

ARBITRAGEM: MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS. CONSAGRAÇÃO.

ROBERTO ROSAS*

Elaborado para os Estudos em homenagem ao Acadêmico Carlos Mário da Silva Velloso.

1. Em primeiro lugar, em estudos relativos ao Direito Público, tem lugar a arbitragem? Se levarmos ao debate dicotômico – público e privado, muitas vezes difícil de separação, certamente tiraríamos do interesse inter-individual, para o interesse público a implementação da arbitragem no Brasil, hoje uma grande realidade exitosa.

2. Superado esse debate, o tema encontrou respaldo no homenageado, quando em momento crucial, e de sobrevivência o Supremo Tribunal Federal examinou aspectos constitucionais da Lei 9307/96, fundamentais para a importância e consolidação do instituto, principalmente, o prestígio à decisão arbitral, imune, no mérito, ao controle judicial. Tal discussão, encontrou forte aliado à lei nas manifestações do Ministro Carlos Mário Velloso, ardoroso defensor da arbitragem, na linha do seu espírito avançado e aberto às grandes causas. Assim, o STF, ao julgar a Sentença Estangeira nº 5206-7, que, por maioria, afastou qualquer inconstitucionalidade na Lei nº 9307, a arbitragem ganhou corpo, nesse ponto, destacou-se Velloso, com argumento irresponsável: “a lei não institui a arbitragem em termos obrigatórios, caso em que ocorreria ofensa ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, mas, simplesmente, faculta às partes prevenirem ou terminarem o litígio mediante a arbitragem..

Diante da importância da arbitragem, invocamos Seneca, no século IV A.C. – as coisas não são elogiadas porque são desejáveis, mas desejadas porque são elogiadas. Todos desejam a arbitragem, antes ela era só elogiada. Nesse desejo os grandes contratos, as grandes empresas, as grandes questões empre-

sarias, até com amparo no Código Civil – “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial” (art. 853).

3. Há, por certo, a contribuição do Judiciário em prestigiar as decisões arbitrais, com certa afirmação de que a solução arbitral deve passar longe da porta dos tribunais. É claro, e falaremos adiante, sobre as questões procedimentais, formais, passíveis de exame judicial.

4. No exame jurisprudencial sobre a arbitragem vemos papel relevante do Superior Tribunal de Justiça, na consolidação da arbitragem, a partir das homologações de sentenças estrangeiras arbitrais (constituição – art. 105, I, i). Vejamos vários desses importantes precedentes.

A imunidade da questão de fundo (Resp. 450 881). A possibilidade de execução específica da cláusula compromissória (Resp. 450 881). A possibilidade de cumprimento da cláusula compromissória (Resp. 249 255).

A validade da cláusula arbitral prevista em contrato anterior à Lei 9307 (Resp. 712 566). O pedido de instauração do procedimento arbitral apresentado à instituição estrangeira, não tira a nacionalidade brasileira, se elaborada no Brasil. Esta decisão é uma das mais importantes, porque as empresas estrangeiras requerem a arbitragem perante organismos estrangeiros (CCI – Paris; AAA-USA), mas sua execução dá-se no Brasil, com árbitros brasileiros. Assim, para a execução judicial considera-se sentença arbitral (CPC – art. 475, IV), e não sentença estrangeira homologada pelo STJ (CPC – art. 475, VI)(Resp. 1.231.554 – Rel. Min. Nancy Andrighi).

5. A adoção de regras internacionais sobre arbitragem, no Brasil, deu muita força ao cumprimento dessas decisões (Convenção de Nova York (1958) promulgada no Brasil pelo Decreto 4311/02 e o Protocolo de Las Leñas – para sentenças arbitrais do Mercosul).

6. Já Demóstenes, no discurso contra Médius, referiu-se à arbitragem: *“Se as partes têm divergência concernente a suas obrigações privadas e desejam escolher árbitro, é lícito que designem quem entenderem, mas, quando escolherem o árbitro de comum acordo, é de rigor que se atenham rigidamente ao que ele decidiu, não apelando da sentença a outro tribunal, pois, a decisão deve ser definitiva, suprema.”*

A razão desse tribunal de eleição já era defendida no século XVIII, para fugir às dificuldades, à demora, aos encargos e às incertezas do pleito ordinário (*“ad quos confugere solent, quos terrent gravioris litium sumtus, judiciorum streptus, molestiques labores, es injuriosae protelationes, ac denique onerosa atque toediosa expectatio incerti juris”*).

Já nos nossos tempos, Mauro Cappelletti ao imaginar métodos alternativos para decidir causas judiciais, aponta, entre eles, o juízo arbitral (Acesso à Justiça, pg. 82, Sérgio Fabris Editor).

Eis que é editada a Lei n.º 9307, de 23.09.96 que dispõe sobre a arbitragem, estabelecendo-se longos estudos sobre esse instituto, que não é novo no Brasil, e até tratado no CPC, porém, de total desconhecimento. Como observou Miguel Reale, entre os enaltecidos da nova lei — o Estado abre mão de poderes antes considerados indelegáveis, porque necessita dessa transferência para melhor atender ao jurisdicionado (O Estado de São Paulo, 05.10.96).

7. Apesar da extensão do capítulo sobre juízo arbitral no Código de Processo Civil, nunca tivemos o necessário amadurecimento para a arbitragem, em atraso científico e jurídico dos mais expressivos, donde o pequeno número de casos jurisprudenciais, nos poucos, as controvérsias sejam de vulto, ainda que algumas circunscritas a um único ponto: se a cláusula compromissória inclui o juízo arbitral, isto é, o compromisso, quando ocorre o litígio (v. Luiz Olavo Baptista — Cláusula Compromissória e Compromisso, Revista de Direito Público, 70/296; RT 666/135). Naturalmente a instituição da arbitragem tem as preocupações da segurança na escolha do juiz, como a inconveniência da renúncia às formas, como observa Jean Vincent (Procédure Civile, pg. 1144, 20ª ed.).

8. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, apresentou casos de monta, dando prestígio à arbitragem.

Em contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genebra de 1923, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso, e portanto, instituído automaticamente o juízo arbitral (Recurso Especial n.º 616 — D.J. 13.08.90 — pg. 7647).

Não se deve declarar a invalidade do juízo arbitral quando alcança seu objetivo, ainda que haja irregularidades formais, aplicando-se a regra do art. 244 do CPC, isto é, a validade do ato realizado de outro modo (fora do estabelecido), mas alcançando a sua finalidade. (Recurso Especial n.º 15231 — D.J. 09.12.91).

A entidade autárquica não pode celebrar compromisso para resolução de pendências por meio do juízo arbitral, porque esses direitos em litígio são indisponíveis (TFR — AC 137279 — D.J. 26.06.89).

9. A Constituição de 1824 explicitou que nas causas cíveis as partes podiam nomear juizes árbitros, com decisões irrecorríveis, se assim fosse convencionado (art. 160). A Lei 1.350, de 14.09.1866 (art. 14), foi o primeiro diploma legal que dispôs sobre a arbitragem; texto repetido pela Lei 221, de 20.11.1894 (art. 87), organizadora da Justiça Federal e regulamentada pelo

Dec. 3.084, de 5.11.1898. aqui assentou-se: *“É livre às partes, sob sua responsabilidade, apelar da sentença arbitral, não obstante a cláusula sem recurso”* (art. 827). Ao STF competia decidir do cabimento de recurso, não obstante a cláusula sem recurso. Admitia-se a apelação, ainda que houvesse a cláusula, se o compromisso fosse nulo ou estivesse extinto; excesso de poderes conferidos pelo compromisso; preterição de formas. Somente nesses casos haveria recurso, tanto que o STF não tomaria conhecimento da apelação afora essas hipóteses. Se o recurso fosse interposto, apesar da cláusula excludente, o recorrente ficaria sujeito a sanção. Rui Barbosa observou para o caso: *“Essa responsabilidade, evidentemente, cessa quando o tribunal competente, apreciando o recurso interposto, reconhecer que lhe deve deferir, por achar que esse recurso se estriba na existência real de alguma das nulidades, em cuja emergência a lei assegura, irrenunciavelmente, às partes o direito de recorrer.”*

Rui, excelente no exame do juízo arbitral, porque envolvido, como advogado, na famosa questão Minas versus Werneck, observou sobre a ofensa à ordem pública: *“Se, com efeito, a jurisdição dos árbitros deriva do compromisso arbitral, a ordem pública, fundamentalmente interessada no princípio geral do respeito à lei das jurisdições, não pode abandonar este assunto à discricção dos particulares. Nulidade, como esta é, de ordem pública, não seria lícito deixá-la à mercê das vontades individuais”*.

10. Américo Werneck celebrou um acordo com o Estado de Minas Gerais, arrendando a Estância Hidromineral de Lambari. O arrendatário, ao fim de alguns anos, acusou o Governo mineiro pela culpa da inexecução do contrato, demandando-lhe com pedido de perdas e danos. No correr da demanda houve acordo entre o Estado e Werneck, estabelecendo-se o arbitramento, firmado o compromisso em 1915. Esse compromisso criou o tribunal arbitral, composto do Des. mineiro Edmundo Lins, mais tarde Ministro do STF; José Xavier Carvalho de Mendonça, indicado por Werneck, ilustre comercialista, e o desempatador, o Des. José Soriano de Souza Filho, que não atuou, porque ambos os peritos acordaram numa opinião, com a sentença arbitral de 1916.

A sentença arbitral condenou o Estado de Minas Gerais a pagar a Américo Werneck a indenização, e em compensação, valor a ser indenizado por Werneck.

Houve recurso dessa sentença arbitral para o STF. Foi advogado do Estado Rui Barbosa, e de Werneck, Rodrigo Octávio. O STF, em 1917, manteve a decisão arbitral, sendo relator o insigne Min. Pedro Lessa. Houve embargos e novamente a Corte Suprema manteve o juízo arbitral.

Discussão de alto nível travou-se entre os dois insignes juristas. Rui procurou demonstrar a deficiência do juízo arbitral. O perigo estava no pender

do árbitro para o litigante, donde lhe veio a honra e o benefício da eleição, diferentemente do juízo ordinário, indiferente à escolha. No caso Minas versus Werneck esse argumento foi excluído, porque Edmundo Lins, insigne mineiro, fundador da Faculdade de Direito de Minas Gerais, seu Diretor, Desembargador e Presidente do Tribunal mineiro, optou pelo laudo contrário ao Estado, evidente, numa observação superficial, porque julgou o direito com o particular.

11. Voltando à acusação, Rui Barbosa perguntava: *"Onde estará, no processo arbitral, a sua superioridade, na presteza do curso, na barateza do custo, na segurança da conclusão?"* E responde: *"Um desses vícios fundamentais, uma dessas insanáveis nulidades, contra as quais não vale a renúncia a quaisquer recursos, pode obrigar a desandar-se todo o caminho andado, para se regressar à justiça dos tribunais que se trocara pela dos juizes privados"*.

12. Como lembra Calmon de Passos, a propósito da distinção entre jurisdição legal ou momentânea, toda jurisdição tem assento na lei apesar de os árbitros não terem poder jurisdicional. (Da Jurisdição, pg. 44). Ora, o compromisso nasce no direito material (Código Civil, art. 851), mas se projeta no processo, visto que o estabelecimento dos árbitros para resolver as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, naquilo que admite transação, terá seus efeitos no campo processual.

13. A lei vigente no dia do compromisso regula a admissibilidade do arbitramento; a composição; duração dos poderes dos árbitros; prazos; motivos e forma de oposição ao julgamento; recursos (Carlos Maximiliano, § 248).

14. Ao primeiro relance, a nova sistemática da arbitragem impressionou a não obrigatoriedade da participação do advogado no processo de arbitragem, porquanto deu-se facultatividade nessa atuação (art. 21, § 3º — Lei 9307). Entretanto, tal permissão não exclui o advogado do processo de arbitragem, porque sempre estará presente nas questões essenciais.

A arbitragem é direito ou equidade. Logo, o advogado estará presente na indicação de parâmetros legais e jurídicos. Na equidade impõe-se a demonstração das regras equitativas, por certo com base jurídica.

A arbitragem surge de convenção, por termos nos autos (judicial) ou por escrito particular (extra — judicial). Certamente ninguém entrará em aventura jurídica sem a presença de advogado. Na hipótese judicial, é indispensável a presença de advogado. Se a parte não quiser implementar a arbitragem, será compelida em juízo (art. 7º, § 3º). Também por meio de advogado, a homologação da sentença arbitral estrangeira será efetuada por meio de advogado perante o Superior Tribunal de Justiça.

No procedimento arbitral acentua-se a atuação do advogado nos depoimentos, testemunhas e perícias. Não é crível a dispensa do advogado, e a utilização dos usos e costumes.

Há, na lei, uma série de hipóteses de presença indispensável do advogado, porque sempre realizadas em juízo. Vejamos: nulidade da convenção da arbitragem (art. 20, § 1º); ação incidental sobre direitos indisponíveis (art. 25); nulidade da sentença arbitral (art. 33); a sentença condenatória arbitral é título executivo (art. 30).

A prudência imporá às partes na arbitragem o socorro a advogados. Ninguém, deixará a atuação do causídico a pretexto da utilização do especialista, o perito ou árbitro. A formação jurídica da discussão arbitral sempre imporá a convocação do advogado, porque ainda sem recurso, ou homologação do laudo em juízo, o debate resvalará para o plano judiciário. As questões postas são importantes, e certamente a presença do advogado é impositiva, e não optativa (Eleonora M. Bagueira Leal Coelho Pitombo, Relevância do advogado para arbitragem, Revista do Advogado, AASP, nº 87, pg. 46).

15. Certamente a arbitragem veio para ficar, ao contrário das leis anteriores, que não consolidaram a arbitragem, com as dificuldades inerentes a instituto importante, com lei nova (15 anos), e aplicação inexistente, como observa Antonio Carlos Rodrigues do Amaral – Arbitragem: a prática internacional e os perigos da inexperiência brasileira – Revista do Advogado, AASP, nº 87, 2006, pg. 21).

16. A arbitragem é viável? É importante?

As críticas existem, como também em relação ao Judiciário. É importante a escolha do árbitro adequado. Pode não acontecer. No Judiciário, o Juiz pode não conhecer a matéria, não ser um especialista. Se há erro dos árbitros, a decisão é irreversível. E se a decisão judicial estiver errada. Pode ser corrigida? Muitas vezes não.

Nesses 15 anos (2011) a Lei 9307, e portanto, a instituição, só tem louvores. O seu exercício, a sua atuação permitirão o aperfeiçoamento.

NOTA

* Professor Titular da Universidade de Brasília.