade da lei que prevê a instituição do juízo arbitral, reconhecendo que, na tradição do direito brasileiro, aquele Juízo sempre foi admitido e consagrado, mesmo em causas contra a Fazenda Pública⁹.

⁵ Cujos teor é: “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.

⁶ **Revista dos Tribunais**, 334/194.

⁷ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Freitas Bastos, 1986. p. 11.

⁸ **Revista dos Tribunais**, 296/410.

⁹ **Revista Trimestral de Jurisprudência**, 68/382.

Note-se, no entanto, que nessas duas ocasiões, dois dos maiores entraves legais ao emprego da arbitragem foram ventilados: a) a necessidade de homologação do laudo arbitral no Brasil; e b) a possibilidade de interpor recurso contra a decisão do juízo arbitral.

Outro retardamento legal que existia, antes da entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque, de 1958, à qual o Brasil somente introduziu no ordenamento jurídico pátrio em 2002, referia-se a laudos arbitrais estrangeiros. Para produzir efeitos no Brasil: i) o laudo estrangeiro deveria ser, primeiramente, homologado no país onde havia sido proferido; e ii) somente o laudo já homologado no exterior poderia ser homologado, agora pelo STF, para adquirir força executiva no Brasil. Ora, países havia onde inexistia a figura da homologação do laudo arbitral proferido em seu território, perante o Poder Judiciário local, situação, aliás, para a qual já evoluiu-se, com a nova lei. Nesses casos, como homologar os laudos estrangeiros? A doutrina criticava acerbamente essa postura¹⁰, esclarecendo que a Justiça brasileira confundia *sentença judicial estrangeira* com *laudo arbitral estrangeiro*, e que a lei brasileira dispunha que somente a *primeira* deveria ser homologada, para produzir efeitos no País, nada dizendo sobre laudo arbitral estrangeiro. Assim, decisão da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo em sede do Agravo de Instrumento n. 264.794, foi de que “é do Supremo Tribunal Federal a competência para homologação do laudo arbitral estrangeiro”¹¹.

A Lei nº 9.307/96 supera essas barreiras legais, processuais e procedimentais, estabelecendo que a *convenção de arbitragem* é composta pela *cláusula compromissória* e também pelo *compromisso arbitral* e também porque dispensa o laudo de homologação pelo Judiciário. A consequência dessas inovações são: a) tornar obrigatória a cláusula compromissória, ou seja, existindo essa avença num contrato, não mais estão as partes apenas obrigadas a celebrar um compromisso arbitral – ao que antes podiam, sem maiores consequências, furtar-se – mas sujeita o contratante recalcitrante a ter de fazê-lo mediante ordem judicial, coativa, bastando o outro interessado requerer ao Poder Judiciário (art. 7º); trata-se de ação especial, de rito simplificado, para promover o suprimento judicial da vontade da parte que se recusa a celebrar o compromisso arbitral, que pouco retarda o início da arbitragem; e b) abreviar o tempo de julgamento, já que a sentença não mais precisa ser homologada pelo Judiciário.

Talvez tivesse sido melhor eliminar de vez a necessidade de firmar-se o compromisso arbitral, instaurando-se a arbitragem com base apenas na cláusula compromissória. No entanto, dado o patente atraso jurídico-cultural existente no Brasil, possivelmente essa inovação fosse radical demais, ao menos na fase atual, inviabilizando a arbitragem.

Manifesta-se claramente o caráter contratual quanto a este aspecto da arbitragem: se as partes convencionaram livremente submeter controvérsias futuras à arbitragem, oriundas da execução do contrato que celebraram, supõe-se que o fizeram de boa fé, e obedecendo ao princípio da autonomia da vontade. Se uma delas pretender não mais cumprir cláusula contratual (a arbitral), não pode pretender escapar à máxima

¹⁰ MAGALHÃES; BAPTISTA op. cit., p. 111.

¹¹ *Revista dos Tribunais*, 534/110.

pacta sunt servanda, pela qual o contrato erige-se em lei entre as partes, sujeitando quem o viola às penalidades contratuais e legais.

A nova lei acolhe o *princípio da autonomia da cláusula compromissória*, ao dispor que “a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula contratual.” (art. 8º).

Poder-se-ia imaginar, com o advento da nova Lei da Arbitragem, que se estivesse no limiar de uma nova fase, a ser imediatamente inaugurada no ordenamento jurídico, na qual se permitisse uma alternativa à solução judicial de litígios, conveniente em muitos casos (não a todos, é verdade, mas ao menos se colocava à disposição das pessoas outra opção), célere, sigilosa, prática, embora nem sempre pouco onerosa.

Ocorre que, além dos entraves processuais, parece existir tendência de forte tradição, em ver no Estado a autoridade suprema e única capaz de resolver litígios, sendo essa barreira cultural outro grande obstáculo à criação da mentalidade propícia à solução de controvérsias por meios privados.

Quando parecia que as questões técnicas já estariam expungidas do ordenamento jurídico – restando apenas as barreiras culturais, não menos fáceis de ser superadas – surgiu no horizonte certa questão judicial, que a princípio a ninguém pareceu muito conspícua, mas que ganhou contornos talvez inimagináveis num primeiro momento, e que veio a erigir ponderável barreira em meio ao sempre difícil caminho da plena aplicação da arbitragem, por mais seis longos anos, entre 1996 e 2002.

Na realidade, a questão surgira já em 1994, antes mesmo da promulgação da Lei da Arbitragem.

Duas empresas, uma suíça e outra, brasileira, respectivamente a *MBV Commercial and Export Management Establishment* e a *Resil Indústria e Comércio Ltda.*, haviam firmado contrato, a ser executado no Brasil, que previa a remessa de *royalties* do País para o exterior, após determinado período. Não chegando a acordo sobre o montante a ser remetido, as partes submeteram a questão à arbitragem, prevista no contrato entre ambas. Por questões de conveniência para ambas, a arbitragem foi conduzida na Espanha, e o laudo arbitral, proferido na cidade catalã de Barcelona.

As partes acataram imediatamente a decisão do juízo arbitral, e a empresa brasileira pretendeu enviar o *quantum* estipulado, dirigindo-se ao Banco Central, para que autorizasse a remessa. Para surpresa de ambas, o Banco Central alegou que não poderia autorizar a remessa, pois o laudo arbitral era “estrangeiro” e, como tal, precisava ser homologado, no caso, pelo Supremo Tribunal Federal. A empresa suíça requereu, então, a homologação do laudo arbitral “estrangeiro” ao Supremo Tribunal Federal, mas o Presidente da Corte, segundo reiterada interpretação do Tribunal, rejeitou o pedido, sob o argumento de que o laudo estrangeiro não havia ainda sido homologado pela justiça do local onde fora proferido, no caso a espanhola.

Em sede de agravo regimental¹², o requerente argüiu que a recente lei espanhola sobre arbitragem, de 1988, equiparava plenamente a sentença arbitral à sentença judicial,

¹² Trata-se de Homologação de Sentença Estrangeira SE 5.206-7, pedido registrado em 11.09.1995.

conferindo a ambas idêntica eficácia executiva. Em outras palavras, o laudo arbitral não mais prescindia de homologação, na Espanha. Na realidade, isso não seria sequer possível, o que, a partir de 1996, passou a ser a regra brasileira, também¹³.

Estava-se em outubro de 1996 e a Lei da Arbitragem nova ainda não vigorava, o que somente ocorreria em 23 de novembro daquele ano.

Como a nova lei havia sido mencionada na apreciação do Presidente do STF, o Min. José Carlos Moreira Alves propôs, em 10/10/1996, após o voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, que o julgamento fosse adiado e convertido em diligência, e que os autos fossem remetidos ao Ministério Público para que fosse ouvido acerca da constitucionalidade da Lei n. 9.307/96.

O Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, elaborou parecer em março de 1997, no qual concluiu inequivocamente pela plena constitucionalidade no novo diploma legal da arbitragem, em nada afrontando o *princípio da inarredabilidade do controle jurisdicional*, insculpido na Constituição Federal (art. 5º, XXXV).

Retornando os autos ao Presidente do STF, Min. Sepúlveda Pertence, este procedeu ao exame incidental da existência de inconstitucionalidade no texto da Lei da Arbitragem – já em vigor – e concluiu, em 8/5/1997, que o parágrafo único do art. 6º e o art. 7º, em seu inteiro teor, desta lei, bem como os dispositivos que dela derivam e que modificam ou introduzem outros dispositivos na lei processual – o art. 41, que modificara a redação dos arts. 267, VII, 301, IX, 584, III do CPC e o art. 42, que acrescentara o inciso VI ao art. 520 do CPC – eram, segundo seu entendimento, *inconstitucionais*.

Pode-se imaginar a perplexidade e a insegurança provocadas nos advogados por esse voto, que ocupou nada menos do que 43 inconvincentes páginas, sendo que esses profissionais já estavam começando a recomendar a seus clientes a inserção de cláusula compromissória e de compromisso arbitral nos contratos que estavam negociando e concluindo.

O Ministro Sepúlveda Pertence argumentava que, enquanto para litígios determinados seria admissível a escolha, pelas partes, do modo mais adequado para a sua solução, os conflitos futuros e eventuais, cujos contornos eram, ainda indefinidos, não permitiriam tal escolha, que caracterizaria renúncia genérica à garantia constitucional de acesso à Justiça do referido art. 5º, inciso XXXV. Daí, no entender dele, a razão da inconstitucionalidade da nova Lei de Arbitragem. Tal voto, na opinião de Joel Dias Figueira Júnior¹⁴, “está nada menos do que na contramão da História e em rota de colisão com a tendência universal do processo civil contemporâneo, à medida que todos os países integrantes dos sistemas denominados *civil law* ou *common*

¹³ O sistema anterior, observado pelo STF, era o chamado *da dupla homologação*: primeiramente, o laudo arbitral proferido no exterior deveria ser homologado pelo Poder Judiciário do país onde se desenvolvera a arbitragem, o que o equiparava à *sentença judicial*; transitada em julgado essa decisão, no exterior, deveria ser homologada no Brasil, pois já adquirira a qualidade de “judicial”. Com a evolução do instituto da arbitragem, os países industrializados passaram a não mais exigir a homologação da sentença arbitral perante o Poder Judiciário, equiparando-a, *tout court*, à sentença judicial, em seus efeitos entre as partes e os sucessores. Chegava-se à seguinte situação: o Estado estrangeiro recusava-se a homologar a sentença arbitral por falta de interesse, e o Estado brasileiro recusava-se a homologar o laudo, pois não havia sido homologado no exterior, como exigido pela lei brasileira.

¹⁴ **Arbitragem**– Legislação Nacional e Estrangeira e Monopólio Jurisdicional. [S. l.]: Ed. LTR, 1999. p. 23.

law estão abraçando a Lei-Modelo da UNCITRAL, de 1985, quando vão legislar sobre o tema juízo arbitral”.

Após mais de seis anos de discussões e injustificada demora (entre 11/9/1995 e 19/12/2001), cujas razões não cabe aqui comentar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu, por maioria, que a Lei de Arbitragem é *constitucional*, tendo votado em contrário, e sendo por isso, votos (parcialmente) *vencidos*, os Ministros José Paulo Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, José Néri da Silveira e José Carlos Moreira Alves. Votaram pela *constitucionalidade* da Lei de Arbitragem os Ministros Carlos Mário da Silva Velloso, Ellen Gracie Northfleet, José Celso de Mello Filho, Marco Aurélio Mendes de Faria Mello, Ilmar Nascimento Galvão, Nelson Azevedo Jobim e Maurício José Corrêa.

O Ministro Carlos Velloso esclareceu, com precisão, que, como a lei trata de *direitos patrimoniais*, portanto *disponíveis*, as partes podem perfeitamente *renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal*. É que o inciso XXXV do referido art. 5º representa um *direito à ação*, e não um *dever*. Ou seja, quando as partes decidem resolver litígio surgido ou a surgir entre elas por meio de arbitragem, não é a lei que exclui da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou a ameaça de lesão a direitos, e sim, *as partes o fazem*, de comum acordo, livremente.

O entendimento vitorioso do STF vem na esteira de julgamento semelhante nos EUA, há mais de meio século, em que a *Supreme Court* americana assim se pronunciou:

*The invalidation of such an agreement in the case before us would not only allow the respondent to repudiate his solemn promise but would, as well, reflect a parochial concept that all disputes must be resolved under our laws and in our courts ... We cannot have trade and commerce in world markets and international waters exclusively on our terms, governed by our laws, and resolved in our courts*¹⁵.

A insegurança jurídica sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem somente começa a ser dissipada em 2002, sendo impossível precisar por quanto tempo, ainda, se farão sentir os reflexos do voto em contrário do Min. Sepúlveda Pertence, sobre o emprego habitual da arbitragem. Cumpre, agora, buscar a recuperação do tempo perdido, o que só se fará mediante o estudo e a divulgação da arbitragem, conferindo às partes a certeza de que seus direitos não serão vulnerados – antes, restarão mais celeremente assegurados – se e quando submeterem litígios ao juízo arbitral, permitindo, a partir de agora, ter a convicção de que o Brasil começa a ser incluído no rol das nações juridicamente mais evoluídas e economicamente desenvolvidas, que se utilizam da arbitragem há décadas, com grandes e inegáveis vantagens para todos¹⁶.

¹⁵ fonte: comunicação do escritório Lobo & Ibeas Advogados (= “a anulação de tal acordo no caso a nós submetido não apenas permitiria ao demandado recusar-se a cumprir sua promessa solene mas refletiria, igualmente, um conceito provinciano de que todos os litígios devem ser resolvidos com base nas leis e nos tribunais. Não se pode atuar no comércio mundial e nas águas internacionais exclusivamente nas condições, disciplinadas pelas leis e solucionadas nos tribunais”, em tradução livre do autor).

¹⁶ CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2004. Passim.

2 ARBITRAGEM PARA LITÍGIOS SOBRE DIREITOS PATRIMONIAIS

A Lei de Arbitragem brasileira estabelece, no art. 1º, que: “*As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (grifo nosso).

O vocábulo *pessoas* deve ser entendido de forma ampla, como compreendendo tanto as pessoas *físicas* quanto as *jurídicas*. Pessoa *física* (ou pessoa *natural*) é o ser humano, nascido vivo, de ventre feminino. Enquanto em gestação, é o chamado *nascituro*, amparando a lei seus direitos (Código Civil brasileiro, Lei n. 10.406, de 10/1/2002, em vigor a partir de 11/1/2003, art. 2º), ainda *in fieri*, pois somente se materializarão – ou em outras palavras, conferirão capacidade civil ao ser em formação – se for comprovado o nascimento com vida, e somente a partir desse instante. À pessoa natural dedica o Código Civil, na Parte Geral, os arts. 2º a 12 e 31 a 34 (estes últimos, do domicílio). Já pessoa *jurídica* é a entidade constituída mediante contrato, podendo ser de direito *público* (*interno* ou *externo*) e de direito *privado* e sua existência legal apenas se materializa quando têm seus contratos, atos constitutivos, estatutos ou compromissos inscritos no respectivo registro, ou com autorização do Governo, quando exigido. Delas se ocupa o Código Civil, também na Parte Geral, nos arts. 13 a 30 e 36 (domicílio). Em nenhum momento exclui da arbitragem pessoas jurídicas de direito público interno da arbitragem, por exemplo.

A capacidade civil *plena* da pessoa física é determinada mediante critério residual, pois o Código Civil estabelece quem deve ser considerado *absolutamente incapaz* para exercer pessoalmente os atos da vida civil (art. 5º) e quem é, também, *relativamente incapaz* (art. 6º), donde se conclui que, *todas* as demais pessoas são *absolutamente capazes*. Essa condição é *sine qua non* para que alguém possa contratar e, em consequência, para incluir cláusula contratual que preveja a arbitragem como o método para a solução de litígios com base no contrato. É, também, condição imprescindível para que pessoas resolvam suas disputas acerca de relação jurídica que independa de contrato – como as obrigações incorridas pela prática de ilícito civil – por meio de arbitragem. Quanto à *qualificação das partes*, o único requisito legal para que possam valer-se da arbitragem é o da *capacidade para contratar*. Silencia a lei sobre se estas podem ou não ser pessoas jurídicas de Direito Público e, nesse caso, como inexistente vedação a que estas empreguem a arbitragem, forçoso é concluir que podem perfeitamente fazê-lo.

Observe-se que Lei de Arbitragem brasileira, portanto, não limita sua aplicação apenas para litígios entre *particulares*, como entendem Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos¹⁷ pois, do contrário, o Estado não poderia ser parte na arbitragem em caso controvérsia surgida em virtude de contrato celebrado pela Administração com pessoa física ou jurídica. Essa limitação à aplicação da arbitragem às controvérsias em que é parte pessoa jurídica de Direito Público pode ser encontrada, por exemplo, no Direito belga (art. 1.676, § 2º), mas não na maioria dos países europeus e certamente não no direito brasileiro.

¹⁷ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da Arbitragem Comentada**. [S. l.]: Ed. Saraiva, 1997. p. 25.

Na verdade, a arbitragem entre *Estado e particular*, no ensinamento de José Carlos de Magalhães¹⁸ não apenas existe e é realizada com certa frequência, mas “representa conquista do indivíduo na busca de seu reconhecimento como destinatário último das normas de direito, tanto nacional quanto internacional, e sua aceitação como pessoa capaz de postular seus interesses perante o Estado estrangeiro, na esfera internacional, diretamente, sem se subordinar à proteção diplomática de seu próprio Estado”.

A forma como legislador empregou o verbo “poder” (*poderão*) indica que a arbitragem é *facultativa*, e não *obrigatória*, no direito pátrio. Em outras palavras, vigora o *princípio da autonomia da vontade* que informa, de resto, todos os contratos de Direito Privado, com as conhecidas limitações impostas pela ordem pública.

A experiência revela que o emprego da arbitragem, ao longo da História, pode ser agrupado segundo cinco espécies básicas de litígios, de acordo com a natureza das partes envolvidas:

I – entre Estados: regida por normas de Direito Internacional Público, tendo por fontes, principalmente, os tratados e os costumes internacionais; é a arbitragem clássica, encontrada nas relações internacionais desde a Antigüidade remota;

II – entre Estado e particular nacional: quando o Estado celebra contrato com particular sujeito à jurisdição estatal, e o instrumento prevê o emprego da arbitragem, aplicando-se, via de regra, a lei material do Estado;

III – entre Estado e particular estrangeiro: quando o Estado contrata com particular estrangeiro, celebrando contrato internacional, e o instrumento prevê o emprego da arbitragem, aplicando-se a lei material previamente estabelecida pelas partes; é a chamada *arbitragem mista*, instaurada com frequência para solucionar litígios surgidos por força de contratos internacionais ou investimentos estrangeiros, que se encontra na linha divisória do interesse público e dos interesses privados¹⁹;

IV – entre particulares sujeitos a ordenamentos jurídicos diversos: nesse caso, o contrato guarda correlação com mais de um ordenamento jurídico, devendo a controvérsia ser submetida a normas materiais e procedimentais previamente escolhidas pelas partes; trata-se da arbitragem de Direito Internacional Privado, chamada também de *arbitragem impropriamente internacional*, pois costuma ser feita com base nas leis de um único país, escolhida pelas partes;

e

IV – entre particulares sujeitos ao mesmo ordenamento jurídico: a arbitragem aplica-se a controvérsias entre partes

¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Max Limonad, 1988. p. 33.

¹⁹ CARREAU, Dominique; JUIILLARD, Patrick. **Droit Économique International**. 4. ed. Paris: L.G.D.J., 1998. p. 16.

sujeitas a um *único* sistema jurídico, em regra o nacional (podendo escolher outro, onde a lei o permitir, caso do Brasil).

A Lei de Arbitragem brasileira é aplicável, em princípio, a todas estas espécies de arbitragem, *exceto a primeira*, que é a chamada “arbitragem internacional interestatal clássica”²⁰, a qual opõe dois Estados no exercício de sua soberania, especialmente quando surge litígio acerca da execução ou da interpretação e um tratado que inclui cláusula compromissória. O interesse, portanto, nestes *Comentários*, concentra-se nas demais arbitragens, em especial aquela que envolve o particular brasileiro e, ocasionalmente, fará referência às relações jurídicas entre o Estado e o particular, nacional ou não, quando puderem ser solucionadas com recurso à arbitragem, situação freqüente, é verdade, mercê da forte atuação do Estado empresário, apesar das inúmeras privatizações que ocorreram no País a partir dos anos 1990. Far-se-á menção com freqüência, igualmente, aos litígios surgidos em *contratos internacionais*, de grande interesse para o estudo da arbitragem, pois a globalização da economia multiplicou de modo extraordinário as trocas comerciais, bem como estimulou novas modalidades de contratos (ex.: contratos eletrônicos, pela *internet*), inserindo-se neles, com freqüência, a previsão para solução de litígios por meio de arbitragem.

Assim, no Brasil, como na maioria dos ordenamentos jurídicos internos, coexistem, basicamente, dois mecanismos contenciosos de solução de litígios²¹: a) o *estatal*, isto é, *jurisdicional*, amplo, aplicável a *quaisquer* conflitos de interesse intersubjetivos, judicialmente resistidos; é aplicado por magistrados de carreira, que pertencem aos quadros do Poder Judiciário, desempenhando atividade pública²²; b) o *particular*, isto é, a *arbitragem*, limitada, aplicável a conflitos relativos a determinados tipos de direitos; este fica a cargo de particulares, que nem mesmo precisam ser graduados em Faculdades de Direito, podendo ou não pertencer aos quadros de alguma instituição de caráter privado, como uma Câmara ou um Instituto de Arbitragem.

Já a expressão “arbitragem comercial internacional” foi consagrada pela Convenção Européia de 21.04.1961, firmada em Genebra, e pela Lei-Modelo adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI) ou *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), em inglês em 21/6/1985 e aplica-se, como se infere pela expressão, a litígios de natureza mercantil que surgem entre particulares, ou entre particulares e um Estado, por força de um contrato comercial internacional que existe entre as partes. A referida Lei-Modelo define arbitragem comercial internacional no Artigo 1.3., conforme já visto, e sua importância foi ressaltada no Prólogo do Regulamento da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de Paris.

²⁰ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'Arbitrage Commercial**. Paris: Litec, 1996. p. 46.

²¹ Excluídos, evidentemente, pelos objetivos das considerações, a *conciliação* e a *mediação*, que permitem resolver os litígios por meio de acordo entre as partes. Referimo-nos à solução que resulta de apreciação e julgamento da questão, não àquela à qual as partes chegam, de comum acordo, desistindo de prosseguir no processo.

²² Exceção feita à França, que contempla o chamado *contencioso administrativo*, com feições, objeto e aplicação próprias.

Precisamente por sua ligação com o comércio internacional, traz o *Code* francês o conceito de *arbitragem internacional*, que é aquela “*qui met en cause des intérêts du commerce international*” (art. 1.492). E o *Codice* italiano precisa que fica caracterizada a *arbitragem internacional* quando, na data da assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso “*almeno una delle parti risieda o abbia la propria sede effettiva all'estero oppure qualora debba essere eseguita all'estero una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto al quale la controversia si riferisce*” (art. 832).

Note-se que, quanto à *execução do laudo arbitral*, proferido em arbitragem nacional, e na maior parte das legislações dos países ocidentais, a arbitragem adquire contorno exclusivamente *processual*, pois o laudo é equiparado a *título executivo judicial*. Isso significa que o perdedor recalcitrante será compelido a cumprir a decisão do juízo arbitral, ao ser judicialmente executado pelo vencedor. É que, no Direito interno, vigora o *princípio da subordinação* dos súditos ao Estado.

Longamente discutida na doutrina a *natureza jurídica da arbitragem*, destacando-se, em síntese, duas posições extremadas: a *contratualista* e a *jurisdicionalista*.

A primeira vertente vislumbra no instituto natureza jurídica de *obrigação criada por contrato*, tendo por conseqüências todas as derivadas dos pactos em geral. Fundamentam esse ponto de vista, em resumo, com os seguintes argumentos: a) inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; b) a base da arbitragem é o consenso entre as partes, enquanto que a jurisdição estatal se insere no *ius imperium* estatal, imposto a todos; c) o árbitro não está vinculado ao Poder Judiciário; e d) o juízo arbitral não confere obrigatoriedade de cumprimento ao laudo arbitral, que deve ser voluntariamente obedecido pela parte vencida; em caso de recalcitrância, necessária se fará a intervenção do Poder Judiciário.

Essa corrente, defendida por Balladore-Palieri e Klein, foi consagrada na França na decisão do caso *Roses*, em 27/7/1937, tendo a Corte de Cassação afirmado que “as sentenças que têm por base um compromisso a ele se integram e participam de sua característica convencional”²³.

A segunda corrente entende que a arbitragem tem natureza jurídica *jurisdicional*, dado que equivale à função desempenhada pelo Poder Judiciário. Não refuta a fundamentação oferecida pelos contratualistas, mas entende que também o árbitro, à semelhança do juiz togado, é dotado de *ius dicere*, conquanto sua jurisdição se inicie com a indicação pelas partes, e termine imediatamente, ao ser prolatado o laudo, posto que tem caráter *ad hoc*. Equipara-se ao poder estatal de julgar, pois na arbitragem estão contidos os mesmos elementos daquela: a *notio* (poder contido na jurisdição), a *vocatio* (poder para convocar as partes), a *coertio* (poder para dispor de força para obter o cumprimento das ordens e diligências decretadas durante o trâmite), a *iudicium* (poder de proferir decisão acerca do mérito, pondo fim ao litígio) e a *executio* (poder de obrigar o vencido à execução da decisão). Essa tese publicista da arbitragem não deixa de reconhecer que esta repousa em convenção arbitral, mas entende que, uma vez firmada, nasce a jurisdição do árbitro, o que demonstraria o preponderante caráter

²³ LALIVE, Pierre. L'Arbitrage International Privé. *Récueil des Cours*, Haia, v. 120, p. 584, 1967.

jurisdicional da arbitragem, sendo o compromisso considerado contrato especial de direito público, instituindo normas processuais. Essa doutrina, defendida por Lainé no começo do século XX, encontra-se, hoje, superada.

A doutrina moderna vê na arbitragem instituto misto, *sui generis*, pois abriga tanto o traço *contratual* quanto o *jurisdicional*, que coexistem e se complementam, posição atualmente defendida por Pierre Lalive e Philippe Fouchard.

Parece-nos evidente que o árbitro exerce verdadeira jurisdição, e o faz por indicação das partes – com respaldo na lei, que valida a convenção – de forma que, ao permitir a legislação que se instaure o juízo arbitral, consagra a maior participação do povo na administração da Justiça, sem dúvida princípio democrático, claramente caracterizador do Estado de Direito.

Em ambos os procedimentos – o *judicial* e o *arbitral* – deve haver sempre tentativa de conciliação entre as partes, passo inicial para tentar compor litígios. Não se passa ao julgamento sem se tentar, antes, a conciliação.

Com efeito, dispõe o Código de Processo Civil brasileiro:

Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação (art. 447, caput, e parágrafo único).

E também:

‘Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo’ (art. 448); ‘O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá o valor de sentença’ (art. 449).

De forma semelhante, dispõe a Lei da Arbitragem nacional nos arts. 21 e 28.

Parece evidente que, durante toda a duração do litígio, deverão estar os contendores em contínua *negociação*, definida pela *American Arbitration Association* como “o processo no qual as partes comunicam suas divergências uma à outra, por meio de reuniões, discussões e compromissos, na tentativa de resolvê-las”²⁴.

No plano internacional, os litígios são comumente divididos entre *políticos* e *jurídicos*, distinção que não tem maior significado no mundo do Direito, mas que apresenta interesse quanto à determinação da maneira pela qual são resolvidos.

Litígios *políticos* são aqueles em que um Estado exige de outro Estado a alteração de uma mudança nas relações jurídicas internacionais entre eles, ou à uma alteração na legislação interna do segundo, que afeta as relações com o primeiro (por exemplo, subsídios, ou barreiras tarifárias ou não-tarifárias à importação, que discriminam produtos e/ou serviços).

²⁴ No original: “*Negotiation* is a process in which disputants communicate their differences to one another through conference, discussion, and compromise in an attempt to resolve them”.

Litígios *jurídicos* são aqueles em que as partes contestam reciprocamente um direito²⁵.

Quanto aos litígios políticos, desde a mais remota Antigüidade resolvem os povos seus conflitos por meios diplomáticos, anteriormente conduzidos pessoalmente por reis ou imperadores e, mais tarde, mediante delegação de poderes, por políticos e Ministros de Estado, plenipotenciários ou não, que negociam e assumem obrigações em nome do reino – e, desde o surgimento do moderno conceito de Estado, a partir dos séculos XVII e XVIII, em nome do Estado a que pertencem – e também com o auxílio de indivíduos, entidades ou Estados neutros em relação ao conflito, como núncios apostólicos, diretores-gerais de organizações internacionais e a Santa Sé. Dentre esses meios diplomáticos destacam-se, especialmente, os *bons officios* e a *mediação*.

Por *patrimônio*, entenda-se o conjunto de bens *materiais* e *personais* de cada um. *Direitos patrimoniais*, portanto, são aqueles referentes a esse conjunto de bens, em relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas, que os têm por objeto.

Os direitos patrimoniais podem ser *disponíveis* ou *indisponíveis*.

Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual; *direitos patrimoniais indisponíveis* são os que têm impacto sobre interesses gerais²⁶. A bem da verdade, o termo “gerais” não é dotado de suficiente precisão, pois, na esfera da indisponibilidade, existem interesses que não estão sujeitos à disponibilidade pelo titular, como é o caso de muitas das relações pertencentes ao campo do Direito de Família.

Já a questão da partilha de bens entre os separandos envolve exclusivamente direitos patrimoniais de caráter disponível, sendo perfeitamente possível, portanto, resolver litígios dela oriundos por meio da arbitragem.

Acerca dos direitos patrimoniais *disponíveis*, podem seus titulares envolvê-los em ampla gama de negócios jurídicos, observando apenas certas formas legais – quando a legislação específica assim o exigir – e obedecendo aos princípios referentes à ordem pública e aos bons costumes.

Assim, sobre a propriedade de bem móvel, poderá o proprietário aliená-la, locá-la, cedê-la a título gratuito, doá-la, oferecê-la como garantia de empréstimos, etc.

Se o direito patrimonial disponível for objeto de processo judicial, poderá o titular, sobre ele, ainda, renunciar a seu direito, confessar fatos que o envolvam e, finalmente, transigir. Aliás, em sede judicial, pode o titular de direitos transigir mesmo sobre direitos *indisponíveis*, em inúmeros casos, como na questão do *quantum debeat* (mas não do *an debeat*), como bem lembra J. E. Carreira Alvim²⁷. Assim, portanto, não é por serem certos direitos *indisponíveis*, tão-somente, que não poderão as partes sobre eles efetuar transação²⁸. Os exemplos são numerosos: os direitos relativos a alimentos, embora

²⁵ COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit International Public**. 4. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1999. p. 551.

²⁶ GROPALLI, Alessandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 1968. p. 168-170.
²⁷ CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Lumen Juris, 2002. p. 33.

²⁸ *Transação* é o ato jurídico praticado visando à prevenção de controvérsia futura ou ao término do litígio atual, envolvendo exclusivamente direitos patrimoniais de caráter privado, mediante concessões mútuas (vide CRETELLA NETO, José. **Dicionário de Processo Civil**. 3. ed. Campinas, SP: Ed. Millennium,

indisponíveis, podem ser objeto de negociação entre o alimentando e o alimentado, como o valor, a periodicidade, a forma de prestação, etc., podendo as partes chegar a acordo aceitável para ambos, cada qual cedendo em suas posições originais, e homologando o acordo judicial, pondo fim ao processo de separação ou ao de revisão de pensão alimentícia.

Vê-se, portanto, que, no âmbito *judicial*, tem a parte mais ampla liberdade do que na esfera *arbitral*, pois no segundo caso sequer faculta a lei brasileira o emprego da arbitragem.

Em síntese, o poder de transigir é mais amplo quando o litígio é submetido à jurisdição estatal, podendo ser empregado tanto acerca de direitos *disponíveis* quanto *indisponíveis*. No juízo arbitral, apenas litígios relativos a direitos *disponíveis* podem ser apreciados. Devido à dificuldade terminológica apontada, acerca da expressão “direitos disponíveis” e também pelo fato de que não seria conveniente restringir a competência do juízo arbitral, as legislações estrangeiras preferem delimitar a atuação do juízo arbitral fazendo referência às controvérsias acerca de *direitos que possam ser objeto de transação*.

É o que se depreende pelo exame do teor das normas que regulam a arbitragem no direito estrangeiro, verificando-se que o ZPO alemão estabelece que “a convenção arbitral será válida sempre que as partes tiverem o direito de transigir sobre o objeto da disputa” (art. 1.030.(1), *in fine*, quanto aos direitos *imateriais*), que o *Code Judiciaire belga* dispõe que “*tout différend déjà né ou qui pourrait naître d’un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l’objet d’une convention d’arbitrage*” (art. 1.676), que o CPN argentino reza que “*las personas que non pueden transigir no podrán comprometer en árbitros*” (art. 738) e que a *Ley 36/1988* espanhola determina que “*la capacidad de las partes para otorgar el convenio arbitral será la exigida por su respectiva ley personal para disponer en la materia controvertida*” (art. 60). Já o *Codice* italiano indica as questões que podem ser submetidas à arbitragem por meio de critério *residual*, pois determina *a quais não se aplica*, que são as matérias previstas nos arts. 429 (*Revoca dell’interdizione e dell’inabilitazione*) e 459 (*Acquisto dell’eredità*) do Código Civil italiano, bem como “*quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione*” (art. 806).

Tecnicamente, portanto, teria sido mais apropriado e consentâneo com a tendência mundial que a redação do artigo comentado tivesse redação do seguinte teor: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos sobre os quais possam transigir”.

Daí parecer ir contra os fatos – e mesmo contra o melhor Direito – a observação de que “andou bem a nova lei, ao proceder à alteração, pois que em vez de mencionar a consequência (transigibilidade), apontou diretamente a característica que a viabiliza (disponibilidade)”²⁹.

2008. p. 625-626). A transação é disciplinada no Código Civil nos arts. 840 a 850 (e no CC anterior, nos arts. 1.025 a 1.036). A transação é um contrato (Código Civil francês, art. 2.044) pelo qual a parte renuncia, antes de mais nada às suas pretensões e não a seus direitos. Destina-se a prevenir ou encerrar ações, mediante concessões mútuas, ou seja, a transação é uma abdicção recíproca. Não confere a qualquer das partes um *novo direito* e distingue-se, portanto, da cessão de direitos litigiosos (art. 1.699). Faz entre as partes, depois de homologada, coisa julgada (DUTILLEUL, François Collart; DELEBECQUE, Philippe. *Contrats Civils e Commerciaux* 4. ed. Paris: Ed. Dalloz, 1998. p. 444).

²⁹ COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e Âmbito de aplicabilidade da nova Lei de Arbitragem. In: ARBITRAGEM – Lei Brasileira e Praxe Internacional. 2. ed. [S. l.]: Ed. LTR, 1999. p. 335.

Parece que o legislador – ainda que involuntariamente – tenha limitado o alcance da arbitragem, e não merece ser saudada a alteração, como benéfica, a não ser que por “andar bem” se entenda a novel restrição legal.

Permanece restrita, portanto, após o advento da nova lei brasileira, quanto ao *objeto do litígio*, a exigência, também única, de que a relação jurídica controvertida envolva *direitos patrimoniais disponíveis*.

3 CONCLUSÕES

1) A arbitragem é um dos mais antigos institutos jurídicos que sobreviveram até os tempos atuais. Ao lado do tratado entre nações, tem origem grega. Estes dois institutos, aliás - tratado e arbitragem – foram as únicas contribuições importantes da Grécia Antiga para o Direito.

2) Também no ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem não é recente, já tendo constado da Constituição Imperial, de 1824, e mantida, de forma modificada, no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916 e no Código de Processo Civil de 1973. Contudo, antes do advento da Lei n. 9.307/96, era necessário homologar os laudos arbitrais pela via judiciária, o que evidentemente desestimulava o emprego da arbitragem, na prática.

3) A atual lei de arbitragem foi questionada quanto à sua constitucionalidade perante o STF, mas, finalmente, em 2002, foi julgada constitucional. Caiu, então, o último entrave à sua aplicação.

4) Os litígios derivados dos contratos internacionais são resolvidos por arbitragem há mais de 100 anos. As empresas preferem esse método de solução de litígios por ser bem mais rápido e sigiloso. Além disso, os árbitros gozam da confiança das partes e, não raro, são *experts* reconhecidos nas questões a eles submetidas. Essas características - e não propriamente o custo direto, que pode ser até mesmo superior ao da Justiça estatal, embora a redução no prazo (para, no máximo, 6 meses, em regra) represente, por si-só, um ganho nada desprezível - vem fortalecendo o papel da arbitragem para a solução de litígios que versam sobre questões de caráter patrimonial.

REFERÊNCIAS

CARREAU, Dominique; JUILLARD, Patrick. **Droit Économique International**. 4. ed. Paris: L.G.D.J, 1998.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Lumen Juris, 2002.

COMBACAU, Jean; SUR, Serge. **Droit International Public**. 4. ed. Paris: Ed. Montchrestien, 1999.

COSTA, José Augusto Fontoura; TUSA, Gabriele. Expectativas e Âmbito de aplicabilidade da nova Lei de Arbitragem. In: ARBITRAGEM – Lei Brasileira e Praxe Internacional. 2. ed. [S. l.]: Ed. LTR, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Forense, 2004.

_____. **Dicionário de Processo Civil**. 3. ed. Campinas, SP: Ed. Millennium, 2008.

DICIONARIO Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Objetiva, 2001.

DUTILLEUL, François Collart; DELEBECQUE, Philippe. **Contrats Civils e Commerciaux**. 4. ed. Paris: Ed. Dalloz, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem** – Legislação Nacional e Estrangeira e Monopólio Jurisdicional. [S. l.]: Ed. LTR, 1999.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'Arbitrage Commercial**. Paris: Litec, 1996.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da Arbitragem Comentada**. [S. l.]: Ed. Saraiva, 1997.

GROPALLI, Alessandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Coimbra: Ed. Almedina, 1968.

LALIVE, Pierre. L'Arbitrage International Privé. **Récueil des Cours**, Haia, v. 120, 1967.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Ensaio sobre Arbitragens Comerciais**. São Paulo, SP: FADUSP, 1966. Tese para Professor Titular.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. Rio de Janeiro, RJ: Ed. Max Limonad, 1988.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro, RJ: Livraria Freitas Bastos, 1986.