

**CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
MESTRADO EM DIREITO NEGOCIAL**

**DA EFETIVIDADE E ADEQUAÇÃO DA ARBITRAGEM E O
DIREITO EMPRESARIAL**

Herick Mardegan

**Londrina
2008**

HERICK MARDEGAN

**DA EFETIVIDADE E ADEQUAÇÃO DA ARBITRAGEM E O
DIREITO EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Direito Negocial, Universidade
Estadual de Londrina, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Dr^a. Tânia Lobo Muniz.

**Londrina
2008**

HERICK MARDEGAN

**DA EFETIVIDADE E ADEQUAÇÃO DA ARBITRAGEM E O DIREITO
EMPRESARIAL**

Dissertação apresentada ao curso de
Mestrado em Direito Negocial Universidade
Estadual de Londrina, como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dr^a Tânia Lobo Muniz

Londrina, 14 de maio de 2008

À minha mãe Gilmara, por me ensinar desde
pequeno a gostar de estudar.
À minha esposa Deborah Jeanne pela
paciência.

AGRADECIMENTOS

Um agradecimento todo especial à minha orientadora Dra. Tânia Lobo Muniz que, com muita paciência e sabedoria sob conduzir todo o processo de elaboração desse trabalho.

À minha mãe que, como professora, me ensinou a gostar de ler e estudar desde pequeno.

À minha esposa Deborah Jeanne que teve a devida paciência para com um legítimo mestrando.

“Morre lentamente quem não vira a mesa quando está infeliz com o seu trabalho, quem não arrisca o certo pelo incerto para ir atrás de um sonho, quem não permite pelo menos uma vez na vida, fugir dos conselhos sensatos”.

Pablo Neruda

RESUMO

MARDEGAN, Herick. **Da Efetividade e Adequação da Arbitragem e o Direito Empresarial**. 2008. 107 págs. Dissertação. Universidade Estadual de Londrina. Londrina – PR.

O presente estudo visa realizar uma pesquisa do Instituto da arbitragem sob a óptica do direito empresarial, analisando desde os aspectos conceituais, os motivos que levam a arbitragem a ser tão utilizada pelos empresários, em detrimento à utilização pelas pessoas naturais. Historicamente a arbitragem está intimamente vinculada ao direito comercial, sendo que no Brasil, mesmo que a muito tempo presente no ordenamento jurídico pátrio, somente a partir da promulgação da Lei 9.307/96 é que o instituto passa a ser efetivamente utilizado, sobretudo pelas empresas. O trabalho pretende demonstrar a relação da arbitragem com o fenômeno da globalização, ao analisar suas características e vantagens, assim como sua aplicação. Por fim o estudo passa a verificar a eficácia da arbitragem nas relações comerciais, tanto nas relações comerciais internacionais, como a eficácia da arbitragem e o Estado, finalizando com a verificação da eficácia do procedimento arbitral nas questões empresariais no Brasil. Concluindo-se que o direito arbitral vem a cada dia sendo mais utilizado em solo pátrio como meio eficaz e efetivo, na solução de litígios, principalmente nos problemas decorrentes do setor empresarial.

Palavras-chave: Arbitragem; procedimento arbitral; direito empresarial; arbitragem internacional privada.

ABSTRACT

MARDEGAN, Herick. **Of the Effectiveness and Adaptation of the Arbitration and the Business Right.** 2008. 107 pages. Dissertation. State University of Londrina. Londrina-PR.

The present study seeks to accomplish a research of the Institute of the arbitration under the optics of the business right, analyzing from the conceptual aspects, the reasons that take the arbitration to be so used by the entrepreneurs, in detriment to the use for the natural persons. Historically the arbitration is intimately linked to the commercial law, and in Brazil, even if always present in the legal system country, only starting from the promulgation of a law 9.307/96 it is that the institute passes to be used indeed, above all for the companies. The work demonstrates the relationship of the arbitration with the phenomenon of the globalization, analyzing their characteristics and advantages, as well as his/her application. Finally the study analyzes the effectiveness of the arbitration in the trade relationships, so much in the international trade relationships, as in the effectiveness of the arbitration and the State, concluding with the verification of the effectiveness of the procedure by arbitration in the business subjects in Brazil, and it is reached the conclusion that the institute comes every day being more used in soil country as half effective and effective, in the solution of litigations, mainly the current of the business section.

Word-key: Arbitration; procedure by arbitration; business right; deprived international arbitration.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 DAS QUESTÕES CONCEITUAIS E ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM.....	4
1.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM	4
1.1.1 Arbitragem e o fenômeno da globalização	10
1.1.2 Panorama histórico mundial.....	16
1.1.3 Evolução histórica no Brasil.....	23
1.1.4 Das modalidades de arbitragem	28
1.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	30
1.2.1 Teoria jurisdicional.....	30
1.2.2 Teoria Contratual	32
1.2.3 Teoria Mista.....	33
1.3 DAS CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM E A EMPRESA	38
1.3.1 Características gerais.....	38
1.3.2 Vantagens do procedimento arbitral	41
1.3.4 Problemas enfrentados pela arbitragem	45
2 DA APLICAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL.....	51
2.1 DO OBJETO DA ARBITRAGEM.....	51
2.2 DA CAPACIDADE PARA UTILIZAR-SE DA ARBITRAGEM	52
2.3 DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO POR EQUIDADE	53
2.4 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS	54
2.5 DOS ÁRBITROS.....	59
2.6 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	63
2.8 DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS....	70

2.9 BREVE COMPARATIVO ENTRE A JUSTIÇA ESTATAL E JUSTIÇA ARBITRAL	71
2.10 DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AO CASO CONCRETO	75
3 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL.....	77
3.1 ASPECTOS BÁSICOS	77
3.2 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS	80
3.2.1 Das organizações internacionais mais importantes para a aplicação da arbitragem.....	82
3.3 ARBITRAGEM E O ESTADO	84
3.4 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM EMPRESARIAL NO BRASIL.....	86
CONCLUSÃO	93
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA	96
ANEXOS	101

INTRODUÇÃO

Muito embora o instituto da arbitragem já se encontrasse previsto no ordenamento jurídico pátrio desde a Constituição do Império de 1824, o mesmo não foi utilizado a contento durante os séculos XIX e XX, essencialmente pelo rechaçamento cultural do brasileiro, que por muito tempo considerou que apenas os meios litigiosos, com a intervenção do “Estado Juiz” poderiam apresentar soluções jurídicas eficientes e eficazes.

Todavia, o processo civil brasileiro, longo e formalista sofre um grande impacto com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, Constituição essa, também fruto de um processo de redemocratização, que ao prever a defesa de direitos ou à sua simples ameaça nos âmbitos individual, difuso e coletivo, levou, a curto prazo, a uma sobrecarga tão intensa do aparelhamento judicial do Estado, que chegou mesmo a inviabilizar o acesso à Justiça.

A promulgação da Lei 9.307/96 busca apresentar uma alternativa jurídica viável à morosa, truncada, burocrática e abarrotada Justiça Comum, no deslinde de questões que envolvam direitos disponíveis.

E, em decorrência das características inerentes ao instituto, quais sejam, possibilidade de escolha dos árbitros por acordo das partes, especificidade dos conhecimentos dos árbitros dos temas objeto de litígio, confidencialidade, e como principal efeito positivo a celeridade das decisões emanadas dos Tribunais Arbitrais, ocorreu uma retomada da noção de eficácia do direito de inibir e solucionar conflitos sociais.

O instituto da arbitragem é agora redescoberto pelos cidadãos e empresas nacionais, sendo observada a proliferação de Tribunais Arbitrais pelo Brasil afora.

Trata-se, portanto, de assunto atual e de grande relevância, haja vista que a arbitragem mostra-se como meio seguro e célere de resolução de conflitos, sendo, cada vez mais, bem aceita, e a exemplo dos países de tradição anglo-saxônica, utilizada entre as empresas nacionais.

Ao mesmo tempo, o instituto já vem sendo utilizado em larga escala no direito internacional privado na solução dos litígios que envolvem o comércio exterior, com resultados extremamente vantajosos para as partes envolvidas.

Já nos conflitos que envolvem o direito privado nas questões relacionadas aos direitos disponíveis entre as pessoas naturais, o instituto não vem sendo utilizado de maneira tão efetiva, sendo relativamente pequeno os números de casos de arbitragem, em relação ao direito empresarial e ao direito internacional privado, em que a quantidade de litígios resolvidos pelo instituto da arbitragem se mostra em número bem superior. Nesse aspecto, é importante a realização de um estudo científico no sentido de verificar a razão da resistência à aplicação da arbitragem, na solução dos conflitos privados e relativos aos direitos disponíveis existentes entre os cidadãos.

A Lei 9307/96 mostra-se cada vez mais importante como alternativa à jurisdição estatal na solução de litígios, e vem tendo relativo sucesso, sobretudo nos conflitos que envolvem questões empresariais, ampliando a cada dia sua atuação.

Para tanto, inicia-se o estudo pelo histórico da arbitragem até os dias atuais, sua origem, passando pelo fenômeno da globalização e suas conseqüências

bem como a situação atual da aplicação, eficácia e efetividade da arbitragem no Brasil.

Seguramente, há razões para a escolha do procedimento arbitral no âmbito empresarial, pois, afinal a Lei da Arbitragem brasileira nasceu inserida no contexto da globalização econômica e também como exigência para a participação competitiva da economia brasileira junto ao mercado internacional.

Este trabalho pretende, enfim, verificar se a arbitragem efetivamente está cumprindo com os objetivos que foram propostos no momento de sua criação, enquanto meio alternativo de solução de conflitos que envolvam direitos negociáveis, assim como as razões que levam uma maior aplicação do procedimento arbitral na seara empresarial, em detrimento à sua aplicação nas relações individuais, que tangem a direitos disponíveis.

Nesse diapasão, é importante que se analise o quanto a sociedade brasileira assimilou e adequou-se a utilização desta forma alternativa de solução de litígios, e se a mesma é concretamente útil ao deslinde de conflitos referentes aos direitos disponíveis e patrimoniais e se a arbitragem vem colaborando de forma efetiva para a pacificação social.

Enfim, estes são os problemas e as questões que o trabalho aqui proposto tentará dirimir, estudar e responder.

1 DAS QUESTÕES CONCEITUAIS E ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

Antes de se chegar ao mote do trabalho, ou seja, a efetividade e adequação da arbitragem e o direito empresarial, é necessário *a priori* uma análise apurada do aspecto conceitual e os aspectos gerais que integram a arbitragem.

Aspectos gerais da arbitragem se referem a íntima ligação do surgimento da lei arbitral brasileira e o fenômeno da globalização, sua evolução histórica, sua natureza jurídica, suas modalidades e, sobretudo as características pertinentes ao instituto, em que se verifica suas vantagens e desvantagens, extraindo-se daí, algumas das razões que levam a uma maior utilização do instituto na seara empresarial.

1.1 CONCEITO DE ARBITRAGEM

A ocorrência de conflitos individuais ou coletivos gera uma série de efeitos sociais que atingem não só pessoas ou instituições envolvidas, mas a própria noção de segurança jurídica, ou seja, função primeira da organização estatal.

Punir estas ocorrências, e caso estas se instalem, apresentar uma resolução rápida e eficaz para tais, é o que distingue, ou antes, determina a confiabilidade do cidadão no aparato estatal e por isto mesmo a principal razão de existir do Estado.

A solução de conflitos já passou por diversas modificações desde a organização da sociedade em seus primórdios, tais como a autocomposição (Lei de Talião), heterocomposição (quando os anciãos eram chamados para julgar) e a

solução estatal na qual a pessoa revestida das funções do Estado Juiz apresenta a solução que possui força coercitiva.

No atual estágio da sociedade internacional aumentam as possibilidades de soluções negociadas entre as partes, a chamada justiça restaurativa, entre quais a arbitragem ganha destaque.

A palavra arbitragem é proveniente de vocábulo de origem latina – *arbiter* – que significa Juiz, jurado ou ainda louvado, sendo utilizada a expressão como sendo processo utilizado com a finalidade de construir a solução de conflito existente entre duas ou mais pessoas.¹

IRINEU STRENGER discorre sobre a extensão da arbitragem, por ele assim definida:

O termo arbitragem, *tout court*, pode ter ampla extensão. A arbitragem abrange, como sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação².

Pelo conceito retro mencionado, verifica-se que a arbitragem trata-se de um meio alternativo de solução de conflitos, que pode ser utilizado em todos os planos do direito, que não estejam evidentemente excluídos pela legislação. A saber, só é possível a utilização do procedimento arbitral em litígios que envolvam direitos disponíveis e patrimoniais, em conformidade com o artigo 1º da Lei 9307/96.

No entanto, verifica-se uma utilização maior do meio arbitral pelas empresas, sobretudo no âmbito do comércio internacional, havendo pouca procura pelas pessoas naturais em geral pela arbitragem, como forma de solução de seus litígios. E esse fato ocorre por vários motivos, que será abordado no decorrer deste

¹ DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 2004, p. 183.

trabalho, sendo para tanto necessário conhecermos o entendimento dos doutrinadores quanto à conceituação do tema, objeto de nosso estudo, senão vejamos.

² STRENGER. Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**, Ed. LTR, 1996, p. 33.

Um dos autores do projeto da Lei de Arbitragem CARLOS ALBERTO

CARMONA, ao analisar de forma ampla o tema, assim o define:

[...] é uma técnica para a solução de controvérsias por meio da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada proferindo, com base nesta convenção e sem intervenção do Estado, uma decisão destinada a adquirir eficácia de sentença judicial.³

Ao conceituar arbitragem MARCELO GONÇALVES DIAS VILELA,

concluiu que se pode dividi-la em elementos, senão vejamos:

Elementos formadores do conceito de arbitragem: caracteres comuns a todas as definições citadas podem ser extraídos. A identificação destes é suficiente para atribuindo-se unidade ao estudo da arbitragem, reconstituir o seu conceito. São eles: a arbitragem como instituição; a necessária existência de um litígio a ser pacificado; a intervenção indispensável e decisiva de um terceiro não vinculado e que não represente a jurisdição estatal; manifestação obrigatória de vontades das partes (caráter facultativo) para a formação do Juízo arbitral; inexistência vedação legal de submissão do litígio a um juízo não estatal (arbitrabilidade); e ainda a obrigatoriedade da decisão prolatada.⁴

Já para JOÃO ALBERTO DE ALMEIDA, arbitragem é definida como:

Meio de solução de conflitos intersubjetivos, eleito livremente pelas partes, que afasta a atuação, permitindo que a decisão seja tomada por juízes privados, escolhidos pela mesma.⁵

³ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 19.

⁴ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 32.

⁵ ALMEIDA, João Alberto de. **Processo arbitral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 5.

Por fim, podemos citar TÂNIA LOBO MUNIZ, que de forma sintética e esclarecedora afirma que a arbitragem trata-se de:

Procedimento jurisdicional privado para a solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal⁶.

Importa salientar, que, mesmo tratando-se de um meio extrajudicial de solucionar os conflitos, a arbitragem mostra-se como um instituto que traz uma grande segurança jurídica, pois a sentença proferida pelo árbitro, assim o assegura.

Dispõe o artigo 31 da lei 9307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

Nesse sentido, se pronuncia JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *in verbis*:

O sistema especial de julgamento, com procedimento, com técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.⁷

Importante, todavia lembrar, que a força coercitiva, continua a cargo do Estado, que exerce a sua função jurisdicional nos casos de execução de sentenças arbitrais condenatórias, e nos casos de cautelares.

⁶ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9307/96**. Curitiba: Juruá. 2002. p.40.

⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. “Conceito categorial de arbitragem”. In: BAPTISTA, Luiz Olavo & Fonseca, José Roberto Franco da (Coord.). **O Direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Marotta Rangel**. São Paulo, Ltr, 1998, p. 764.

Mesmo já tendo sido pacificado pelo STF, importa salientar que a questão da aplicação da arbitragem para solução de conflitos de natureza disponível teve resolução na data de 13/12/2001, quando por maioria de votos, através de recurso em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira (Agravo Regimental de n. 5.206-8/246), decidiu-se que, não há que se falar em inconstitucionalidade, como explica o Ministro CARLOS VELOSO⁸, o qual adotou o entendimento de que as partes sendo maiores e capazes e tratando-se de direito disponível podem de livre e espontânea vontade escolher o meio pelo qual o conflito será solucionado.

Assim vem sendo entendido por nossos Tribunais, *in verbis*:

Apelação – Consignação de Chaves – Cláusula Compromissória – Obrigatoriedade – Conciliação com Princípio Constitucional – Jurisdição Comum Afastada – Extinção do Processo. A cláusula compromissória previamente estipulada pelas partes, convencionando solução de conflitos decorrentes do contrato Através do juízo arbitral, inviabiliza que os contratantes busquem solução de seus litígios via Poder Judiciário, devendo submeterem-se primeiramente ao juízo arbitral estipulado no pacto. Não há na arbitragem qualquer ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, nem supressão de função do Poder Judiciário, pois o compromisso em si é forma admissível de os particulares, por si próprios, solucionarem suas controvérsias” processo n. 10701.06.150240-0/001(1)⁹

Daí conclui-se que a arbitragem é uma faculdade e não obrigatoriedade e, assim sendo, não há inconstitucionalidade para a sua instituição.

Ademais, o Poder Judiciário sempre poderá ser acionado quando da ocorrência de dolo, coação ou qualquer ato que tire do árbitro a legitimidade para

⁸ SE-AgR 5206/ EP – Espanha Acórdão proferido pelos Ministros do STF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/processos/processo.asp?PROCESSO=5206&CLASSE=SE7ORIGEM=APREURSO=O&TIP JUGAMENTO=M>. Acesso em 23 abril de 2008.

⁹ Disponível em <http://www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 19/04/2008.

proferir a sentença. Neste caso o processo será nulo a partir do ato em que foi constatado o vício.

A arbitragem, portanto, é um procedimento óbvio, coerente, tradicional e técnico utilizado na solução de conflitos, em que pessoas, físicas, ou jurídicas, litigantes, escolhem um terceiro, de confiança de ambas as partes, denominado árbitro, para que o mesmo profira uma sentença sobre determinado conflito de interesses instaurado, salientando que se trata de um procedimento extrajudicial.

1.1.1 Arbitragem e o fenômeno da globalização

A intensificação da utilização da arbitragem, quer em âmbito interno, quer no plano internacional, está intrinsecamente ligado à globalização. A Lei n. 9307/96 que regulamenta a arbitragem no Brasil teve como marco histórico a exigência do mercado internacional com o objetivo de garantir maior segurança jurídica e celeridade nos processos que envolvam, sobretudo, contratos firmados entre empresas multinacionais e brasileiras.

Em termos mundiais, a globalização é um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e, agora também, jurídicas, de forma interligadas.¹⁰

¹⁰ SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A globalização e as ciências sociais**. p. 26.

Como principais inovações advindas do fenômeno da globalização BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS¹¹, enumera:

- 1) restrições drásticas à regulação estatal da economia (é o mercado internacional “dando as cartas do jogo”, principalmente no que se refere à legislação econômica);
- 2) novos direitos de propriedade intelectual direcionados ao interesse internacional de investidores estrangeiros, inventores e criadores de inovações (lembrando que a Lei de Propriedade Industrial brasileira, também foi criada dentro deste contexto);
- 3) subordinação dos Estados nacionais às agências multilaterais tais como o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio.

No âmbito jurídico, essa nova realidade também se molda, pois o comércio internacional acentua cada vez mais a tendência em se compor um *jus commune*, dotado por sua vez de características próprias utilizadas para reger as relações internacionais denominadas *lex mercatoria*.

Nesse aspecto comenta IRINEU STRENGER:

Aos poucos formou-se um cabedal demonstrativo de que inevitavelmente o desempenho do comércio internacional levaria - como ocorreu - `formulação de um direito material transnacional, acima dos regimes jurídicos estatais respondendo às exigências de um direito verdadeiramente internacional para as relações econômicas oriundas desse contingente de atividades e que acabarão por edificar um corpo de regras fundamentais a cuja obediência se submeterão todos aqueles que atuam nesse plano.”¹²

¹¹ SOUZA SANTOS, Boaventura de. 2002. *op cit.* p. 31.

¹² STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996. Pg. 24.

Neste contexto, a arbitragem se revela bastante eficaz e atraente às empresas como forma de solução de conflitos, haja vista que, como o comércio a arbitragem possui uma dinâmica diferenciada dos demais ramos do direito.

Sobre este aspecto IRINEU STRENGER, ainda complementa:

Inegavelmente, porém, está demonstrado com nítida evidência que os ambientes econômicos nos quais o comércio internacional se desenvolve se servem cada vez mais de instrumentos normativos para atender finalidades particularizadas, com adoção de operações típicas cuja prática está acima e a *latere* dos sistemas positivos nacionais, tanto assim que, em casos de eventuais controvérsias, se recorre constantemente à arbitragem, a fim de deslocar o problema do conhecimento do Juiz estatal.¹³

Quanto ao Brasil, antes do advento da Lei 9307/96, a legislação nacional se encontrava em desacordo com as regras e determinações do mercado externo, ou seja, não estava integrada à linguagem empresarial internacional, globalizada ante a obrigação da homologação pela justiça estatal dos laudos arbitrais, sem o qual estes não possuíam validade no território nacional, ainda que os interesses de ambas as partes no conflito fossem no sentido de garantir a mais rápida execução possível à decisão do Tribunal arbitral que decidiu o litígio.

Os processos judiciais são reconhecidamente lentos no Brasil e empresas que pretendiam negociar no mercado interno, e porventura antes da Lei 9.307/96 litigassem com uma empresa nacional corriam o risco de assistir o processo tramitar por anos a fio.

Vale lembrar que a legislação anterior a atual Lei de Arbitragem, obrigava o vencedor a homologar a sentença arbitral em juízo estatal; ante estes

¹³ STRENGER, Irineu. 1996. *op cit.* p. 26.

fatos as empresas de capital estrangeiro não consideravam nem viável nem vantajoso inserir-se no mercado brasileiro.

Daí necessidade de uma Lei que atendesse tanto os interesses dos empresários nacionais quanto dos estrangeiros e por conseqüência os interesses da nação junto ao comércio internacional, no sentido de adequar o país ao novo contexto globalizado.

Portanto, foi em razão de um lobby empresarial que em meados da década de 90, a Lei de arbitragem veio a lume. O mundo globalizado determinou uma reordenação de conceitos e valores, como a soberania estatal e a vigência da Lei. O mercado internacional vem, em determinados segmentos, sobretudo o comercial e empresarial, ditando regras aos Estados como forma de perpetuar a nova ordem, com uma nítida desnacionalização dos capitais, das informações, das telecomunicações, etc. Fenômeno este que o filósofo alemão JÜRGEN HABERMAS¹⁴ prefere chamar de “Constelação Pós-Nacional”.

Surge então, em meio ao processo de globalização e como forma do Brasil melhor adequar-se às regras do comércio internacional, não só a Lei de Arbitragem como outras com o mesmo ideário globalizante: Nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas (Lei 11101/2005) e a Lei que regulamenta a micro e pequenas empresas (Lei Complementar 123/2006). Quanto a necessidade de melhor regulamentação da arbitragem em nosso ordenamento jurídico, IRINEU STRENGER pondera:

A arbitragem, amplamente considerada é realidade irreversível em nossos dias. Ignorar o fato significa colocar-se em plano jurídico-cultural de inferioridade e desatualização. Nos anos recentes, cada vez mais países modificaram seus ordenamentos jurídicos para

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001. p. 32..

ajustá-los às necessidades da arbitragem internacional. O extenso crescimento de centros arbitrais em todo o mundo causou correspondente aumento no número de regras que regem essa atividade jurisdicional.¹⁵

Foi neste contexto que criou-se a Lei de Arbitragem, na qual os empresários nacionais depositavam sua esperança no sentido de que atuasse como facilitadora nos casos de litígios derivados de contratos internacionais.

Sobre a entrada em vigor da supracitada Lei Arbitral, JOSÉ CRETELLA NETO comenta:

Cumpra 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 todos.¹⁶

Evidentemente, a arbitragem não se reduz apenas às lides que envolvam empresas e o comércio internacional, podendo ser utilizada por qualquer pessoa, desde que se trate de direitos disponíveis e patrimoniais, e que haja uma convenção arbitral. Todavia, parece transitar com mais desenvoltura na seara comercial, ou a linguagem da lei é mais adequada ao âmbito empresarial (comercial), principalmente no que se refere às vantagens que oferece para quem dela se utilize.

A melhor explicação para esta maior adesão à arbitragem é o fato de que sua linguagem e suas características (celeridade, sigilo, prazo determinado para

¹⁵ STRENGER, Irineu. 1996. *op cit.* p. 23.

prolação do laudo arbitral, possibilidade de escolha dos árbitros entre especialista no tema em litígio) torna-a extremamente atraente ao Direito Empresarial para o qual a celeridade e o menor formalismo são elementos-chaves.¹⁷

Nota-se, portanto que a Lei de Arbitragem, foi elaborada sob uma ótica essencialmente empresarial, e se adequou aos princípios globalizantes da nova ordem econômica mundial, sendo plenamente efetiva ao que se propõe.

Em face das breves considerações pertinentes ao instituto da arbitragem e sua relação com a globalização, podemos concluir que o Estado, após o processo de globalização perdeu sua força, sobretudo no que se refere à legislação comercial, e, mais ainda no que tange ao comércio internacional. A afirmação de que o estado perdeu sua força encontra guarida, naquilo que o comercialista FÁBIO ULHOA COELHO, chama de direito custo:

Há normas jurídicas que importam aumento do custo da atividade produtiva. Quando a lei cria uma novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários alcançados refazem seus cálculos para redefinir o aumento dos custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços ou serviços que o empresário oferece ao mercado consumidor.

Conceitua-se “direito custo” como as normas dessa categoria.¹⁸

Como exemplo, neste contexto globalizado, uma empresa multinacional que encontra em determinado país um direito-custo elevado, seja em

¹⁶ CRETTELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**, Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 13.

¹⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 16.

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, Volume 1 -9 ed. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 38.

razão de leis trabalhistas, consumeristas, ambientais, tributárias etc. pode mudar-se para uma outra localidade, ou, país, em que seu custo seja menor.

Como forma dos países, se adaptarem a esta realidade no sentido de se tornarem competitivos globalmente, não raramente os mesmos se submetem às exigências das empresas, realizando alterações em seus ordenamentos jurídicos. Afinal uma nação afinada com o jogo da economia globalizada pode oferecer mais empregos, exportar mais, ter um crescimento de seu PIB etc.

A lei arbitral anterior não possuía quase nenhuma efetividade, pois era obrigatório o reconhecimento da decisão arbitral pelo judiciário, dificultando os negócios em âmbito internacional. Lógico, portanto, imaginar que a Lei de Arbitragem foi criada para atender a necessidade do Brasil se tornar competitivo no mercado mundial negociando com maior rapidez e agilidade.

Necessário se faz lembrar que no período histórico da entrada em vigência do referido texto legal, o Brasil vivia o auge do movimento econômico denominado “neo-liberalismo” no qual a grande preocupação era adequar a legislação pátria para alcançar maior competitividade, aumentando a participação nacional no comércio internacional e diminuindo a participação do Estado em áreas na qual sua participação era dispensável.

1.1.2 Panorama histórico mundial

A noção de civilização não se origina apenas com a criação da escrita, ainda que rudimentar. Como marco jurídico, a passagem da busca por

vingança para a noção de retributividade como busca da Justiça é um ponto fulcral do desenvolvimento humano.

Não é possível saber ao certo quando pela primeira vez, duas pessoas diante de um conflito entenderam por bem escolherem um terceiro, que poderia ser um líder local, ou um ancião de confiança de ambas as partes, para que o mesmo decidisse a questão. Foi com este ato simples e lógico que surgiu o instituto da arbitragem. E evidentemente, na antiguidade, sem os meandros e o tecnicismo atuais, ma trazia em seu cerne, o princípio da busca da pacificação social.

A arbitragem encontra-se presente até mesmo no Antigo Testamento quando Moisés em Êxodo 18 se reunia com seu povo, que o consultava: “Quando eles têm alguma questão, vêm a mim; e eu julgo entre um e outro e lhes declaro os estatutos de Deus e suas leis ¹⁹”. Existem registros históricos da utilização da arbitragem desde o ano 300 a.c na Babilônia e sucessivamente na Antiga Grécia e em Roma.²⁰

Na Grécia antiga, a superioridade desta civilização foi fator preponderante para que o Direito Arbitral se desenvolvesse com o intuito de resolver litígios advindos da diferença religiosa e racial. Os bárbaros e estrangeiros eram isentos de quaisquer direitos, considerados subalternos e inimigos. Pode-se citar como exemplo de arbitragem nessa época, o Tratado de Paz entre Esparta e Atenas, datado de 445 A.c.²¹

¹⁹ FERNANDES, Carlos Eduardo. **Revista Brasileira de Administração**. Ano XVII, Nº 55, Dezembro de 2006. p. 30.

²⁰ COULANGES, Foustel de. **Acidade antiga**, cap. X, p. 144/149 *apud* FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1997.

²¹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 176.

Importa salientar que a tutela de direitos pleiteada pelos homens pela via arbitral, precedeu a elaboração de um sistema judiciário devidamente estruturado, tal como o conhecemos agora. A organização da sociedade, que se tem atualmente definida com normas e sanções estabelecidas e a determinação de leis provindo de um ordenamento jurídico, é recente quando comparada aos sistemas de solução de litígios utilizados pelos povos primitivos.²²

No decorrer da História constata-se a utilização de diferentes usos e costumes nas mais variadas civilizações decorrentes da peculiaridade sociológica com qual cada grupo etno-geográfico encara as situações cotidianas. E, ainda, a existência de leis com variações de rigidez e aplicabilidade bem discrepantes, pois o homem, muito embora, por vezes não se dê conta, possui um instinto de preservação e um senso de justiça bastante apurados, inerentes à sua condição intelectual, além de características singulares que o diferenciam de todos os outros seres vivos.

O Direito Comercial se destaca, igualmente por sua antiguidade. Existem registros do mesmo no Código de *Hammurabi*, na Grécia Antiga e também na *Lex Rhodia de lacto*, dos Romanos, que surgiu com o intuito de solucionar conflitos existentes na mercancia.²³

Nos povos primitivos as leis eram transmitidas, entre as gerações, somente através da língua falada e de forma totalmente manipulada pelos detentores do poder temporal. Somente a partir do século V a.C, passaram a ser escritas e públicas a partir do século V a.C, sendo a Lei das Doze Tábuas (451 - 449 a.C.) um marco de suma importância nesta evolução histórica do Direito. Entretanto,

²² MUNIZ, Tânia Lobo. 1999, *op cit.* p. 33.

²³ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. V1, p. 8.

sua interpretação permanecera secreta e restrita por séculos, sendo confiada apenas aos pontífices e alto clero.

Desta forma, a humanidade evoluiu continuamente no âmbito comercial especificamente desde as pacíficas transações e acordos comerciais até as soluções mais adequadas aos graves conflitos foram baseadas em métodos pacíficos, menos onerosos e que implicassem em minimização de dores e perdas humanas e financeiras significativas.

As pessoas encarregadas de manter a ordem eram cidadãos comuns, que detinham algum conhecimento o qual estabelecia um diferencial e angariava respeito da comunidade, só num momento posterior, tal função passou a ser atribuída a governo estabelecido, pois o Estado como hoje é conhecido só toma forma no declínio da baixa Idade Média, por volta do século XVI.

Quanto às formas de solução de conflito, a primeira a ser utilizada, foi a auto-tutela, ou seja, busca de reparação executada pelo próprio ofendido. Modalidade esta fadada ao fracasso, por envolver em sua forma de justiça os sentimentos e interesses das partes na contenda, porquanto não há imparcialidade, nem o prosseguimento de ritos e padrões ao bom andamento da justiça. Além disso, a auto-tutela é desproporcional, por não estabelecer um equilíbrio entre as partes, fazendo prevalecer a vontade do mais forte, portanto, assim, na maioria das vezes não ocorria uma justiça verdadeira, mas uma injustiça formalizada.

ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA apresenta a seguinte explanação:

Além da auto-tutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a auto-composição (a qual de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes no conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de auto-composição: a) desistência (renuncia à pretensão); b)

submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas).²⁴

Assim *a posteriori* surgiu como forma de solução de litígios, a auto-composição, que deu origem aos chamados métodos pacíficos de composição. Desta forma, a justiça prevalecia sem a utilização de meios agressivos e sem a aplicação de uma pena desproporcional ao agravo cometido.

A Idade Média foi um período áureo da utilização da arbitragem, não por coincidência com o surgimento dos burgos e das corporações de ofício e o renascimento do comércio ultra marítimo, que renovou a circulação de bens e produtos.

Portanto, na era medieval que os mercadores sem qualquer proteção ou segurança acabaram por auto-organizarem em torno de si, formando os grêmios, no decorrer dessa evolução, foram tornando-se também instituições nas quais eram resolvidas disputas jurídicas em torno de desacordos ou inadimplementos comerciais, enquanto a jurisdição feudal pouco ou nenhuma importância tinha em relação as questões inerentes aos comerciantes²⁵. Daí o surgimento da chamada *lex mercatoria*, que pode ser entendida como o conjunto de princípios e regras costumeiras, presentes no comércio internacional, sem referência a um sistema particular ou lei nacional.

Ademais foi justamente na Idade Média, que surgiram as sociedades comerciais dentre elas a sociedade anônima, por volta dos anos 1.500.²⁶

²⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, São Paulo: Malheiros editores, 2003, p. 23.

²⁵ DA LUZ, Cícero Krupp. A globalização e o resurgimento da *Lex Mercatoria*. **Scientia Iuris, Revista do Curso de mestrado em direito negocial da UEL**. Volume 11 – 2007.p 235.

²⁶ REQUIÃO, Rubens. 2003. V1. *op cit.* p. 10.

TÂNIA LOBO MUNIZ, assim discorre sobre o tema:

A Idade Média foi um período de grande sucesso da arbitragem. Ela já vinha difundindo-se entre os cristãos com a participação, de forma acentuada, da Igreja Católica. A influência devia-se tanto à sua ingerência nas questões dos Estados e soberanos, quanto aos tratados que lhe davam tal poder ou, até mesmo, aos decretos dos suseranos que reconheciam aos enviados, ou representantes do Papa, o direito de atuarem como árbitros para resolverem litígios públicos ou particulares nas mais variadas formas de solução de controvérsias (entre soberanos, sobre questões de território, ou sobre partilha, parentesco, tutela etc.)²⁷

Como se vê, com a ampliação do comércio e fim do sistema feudal, o instituto da arbitragem também volta a florescer, sendo observado uma verdadeira vocação da arbitragem à seara comercial com as primeiras câmaras arbitrais derivadas das associações comerciais; câmaras estas que continham tribunais de arbitragem, onde atuavam os árbitros, escolhidos entre os próprios comerciantes.²⁸

Com a criação do Estado moderno, passa-se a utilizar o chamado arbitramento obrigatório, representado pelo Poder Judiciário, no qual o juiz atuava representando o Estado. Por este sistema as partes litigantes encontram-se impedidas de escolher árbitros para o julgamento da contenda. O Estado ainda se encarrega de garantir a execução da sentença, nos casos em que a parte sucumbente se recusa em cumprir com o estabelecido pelo julgador indicado pelo Estado.

O Direito Comercial expandiu-se de forma considerável a partir do Século XX, pois o Direito do Consumidor e o Direito Econômico e Bancário, foram incluídos no seu contexto, passando o Direito Comercial a ser denominado Direito Empresarial, por não ser restritivamente voltado para o comércio, mas a todas

²⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 23.

²⁸ CRETELLA NETO, José. 2004. *op cit.* p. 10.

relações que envolvam às empresas em geral, incluindo aí a prestação e circulação de bens e serviços, conforme determina o art. 966 do Código Civil.

O Direito passa a contemplar então, não só a pessoa do antigo comerciante, mas também a atividade empresária, o cliente consumidor, o Estado e toda matéria que está diretamente ou indiretamente ligada ao comércio, à indústria e à empresa.²⁹

Nos dizeres de JOSÉ CRETELLA NETO:

O processo judicial é o mecanismo estatal clássico para a solução de litígios na sociedade contemporânea 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 obrigada a cumprir a a decisão judicial depois do trânsito em julgado.³⁰

Com a obrigatoriedade da adoção do sistema jurisdicional estatal a Justiça passou a ser atribuída ao Estado, ou seja, passou a ser estatal o encargo de administrar a solução dos conflitos, como forma de se estabelecer a pacificação da sociedade, ficando durante muitos anos em segundo plano a opção pela utilização do instituto da arbitragem.

Este quadro alterou-se com advento da globalização, com um novo contexto mundial.

A arbitragem atualmente é particularmente importante em matéria comercial. É este o entendimento de DANIEL FASQUELLE, que ao discorrer acerca da arbitragem, faz o seguinte comentário:

²⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, Vol. 1 – 9ª ed. Verificada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

³⁰ FASQUELLE, Daniel, *apud*. CRETELLA NETO. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 36.

Presta-se, por suas qualidades, a atrair os comerciantes, especialmente porque é mais rápida (os procedimentos são simplificados) e discreta (as sentenças não são publicadas) do que os da jurisdição estatal. Além disso, os empresários apreciam ver seus litígios resolvidos por árbitros escolhidos em função de suas competências técnicas e conhecimento do ambiente profissional em que atuam.³¹

Deste modo, a arbitragem, muito embora no decorrer da história humana tenha surgido com a finalidade de dirimir litígios entre os indivíduos, e evidentemente ainda hoje possa ser assim utilizada, foi com o passar do tempo se adaptando e sendo empregada em larga escala pelo setor empresarial, pois em razão de suas próprias características encontra-se mais adequada às causas vinculadas ao comércio, sobretudo ao comércio internacional.

1.1.3 Evolução histórica no Brasil

A legislação portuguesa traz, desde o período medieval, o conceito de arbitragem para a solução de conflitos. Posteriormente, após considerável evolução do instituto este também, foi regulado nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. No Brasil, mesmo após sua independência política de Portugal, a influência desta última ordenação prevaleceu por longa data. Assim sendo, o Brasil desde o Período Colonial, convive com o sistema arbitral como solução de conflitos.

³¹ FASQUELLE, Daniel, *apud*. CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. P. 38.

A arbitragem passou a ser obrigatória para casos em que envolvessem seguro e contratos de locação, a partir das leis aprovadas nos anos de 1831 e 1837. Com o advento do Código Comercial em 1850, passou a abranger todas as contendas que envolvessem natureza mercantil, existindo no artigo 294 a determinação de que nos litígios que envolvessem integrantes de uma sociedade comercial, estes deveriam ser resolvidos através de arbitragem e determinava que, conforme o art. 294, todas as questões sociais que suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

O Regulamento nº. 737 de 1850, o qual foi revogado em 1866, previa em seu artigo 411, a obrigatoriedade da aplicação da arbitragem em todos os casos de litígios no âmbito comercial. Pode-se notar que também no Brasil, a arbitragem nasceu principalmente para dirimir questões empresariais.

O Código Civil de 1916, mais especificamente em seus arts. 1037 a 1048 fazia menção à arbitragem, prevendo que as pessoas capazes de contratar poderiam firmar compromisso para resolver seus litígios referentes a direitos patrimoniais disponíveis, devendo ser contratado por escrito e podendo ser firmado judicial ou extrajudicialmente, por instrumento público ou particular, todavia, a cláusula compromissória não tinha o condão de obrigar a instituição do procedimento arbitral, valendo simplesmente como promessa, obrigação de fazer.

Código de Processo Civil de 1939, também previa o instituto da arbitragem. No entanto, determinava a obrigatoriedade da sujeição da decisão do árbitro à homologação pelo Poder Judiciário, em seus artigos 1031 a 1046.

Com o surgimento do Código de processo Civil de 1973, em seus artigos 1072 a 1096, o esmo dispunha sobre arbitragem desde o contrato, regulando o laudo arbitral, porém exigindo sua homologação para que pudesse ser executado

forçosamente, assim com a possibilidade de recurso ao judiciário. O fato da obrigatoriedade da homologação pelo judiciário fazia com que a arbitragem fugisse de suas principais características, a saber:

- a) de ser um instituto *sui generes* (diferenciado da justiça estatal);
- b) possuir natureza contratual e jurisdicional;
- c) solucionar a existência de um conflito atual ou potencial de interesses;
- d) ser um sistema de julgamento especial;
- e) a indicação do árbitro pelas partes;
- f) a decisão é obrigatória; g) a sentença tem força executória; e
- h) a solução do conflito é vinculante.³²

Após décadas de rejeição pela sociedade e pouquíssima utilização em 1991, por iniciativa promovida pelo Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação de Petrônio R.G. Muniz, surgiu a operação *Arbiter*, com a finalidade de formalizar-se um anteprojeto que pudesse preencher os anseios da sociedade civil para revitalização da arbitragem, sendo o referido anteprojeto aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em 1992. Por fim, o Projeto de Lei foi apresentado ao Senado pelo Senador Marco Maciel sendo sancionada em 23 de setembro de 1996, sob nº. 9.307.

Finalmente, a Lei n. 9.307 passou a regulamentar a arbitragem. Sua filosofia foi equiparar o procedimento arbitral ao judicial para, através da democratização do processo, proporcionar agilidade, efetividade, segurança, economia e técnica para as partes alcançarem a certeza jurídica necessária. O

³² VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **A arbitragem no direito brasileiro: Lei nº 9307/96** – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 26.

surgimento da Lei de Arbitragem Brasileira possibilitou uma utilização mais efetiva do instituto por parte das empresas nacionais e estrangeiras.

Quanto ao surgimento da Lei Arbitral, BELISÁRIO LACERDA, comenta:

A cada dia que passa, mais vozes se levantam aplaudindo e rendendo *loas* à Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996. A arbitragem nessa novel lei eliminou todos os vícios que continham as leis que contemplavam esse juízo especial, *v.g.*, tornando obrigatório o cumprimento da cláusula arbitral contida no contrato. [...] Tais práticas, abrigadas pelas antigas leis de arbitragem, tornaram mais ágil e informal o processo arbitral, encorajando aqueles que a esse pretendessem recorrer.³³

Vale frisar, que Lei de Arbitragem, foi elaborada sob forte influência da lei Modelo sobre Arbitragem, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – Uncitral.

A Lei, objeto de nosso estudo, é composta de 44 artigos, distribuídos em sete capítulos: “Disposições Gerais” (arts. 1º e 2º), “Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos” (arts. 3º a 12), “Dos Árbitros” (arts. 13 a 18), “Do Procedimento Arbitral” (arts. 19 a 22), “Da Sentença Arbitral” (arts. 23 a 33), “Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” (arts. 34 a 40) e “Disposições Finais” (arts. 41 a 44).

Conforme dispõe CLÁUDIO VIANNA DE LIMA, *in verbis*:

O projeto [...] é fruto do estudo e empenho dos setores mais interessados da própria sociedade em levar adiante as novas idéias para a implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal. Para a elaboração do projeto, consultaram-se as mais modernas legislações sobre arbitragem e levaram-se em conta as diretrizes de organismos internacionais, dentre elas as fixadas pela ONU (Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – Uncitral) além das convenções de

³³ LACERDA, Belisário Antonio de. **Comentário à lei de arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 117.

Nova Iorque (1958, não firmada pelo Brasil), e do Panamá (1975, firmada, mas, ainda não ratificada pelo Brasil).³⁴

Várias foram as inovações trazidas pela Lei 9307/96, segundo CARLOS ALBERTO CARMONA sendo que três inovações se destacam:

a) determinou que arbitragem pode ser instituída através da convenção de arbitragem, que engloba tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória (art. 3º da Lei) baseando-se o legislador brasileiro, portanto no atual modelo francês; b) estipulou que a sentença arbitral passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal (art. 18 da Lei), de tal sorte que, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial (art. 584, II, do Cód. Processo Civil Brasileiro) o que significa dizer que o laudo arbitral condenatório fica equiparado, para todos os efeitos - inclusive para fins de eventuais embargos do devedor - à sentença estatal da mesma natureza; e c) deixou claro que cabe ao Supremo Tribunal Federal homologar sentenças arbitrais estrangeiras, de tal sorte que o art. 3º da Lei de Arbitragem interpreta de modo conveniente o art. 102, I, "h" da Constituição Federal que outorga à Suprema Corte a competência para "homologação das sentenças estrangeiras" (sejam elas estatais ou arbitrais).³⁵

Atento para a natural aptidão comercial da Lei de Arbitragem observa, ainda, ARNALDO WALD:

a) [...] Após a promulgação da Lei de arbitragem, verificou-se um incremento do número de convenções de arbitragem inseridas nos negócios jurídicos celebrados entre os operadores do comércio. Isto se deve à maior eficácia conferida ao instituto arbitral, mediante realização de duas inovações da maior importância: a) em relação à eficácia das sentenças, foi extinta a antiga exigência de homologação judicial, em relação à sentença arbitral proferida no Brasil; b) e de dupla homologação, em relação sentença proferida no exterior, que deveria ser previamente homologada pelo judiciário do país de origem, antes de ser submetida ao juízo de deliberação do supremo Tribunal Federal. Em relação à cláusula compromissória,

³⁴ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 105-106.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Brasil no terceiro ano da vigência da Lei n. 9307/96**, p. 45-46.

foram reconhecidos os seus plenos efeitos e a possibilidade de sua execução específica.³⁶

Fica, portanto constatado que a Lei de Arbitragem trouxe grandes inovações e vantagens ao ordenamento jurídico pátrio, em detrimento à legislação anterior, sobretudo ao que tange o comércio e às empresas nacionais e estrangeiras, adequando o Brasil à nova ordem mundial, sendo hoje considerado instituto evoluído em termos globais.

1.1.4 Das modalidades de arbitragem

A arbitragem pode ser classificada quanto ao seu procedimento, podendo se dar de forma *ad hoc* ou institucionalizada.

A arbitragem *ad hoc* se dá quando as partes estabelecem, na convenção arbitral, as normas que devem ser seguidas durante o procedimento arbitral, descrevendo de modo detalhado como será realizado, e elaborando um regulamento próprio, vinculando às partes ao mesmo³⁷.

Portanto os litigantes nessa espécie de arbitragem estão desvinculados de qualquer espécie de tribunal arbitral institucionalizado, valendo entre as partes litigantes o acordo firmado.

Os litigantes podem ainda optar por aderirem aos preceitos e normas pré-estabelecidas por um órgão ou entidade arbitral (Tribunal Arbitral),

³⁶ WALD, Arnoldo. “O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente”. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.) **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 21.

obedecendo o regimento interno da instituição escolhida, no que concerne ao procedimento, conforme dispõe o art. 21 da Lei 9307/96, escolhendo árbitros inseridos no rol da própria instituição. Tal espécie de arbitragem é chamada de institucionalizada, muito utilizada no âmbito comercial internacional.

A arbitragem pode ser ainda classificada pela categoria de pessoas envolvidas, podendo se dar da forma pública, ou privada. A arbitragem pública é a que se destina a dirimir conflitos entre entes públicos ou entre esses e particulares, relativos a atos de império do Estado, com grande destaque no cenário internacional, no que se refere à composição de litígios entre os Estados.³⁸

No âmbito territorial das relações jurídicas desenvolvidas, a arbitragem pode ser classificada como interna ou internacional. Essa classificação vai determinar a maneira de sua execução no território nacional assim como o Juízo adequado para sua apreciação e o procedimento apropriado.

A arbitragem interna é tida como que se dá em virtude das relações havidas dentro do território do Estado, ou seja, sem conexão com elementos externos, é a arbitragem relacionada a contratos internos, em que a realização do procedimento arbitral e a execução de sua decisão ocorrerão dentro do mesmo Estado.

Já a arbitragem internacional é a que nasce das relações jurídicas internacionais que, por suas próprias características a mesma entra em contato com sistemas jurídicos diferentes. Considera-se internacional a arbitragem decorrente de um negócio internacional (art. 34, parágrafo único).

³⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 26.

³⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 28.

A legislação pátria optou por não distinguir as arbitragens realizadas no território brasileiro, independentemente da Lei aplicada, do procedimento adotado, ou da sede do tribunal ou instituição que a proferiu, adotando como critério qualificador da nacionalidade da arbitragem, a sede ou órgão arbitral, mais especificamente, o local da prolação da sentença (art. 34). Em outras palavras, considera-se arbitragem nacional perante a lei brasileira, aquela cuja sentença tenha sido proferida em solo brasileiro e é internacional a decisão prolatada em território estrangeiro.

Vale lembrar que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, ainda, à homologação junto ao Superior Tribunal de Justiça, em virtude da Emenda Constitucional nº 45.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

Três são as correntes doutrinárias básicas, que tentam explicar o instituto quanto a sua natureza jurídica. Existem a corrente publicista, que entende a arbitragem como jurisdição, haja vista os poderes concedidos aos árbitros; há a corrente privatista que considera a arbitragem como um contrato; e, ainda a corrente doutrinária, hoje, dominante que considera a arbitragem como sendo de natureza jurídica híbrida, com dois momentos distintos; um contratual a partir da convenção arbitral e outro jurisdicional a partir de realizada a escolha do árbitro.

1.2.1 Teoria jurisdicional

Para os doutrinadores que adotam a teoria publicista ou jurisdicional, a arbitragem atua como verdadeiro substituto da jurisdição estatal, sendo que como a jurisdição estatal, também a arbitragem encontra limites e parâmetros fundamentados em lei.

A teoria jurisdicional entende que a função dos árbitros é a mesma que a dos Juízes togados, qual seja, a de decidir litígios e proferir sentenças. A arbitragem é uma forma de administração da Justiça muito semelhante ao processo estatal, sujeito à normas e princípios que também norteiam o processo estatal, e a força coercitiva das decisões se funda numa delegação de poderes soberanos.

Sob a ótica dos publicistas, o instituto arbitral foi introduzido mediante uma legislação própria, com caráter formal, resultando, assim, da permissão do Estado para as partes resolverem seus litígios mediante o laudo proferido por terceiros, ou sejam, os árbitros. O Estado confere ao árbitro a função jurisdicional.³⁹

Podemos citar como defensor desta teoria, entre outros, J.E.CARREIRA ALVIM, que faz o seguinte comentário:

Sem dúvida, a arbitragem brasileira, por natureza e por definição, tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei nº 9.307/96, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes.⁴⁰

Todavia, como será analisado no próximo tópico, como principal argumento e crítica feita a este entendimento, os contratualistas indicam a ausência de força coercitiva do procedimento arbitral de exercer a coação, ou seja, a

³⁹ VILELA, 2004, *op cit.* p.17.

⁴⁰ ALVIM, J.E. Carreira. **Direito arbitral** – Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 46.

execução da sentença arbitral, assim como a utilização da força coercitiva, fica a cargo da jurisdição estatal.

Este fato, assim como a necessidade da interferência do judiciário nos casos de imposição de medidas cautelares e condução de testemunhas, descaracterizaria a arbitragem como jurisdição, devendo ser entendida como um contrato.⁴¹

1.2.2 Teoria Contratual

Dentro da teoria privatista, a arbitragem é classificada como uma obrigação contratual e, como tal, obrigatoriamente deveria ser cumprida, sendo esta denominada de teoria contratualista pura. Para o doutrinador, o judiciário seria um mero instrumento de transitoriedade do título executivo extrajudicial para o judicial, determinando, com isso, sua qualidade executiva.⁴²

Pelo entendimento dos privatistas, a arbitragem tem natureza puramente contratual, fundamentada na figura da convenção arbitral, na qual as partes estipulam a arbitragem como solução do conflito, ou potencial conflito, entregando a decisão á um terceiro de confiança mútua da partes litigantes.

O árbitro na concepção contratualista atua como mandatário das partes e sua decisão deriva diretamente da vontade das partes. Para os defensores desta corrente a sentença arbitral assemelha-se a um contrato que põe fim ao litígio.

A teoria contratualista da arbitragem encontra guarida principalmente nos processualistas clássicos em que a arbitragem não passa de um contrato

⁴¹ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 33.

estipulado entre as partes, não podendo ser entendida como jurisdição, entre eles podemos citar GIUSEPPE CHIOVENDA, que afirma:

Jurisdição é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos.⁴³

Para o autor supracitado, a arbitragem não pode ser entendida como jurisdição pois não é exercida por um órgão público, sendo limitada sua atuação, na impossibilidade do árbitro em promover a execução forçada da sentença condenatória, ou ainda, de forçar as partes com medidas cautelares por lhe faltar o poder coercitivo estatal.

Portanto, a tese contratualista se opõe a jurisdicional, fundamentando que decisão proferida pelos árbitros não passa de mero parecer, o qual, sem a chancela do Poder Judiciário, não tem o poder de obrigar as partes⁴⁴. Posição sustentada na ausência de coercitividade da sentença arbitral, que necessita da jurisdição estatal no sentido de executar a decisão.

1.2.3 Teoria Mista

⁴² FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. **Lei de arbitragem comentada: breves comentários a lei n. 9307, de 23.09.1996**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 14.

⁴³ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil** P. 196-197.

⁴⁴ MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 1990, p. 16.

Hoje a teoria mais aceita entre os doutrinadores acerca da natureza jurídica da arbitragem é a teoria híbrida, que concilia as duas tendências: jurisdicional (publicista) e contratualista (privatista).

Conforme entende ROZANE DA ROSA CACHAPUZ:

A doutrina mais moderna já procura conciliar as duas tendências (publicista e privatista), e de, forma eclética, considerar o instituto da arbitragem como portador de uma natureza *sui generes*, porquanto nasce da vontade das partes (caráter obrigacional = privado) e concomitantemente regula determinada relação de direito processual (caráter público).⁴⁵

Ao considerarmos às características do instituto da arbitragem, não se pode considerar apenas o aspecto contratual, derivado da convenção arbitral e exteriorizado pela cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Nem mesmo podemos considerar a arbitragem como sendo puramente jurisdicional, mas a reunião de ambos os aspectos.

Fica evidente que a arbitragem se divide em duas fases. Distintas, porém, complementares. Em um primeiro momento apresenta um aspecto claramente contratual em sua gênese, em razão da convenção arbitral, e, numa segunda fase, apresenta seu aspecto jurisdicional, após a escolha e aceitação do procedimento arbitral.

Este, também é o entendimento de EDUARDO SILVA DA SILVA, que dispõe:

Entendo que a natureza jurídica da arbitragem seja mista ou híbrida, abrangendo simultaneamente o seu fundamento que se dá em uma convenção privada (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) e seus efeitos, que são jurisdicionais (diluição de

⁴⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento da Lei nº 9.307/96**. Ed. LED – Editora de Direito Ltda. 1998. p. 56.

controvérsias e pacificação social). É instituto limítrofe entre as atividades normalmente enquadradas como atividade pública e atividade privada, consistindo em um fenômeno complexo que sofre os influxos dessas duas polaridades.⁴⁶

É importante frisar, que, seja enquanto convenção, ou enquanto processo, a arbitragem, nos limites impostos pela lei baseia-se fundamentalmente na participação ativa das partes, ou como afirma categoricamente IRINEU STRENGER: “O primeiro e mais importante princípio de direito na arbitragem comercial está assentado na autonomia da vontade das partes.”⁴⁷

Sem dúvida, a arbitragem é fruto da autonomia negocial, principalmente pela cláusula compromissória. As partes litigantes exercem a faculdade de se submeterem ao processo arbitral, fixando os parâmetros do procedimento, ou seja, fixando prazos, estabelecendo formas, nomeando árbitros ou tribunais e determinando critérios de julgamento (seja por regras de direito, ou por equidade – art. 2º da Lei 9.307/96).⁴⁸

A preferência notória da utilização do instituto pelo setor empresarial, se explica, em parte, pela sua origem negocial derivada da convenção arbitral, ou como leciona EDUARDO SILVA DA SILVA:

O microsistema de diluição de controvérsias entre particulares, prefigurado pela arbitragem, circunscreve-se entre os limites estabelecidos pela autonomia negocial e pela boa-fé objetiva, pretendendo servir como instrumento ao direito empresarial em perspectiva da ampla circulação de bens, mercadorias, serviços e pessoas catalisados pelo comércio internacional.⁴⁹

⁴⁶ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 33.

⁴⁷ STRENGER, Irineu. 1996. *op cit.* p.25.

⁴⁸ SILVA, Eduardo Silva da, 2003. *op cit.* p. 35.

⁴⁹ SILVA, Eduardo Silva da, 2003. *op cit.* p. 54.

Conforme já dito, a arbitragem surge da autonomia da vontade das partes litigantes, antes da ocorrência do litígio, e de forma expressa prevista em contrato através da instituição da (cláusula compromissória) ou, após o litígio, de livre vontade das partes pela formalização do (compromisso arbitral). Todavia, essa vontade não é soberana e ilimitada, submetendo-se aos princípios e normas de ordem pública, tanto em relação ao contrato, quanto aos seus efeitos.

As normas do Juízo arbitral, em regra, devem reger-se de acordo com os princípios que fundamentam a atividade processual (contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador, etc).⁵⁰

Importante salientar que, iniciado o procedimento arbitral, ou seja, no momento em que as partes manifestam sua vontade de adotá-lo, não há como unilateralmente reverter o processo, devendo para isso haver concordância mútua das partes em litígio. A decisão unilateral não põe fim ao procedimento, mas antes, configura a revelia da parte que acompanha a arbitragem.

Pode sim, as partes litigantes, após o comprometimento arbitral, cancelar o prosseguimento da solução privada, ou buscar a solução judiciária, todavia, tal atitude necessita ser realizado com acordo de vontades e documentado, para que possua validade jurídica, carece, portanto, de anuência mútua.

A arbitragem se reveste teleologicamente de jurisdicionalidade, pois tem por finalidade de decidir divergências, por meio de atos processuais, elidindo litígios, e pondo fim aos conflitos; atuação tipicamente estabelecida pelo Poder Estatal.

Nesse diapasão, podemos citar TÂNIA LOBO MUNIZ, que leciona:

⁵⁰ MUNIZ, Tânia lobo. 2002. *op cit.* p. 36.

O caráter de jurisdicionalidade respalda-se nas normas de ordem pública contidas na Lei de Arbitragem. Através destas, o Estado reconhece a liberdade das partes de optar pela justiça privada; cria o órgão arbitral, assim como assegura o respeito às garantias processuais no seu procedimento; confere investidura e poderes aos árbitros e determina os limites de sua competência; equipara a sentença arbitral à judicial, outorgando-lhe o poder de dizer, definitivamente, o direito aplicável ao caso concreto e conferindo-lhe força coativa, independentemente de homologação pelo Judiciário, ou do assentimento dos contendores ao seu conteúdo.⁵¹

A natureza jurídica híbrida da arbitragem pode ser verificada, ainda, na análise da atuação dos árbitros. As partes optam pelo árbitro, que, a rigor, deve ser da confiança e escolha de ambas as partes litigantes.

O árbitro, ao ser escolhido, deve seguir as normas pré-estabelecidas pelos contendores, e, dentro das restrições legais, e dos princípios processuais, deverá proferir uma sentença, com a mesma força da sentença jurisdicional. Ressaltando que a execução da sentença condenatória, quando necessária, se dará por meio do poder coercitivo, a cargo do poder judiciário.

O árbitro, escolhido pelas partes, encontra sua autoridade na Lei, que lhe confere a competência, as limitações, a função, os direitos, os deveres e poderes, que evidenciam o caráter jurisdicional de sua atividade.⁵²

O entendimento híbrido da natureza jurídica da arbitragem, fica evidente posto que o instituto da arbitragem possui duas fases distintas e complementares, a saber:

- a) fase pré-arbitral, onde há a convenção arbitral, de natureza negocial (privada) e fundada na autonomia da vontade dos contendores; e,
- b) fase arbitral propriamente dita, que se inicia com a instituição do Juízo arbitral e se encerra com a sentença arbitral, de natureza jurisdicional.

⁵¹ MUNIZ, Tânia lobo. 2002. *op cit.*. p. 37.

⁵² MUNIZ, Tânia lobo. 2002. *op cit.* p. 36.

1.3 DAS CARACTERÍSTICAS DA ARBITRAGEM E A EMPRESA

1.3.1 Características gerais

As razões da preferência das empresas, em especial dos grandes grupos, pelo procedimento arbitral podem ser explicadas por vários fatores, entre os quais as próprias características do procedimento arbitral.

O fato das empresas terem preferência na utilização do procedimento arbitral na solução de seus conflitos, sobretudo nos conflitos derivados de contratos internacionais, é decorrente das características inerentes ao próprio instituto.⁵³

Importa salientar que, há distinção entre características e vantagens, sendo as características fatores inerentes ao instituto da arbitragem, já as vantagens referem-se aos seus efeitos junto às partes. Lembrando que nem todas as características podem ser vantajosas, todavia, não é o que ocorre com a arbitragem, pois cada uma das características se reporta em sua grande maioria a uma vantagem oferecida aos litigantes que optaram pela arbitragem.

Embora já citado *an passant* no texto, importa ressaltar que as características da arbitragem são designadas expressamente no texto legal, portanto

⁵³ SILVA, Adriana dos Santos e, 2005. *op cit.* p. 141.

características objetivas do instituto, dentre as quais destacam-se com maior expressividade:

- a) A ampla liberdade de contratação deriva diretamente do princípio da autonomia da vontade, ou seja, as partes podem contratar e estipular qualquer cláusula desde que não fira o ordenamento jurídico quer das partes contratantes, quer do local onde se dará a arbitragem, respeitando a ordem pública e os bons costumes, como determina o artigo 2º, § 1º, da Lei de Arbitragem. Ou seja, as partes podem definir o objeto do litígio, escolher as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele, havendo inclusive a possibilidade de se eleger a lei (nacional ou estrangeira) que ditará as regras a serem utilizadas no procedimento arbitral.⁵⁴

Conforme dispõe EDUARDO SILVA DA SILVA, acerca da cláusula compromissória, normalmente presente em contratos empresariais, em especial aqueles referentes ao comércio internacional:

A cláusula compromissória detém a natureza de negócio jurídico em que se destacam os deveres provenientes da confiança recíproca entre as partes. Seus efeitos são de caráter dispositivo e constitutivo de esferas de regulação de interesses controvertidos.⁵⁵

- b) Permissão ao árbitro de disciplinar o procedimento arbitral, salientando que essa permissão lhe será concedida quando as partes tenham se omitido sobre as regras do procedimento arbitral. Evidentemente, essa característica da mais praticidade ao instituto, evitando assim, atrasos e protelações indesejáveis.

⁵⁴ SILVA, Adriana dos Santos. 2005. *Op cit.* p. 142.

- c) Uma maior celeridade na solução dos conflitos, característica essa, que se confunde à vantagem oferecida às partes, haja vista que o procedimento arbitral é, em comparação ao processo jurisdicional estatal, muito mais célere. Talvez essa, seja a característica mais desejável, e esperada no âmbito comercial interno e internacional.
- d) A característica da economia processual, a arbitragem prima pela celeridade e simplificação dos procedimentos, não se valendo, em regra, da burocracia e engrenagem de processos característicos da jurisdição estatal.
- e) Sigilo do procedimento arbitral, que é a regra no procedimento em tela, e a exceção nos processos de jurisdição estatal. O sigilo processual atrai as empresas, que preferem que seus segredos profissionais permaneçam desconhecidos do público em geral, pois em alguns casos são essenciais para a manutenção de sua atividade empresarial.
- f) Princípio da “competência – competência” – segundo este princípio, os árbitros seriam competentes para julgar e decidir sobre a sua própria competência, ficando a cargo destes decidirem acerca de qualquer situação incidental gerada no próprio processo, exceto no que diz respeito à nulidade da sentença. Isto faz com que o procedimento arbitral seja mais célere e menos truncado, assim a arbitragem não precisa socorrer-se ao Judiciário toda vez que surgir um incidente processual.⁵⁶

⁵⁵ SILVA. Eduardo Silva da. 2003. *op cit.* p. 215.

⁵⁶ SILVA. Adriana dos Santos. 2005. *op cit.* p. 145

1.3.2 Vantagens do procedimento arbitral

Conforme fora visto, no primeiro capítulo deste trabalho, a arbitragem principalmente na Idade Média, época marcada pelo surgimento e apogeu das corporações de ofício e associações comerciais, teve sua época áurea, pois já naquela época devido às suas características e vantagens oferecidas aos comerciantes mostrou-se meio eficaz para a solução de litígios pertinentes às questões comerciais. Com o surgimento dos Estados modernos e a obrigatoriedade da aplicação da Jurisdição estatal, a arbitragem foi de certa forma renegada ao ostracismo.

No entanto, com o incremento das relações comerciais internacionais, num contexto globalizado retoma sua força como meio extrajudicial de solução de conflitos.

Nesse sentido, TÂNIA LOBO MUNIZ comenta:

Contudo, com o incremento das relações internacionais, principalmente as de comércio, e das questões referentes a litígios delas decorrentes, devido às suas especificidades, a insatisfação quanto à ineficiência das soluções jurisdicionais estatais, levou as organizações e as “cabeças pensantes” a discutir a necessidade de adoção de meios apropriados às lides internacionais e a instituição de órgãos de planejamento, aperfeiçoamento, formação e estudos na busca de meios alternativos à resolução de conflitos, os quais permitam proporcionar estabilidade e justiça às relações sociais.⁵⁷

O pendor do comércio à arbitragem pode ser explicado por meio das vantagens oferecidas que, por sua vez são muito atraentes e plenamente adaptadas ao ramo empresarial, saliente-se:

a) - Celeridade e informalidade - O procedimento arbitral, em regra, deve ser substancialmente mais célere do que o processo jurisdicional estatal. Lembrando que a jurisdição estatal, em regra mostra-se morosa e ritualística, devido principalmente a uma grande quantidade de recursos que atravancam o processo. Afinal, a sentença deverá ser exarada, em regra, no máximo em 06 (seis) meses, em conformidade com o art. 23 da Lei de Arbitragem.

Ao discorrer acerca das vantagens presentes no instituto da arbitragem, o doutrinador J.E. CARREIRA ALVIM leciona:

Se, pudesse apontar como única vantagem da arbitragem a possibilidade de julgamento do litígio exatamente no prazo estabelecido pelas partes, essa instituição já estaria plenamente justificada, num país onde a Justiça estatal não tem respondido, com eficiência, às angústias dos jurisdicionados.⁵⁸

b) - Neutralidade – O árbitro é escolhido pelas partes, e tem como requisito possuir a confiança de ambos, o que dá a garantia necessária aos litigantes de um tratamento igualitário por parte do julgador, principalmente em relação a nacionalidade dos envolvidos no litígio, afastando possíveis favorecimentos por parte de tribunais locais.⁵⁹ Quanto a essa vantagem, podemos afirmar que se trata seguramente de uma das razões da utilização em larga escala no comércio internacional.

c) - Confidencialidade – O sigilo constitui outra importante vantagem, também apreciada pelos empresários, pois havendo necessidade dos litigantes manterem segredo acerca do objeto do litígio, ou ainda, do próprio litígio, isto

⁵⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 14.

⁵⁸ ALVIM, J.E Carreira. 2004. *op cit.* p. 54.

poderá ser convencionado pelas partes, cabendo inclusive sanções ao árbitro, caso o mesmo venha a ferir o disposto em convenção arbitral. Somente as partes podem liberar o árbitro da obrigação de manter sigilo sobre o objeto do conflito ou do próprio litígio.

Empresarialmente, a confidencialidade mostra-se essencial para questões envolvendo propriedade industrial, segredo de fábrica ou de mercado. Inversamente ao que ocorre no processo jurisdicional estatal, onde a regra é a publicidade dos atos processuais, no procedimento arbitral a questão da confidencialidade pode ser estipulada em convenção arbitral, lembrando que a arbitragem somente pode ser aplicada, conforme previsão legal, aos casos que envolvam direitos disponíveis.

d) - Especialização – O juiz por vezes não possui o conhecimento técnico necessário para julgar uma determinada contenda, valendo-se nestes casos de peritos que o auxilia, o que torna o processo ainda mais lento, sempre no aguardo dos esperados laudos técnicos, que muitas vezes atravancam o andamento processual. Nos dizeres de TÂNIA LOBO MUNIZ:

[...] Especialização ante a possibilidade de se escolher juízes que possuam conhecimentos técnicos, jurídicos e outros, à altura da complexidade e especificidade da questão e a essência do litígio abordado, possibilitando uma decisão de melhor nível qualitativo⁶⁰

Como na arbitragem, os árbitros são escolhidos pelas partes, em geral nas questões que merecem um conhecimento técnico mais apurado, é

⁵⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit* p. 14.

escolhido alguém que detenha entendimento pleno da matéria (objeto do litígio) isso evidentemente é extremamente vantajoso às empresas, que vêm na arbitragem a garantia de que as questões técnicas serão tratadas com a atenção merecida e a decisão será mais rápida e segura para ambas as partes envolvidas.

d) - Confiabilidade - Cabe às partes a escolha do árbitro, ou árbitros, tendo como requisito o fato de que ambos os litigantes possuam plena confiança naquele, ou naqueles, que foram escolhidos. Ora, se o árbitro for possuidor da confiança mútua das partes, a probabilidade do cumprimento da sentença arbitral torna-se muito maior.

Conforme afirma ADRIANA S. SILVA: *“Como as partes escolhem o terceiro que vai solucionar seu litígio, por uma manifestação autônoma da vontade, a credibilidade depositada nessa pessoa é muito maior”*⁶¹

Outra vantagem a ser mencionada, é a chamada manutenção das relações interpessoais. Trata-se de uma questão a ser considerada, haja vista que muitas vezes, venha a ocorrer o conflito de interesses, as partes possuam vínculos comerciais duradouros e a pretensão de continuarem a se relacionar empresarialmente.

Segundo ADRIANA S.SILVA:

Manutenção das relações interpessoais é uma vantagem que surge da tentativa das partes de dirimir o conflito de forma mais rápida e pacífica possível, pois geralmente, quem faz opção por ter seus conflitos solucionados pela arbitragem é pessoa física ou jurídica que possui necessidade de acelerar a resolução do litígio, com intenção de preservar as relações e negociações futuras, corroborando,

⁶⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. 2002. *op cit.* p. 14.

⁶¹ SILVA. Adriana dos santos. *Op cit.* p. 38.

assim, a noção de justiça co-existencial, que visa a manutenção dos institutos integrais.⁶²

Em relação à manutenção das relações interpessoais, existe ainda o fator psicológico a ser levado em consideração, ou seja, ambas as partes convencionaram pela solução do litígio pela via arbitral. A possibilidade do litígio muitas vezes já se encontrava previsto contratualmente, eliminando assim aquela impressão de rompimento, e de verdadeira contenda, que proporciona o poder judiciário.

No que diz respeito ao aspecto psicológico, nunca é demais lembrar que o desgaste emocional, a ansiedade e a preocupação com o desenrolar do processo ao ser apreciado pelo Poder judiciário torna-se um ônus a mais a ser considerado.

A angústia da incerteza do resultado é mais dolorosa do que a concretude do resultado, seja este favorável ou não à parte.

1.3.4 Problemas enfrentados pela arbitragem

Evidentemente, nem tudo é um “mar de rosas” no procedimento arbitral. Mesmo com o relativo sucesso no âmbito empresarial, sobretudo na seara comercial internacional, em relação a outros países, a aplicação da arbitragem no Brasil ainda mostra-se tímida, por vários aspectos tais como: questões culturais, psicológicas, financeiras e, sobretudo, o desconhecimento dos operadores do direito acerca da funcionalidade do instituto.

⁶² SILVA. Adriana dos santos. *Op cit.* p. 147.

Sobre os problemas enfrentados pela arbitragem, discorre

EDUARDO SILVA DA SILVA:

Todo o rumor produzido pela doutrina e pelo *mass media* em torno da arbitragem não redundou, entretanto, na aplicação maciça do instituto como se anunciava. Passados anos da entrada em vigor da lei, constata-se que a arbitragem permanece ainda como que envolta por densos véus que a encobrem e não lhe permitem revelar toda a sua dimensão. Penso que três circunstâncias determinam a resistência ainda existente à utilização, em sua plena potencialidade, do processo arbitral: a) uma primeira, de caráter notadamente cultural, dada a pouquíssima ou nenhuma tradição que tenha o instituto no Brasil, sem instituições há muito reconhecidas ou árbitros experientes; b) uma segunda, que diz respeito às garantias que tal método de solução de controvérsias efetivamente possa proporcionar aos envolvidos em controvérsias, no cotejo com o processo judicial clássico, em razão da sua natureza jurídica; e c) uma terceira, relacionada à *não-aceitação*, por parcela da doutrina e da jurisprudência, da arbitragem como meio para realizar a diluição de controvérsias.⁶³

Historicamente o povo brasileiro está acostumado a entregar ao Estado seus problemas. Existe uma cultura da demanda jurisdicional, fomentada muitas vezes pelo número cada vez maior de advogados afoitos por novas lides e processos morosos, que lhe garantam vantagens financeiras por um prazo na maioria das vezes bastante longo.

Somente a poucos anos passou-se a adotar nos currículos dos cursos de Direito, disciplinas que visam o estudo de meios alternativos de solução de conflitos, tais como arbitragem, mediação e conciliação. Os advogados, em sua grande maioria, são formados sob a égide da demanda, do conflito e do processo jurisdicional, faltando-lhes, portanto, o preparo necessário para a atuação em processos arbitrais. Todavia, este quadro está sendo lentamente alterado, com a implantação cada vez mais efetiva de disciplinas relacionadas à arbitragem nas grades curriculares dos cursos jurídicos.

Neste diapasão, comenta MARISTELA BASSO:

A responsabilidade pelo instituto da arbitragem não ter prosperado no Brasil, como contrariamente ocorreu em outros países, não pousa exclusivamente na lei, como afirmam alguns, nem mesmo nos Juízes, como querem outros. O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de auto-composição voluntária. Daí por que o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de controvérsias não dependerá apenas da nova Lei, mas de mudanças profundas de mentalidade de todos os operadores jurídicos.⁶⁴

Quanto ao paternalismo Estatal, este está enraizado no inconsciente coletivo nacional. Existe uma dependência inconsciente das pessoas, que acreditam que somente o Estado, por meio da jurisdição, pode lhes proporcionar a segurança na resolução de conflitos.

A autora LÍDIA AMARAL, acrescenta: “a arbitragem não se coaduna com a tradição brasileira que valoriza muito mais a sentença judicial do que o laudo arbitral”.⁶⁵

Quanto ao inconsciente coletivo discorre JOÃO BAPTISTA DE MELLO E SOUZA NETO:

C.G. Jung – príncipe herdeiro da psicanálise freudiana até que discordou do mestre – apresentou uma variação da teoria do inconsciente à qual chamou de Psicologia Analítica. A sutil diferença das denominações é sublinhada aqui para frisar que os dois falam da mesma coisa – o inconsciente, mas com diferenças importantes o suficiente para merecerem nomes próprios. Com base em sua experiência com a psicanálise, seguindo adiante, Jung propõe a existência de um inconsciente coletivo, formado pelo que ele chamou

⁶³ SILVA, Eduardo Silva da. 2003. *op cit.* p. 31.

⁶⁴ BASSO, Maristela. *Apud.* SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário.** Barueri, SP: Manole, 2005. p. 166.

⁶⁵ AMARAL, Lídia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil.** São Paulo: LTR, 1994, p. 43.

de arquétipos. A idéia do inconsciente pessoal, que se estrutura durante a vida e que é, ao mesmo tempo, base da construção da personalidade, amplia-se e ganha a dimensão coletiva da espécie humana. E ao inconsciente coletivo vai corresponder uma consciência da sociedade, da cultura, as características estruturais dessa sociedade. As leis refletem isso.⁶⁶

Nesse sentido, aplicando-se o conceito retro, dispõe CÉZAR FIÚZA:

Por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos os males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é o Estado a tarefa de resolver todos nossos problemas, compete a ele, e só a ele julgar nossos litígios.[...] Realmente, não fosse o aspecto cultural, seria difícil compreender o desuso do instituto em nosso país.⁶⁷

Outra crítica, fundamentada, ao instituto da arbitragem são os altos preços cobrados no procedimento arbitral, referentes a honorários dos árbitros, e custas regimentais dos Tribunais Arbitrais.

Todavia, como contraponto da citação retro, FIGUEIRA RENNÓ LIMA, defende:

Felizmente, esta concepção vem sendo amenizada com o passar dos anos. Por outro lado, em virtude da abertura comercial e cultural ocorrida em nosso País nas últimas décadas, permitindo uma maior influência de outros países em que utilização dos métodos alternativos é mais difundida; por outro, em razão da própria ineficiência do judiciário e do sistema processual brasileiro em atender às demandas da sociedade. Conseqüentemente, várias foram as tentativas de se implantar a arbitragem em nosso País.⁶⁸

⁶⁶ SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Atlas, 2000. p. 11.

⁶⁷ FIÚZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995. p. 217.

⁶⁸ LIMA, Leandro Figueira Rennó. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 54.

Importante observação e alerta nos trás CARLOS ALBERTO CARMONA⁶⁹, pois, nos lembra que apesar de muito louváveis as vantagens apresentadas pelos que defendem a arbitragem, tratam-se de vantagens supostas, pois mesmo no procedimento arbitral é possível a utilização de meios protelatórios tanto no que se refere à sentença, como para a execução. E alerta ainda para o fato que os gastos relativos ao procedimento arbitral, em muitos casos ultrapassam os do processo estatal, principalmente, nos casos de arbitragens internacionais, em que os árbitros costumam cobrar por hora trabalhada.

Todavia, os contratos realizados no comércio internacional, em geral, dizem respeito a grandes somas e valores. Nestes casos, os custos do procedimento arbitral, mesmo que altos, compensariam a sua utilização, ou seja, é válido o chamado “custo-benefício” ou, não seriam os tribunais arbitrais internacionais, tão solicitados pelas empresas multinacionais, e mesmo a obrigatoriedade da inserção da cláusula compromissória assinada, nos contratos firmados entre estas empresas e seus parceiros comerciais (fornecedores ou compradores, sem distinção).

Os custos relacionados ao procedimento arbitral podem ser relativos, se considerarmos que o tempo despendido até o término da demanda, será ínfimo se comparado com o processo tradicional jurisdicional estatal. Vale lembrar que os processos de jurisdição estatal costumam se arrastar por anos a fio, o que significa gastos com advogados e despesas processuais.

Ou seja, um procedimento que pode parecer caro em um primeiro momento, passa a ser barato quando calculado os custos e honorários advocatícios

⁶⁹ CARMONA. Carlos Alberto. 1993. *op cit.* p. 72.

provenientes de uma justiça cada vez mais morosa, como se mostra a jurisdição estatal.

Outra questão relevante a ser levada em consideração segundo FRANCISCO REZEK durante sua palestra no congresso O Direito no Século XXI – Novos desafios, é que não há mecanismo para que haja jurisprudência na arbitragem internacional, e esse é um dos aspectos inquietantes do sistema arbitral, como forma de explicar citou o caso de duas decisões arbitrais idênticas opostas versando sobre o mesmo caso, senão vejamos:

Dois entre vários investidores que aplicaram em um canal de TV, em Praga, sentiram-se lesados e buscaram a solução na arbitragem, um em Londres e outro em Estolcomo. O tribunal arbitral de Londres entendeu que não houve lesão, mas uma tentativa de enriquecimento fácil. Já em Estolcomo, a decisão foi contrária, pois estabeleceu que a República Tcheca pagasse ao investidor US\$ 170 milhões. “Isso foi um escândalo”, constatou.⁷⁰

Por todo exposto, demonstra-se que a arbitragem não possui somente vantagens, possuindo também seus problemas e desvantagens, todavia, mesmo com todas as mazelas, a arbitragem mostra-se ainda como importante meio hábil e alternativo, de solução de conflitos.

Salientando, que o instituto *sub oculis*, adapta-se melhor a certos seguimentos, como é o caso do setor empresarial e do comércio exterior, e não a outros, como nos casos de solução de conflitos entre pessoas físicas naturais.

⁷⁰ REZEK Francisco. Revista **Consultor Jurídico**, 3 de abril de 2008.

2 DA APLICAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL

É importante, a verificação dos aspectos práticos ligados à arbitragem, ou seja, seus aspectos legais, como meio de se verificar sua aplicação efetiva como procedimento alternativo de solução de conflitos. Nesse sentido passa-se, neste tópico, a se analisar de forma sistemática a Lei Arbitral.

2.1 Do OBJETO DA ARBITRAGEM

Um pré-requisito importante para que haja a arbitragem é o seu próprio objeto, que, em regra, deve sempre se tratar de direitos patrimoniais e disponíveis. O legislador pátrio inicia as disposições gerais determinando que, somente pessoas capazes de contratar, tanto físicas quanto jurídicas, poderão valer-se da arbitragem para dirimir seus conflitos, conforme disciplina o art. 1º, da Lei de Arbitragem.

Patrimônio, em conformidade com o dispositivo legal retro citado, pode ser entendido como sendo o formado pelo complexo de bens, materiais ou não, móveis, imóveis, ou semoventes, como veículos, direitos, ações, posses e tudo mais que pertença à pessoa física ou jurídica e que possa a ser passível de apreciação econômica, ou melhor, possa ser traduzido monetariamente. Os direitos que possuem por objeto um bem inerente ao patrimônio de alguém e que possa ser apropriado ou alienado é que, em suma, constituem os direitos patrimoniais.

Por disponíveis podemos entender os direitos de ordem privada, suscetíveis de livre disposição pelas partes através de negócio jurídico, até porque

os interesses tutelados são predominantemente individuais. A expressão da lei alcança todo e qualquer direito disponível, incluindo os intangíveis e imateriais.

Direitos disponíveis são aqueles de índole particular em que as partes podem dispor sobre eles através de um negócio jurídico, como por exemplo, a compra de um carro, a doação de imóvel desembaraçado, de acordo com o artigo 1.035 do Código Civil brasileiro: Art. 1035: O direito material só admite a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado.

O objeto da arbitragem mostra-se como principal motivo da grande aplicação do instituto no setor empresarial, que por sua própria sistemática, em regra, trata em seus contratos, exclusivamente de direitos patrimoniais e disponíveis.

2.2 DA CAPACIDADE PARA UTILIZAR-SE DA ARBITRAGEM

Em seu artigo 1º, a Lei de Arbitragem estabelece que as partes para se utilizarem do procedimento arbitral devem possuir capacidade contratual, de acordo com as normas do Código Civil, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. No direito brasileiro vigente só podem contratar aqueles maiores de 18 anos, excluindo-se os incapazes mesmo que assistidos.

Quanto à capacidade, nos ensina MARCELO DIAS VILELA:

Verifica-se que os incapazes, ainda que representados por seus tutores, curadores ou responsáveis legais, não têm capacidade para celebrar convenção arbitral, uma vez que seus interesses estão sujeitos à tutela privativa do poder estatal. Isto se comprova pelo disposto no art. 82 do CPC que prevê a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações concernentes a tais interesses o que se torna impossível no procedimento de arbitragem. Assim, havendo a cláusula compromissória inserida em um contrato de sociedade, e sendo titular do direito acionário um menor, eventual conflito que

envolva tais direitos deste, obrigatoriamente, serão submetidos à jurisdição estatal, não gerando qualquer efeito a convenção arbitral.⁷¹

Cada vez mais a arbitragem vem sendo utilizada para dirimir problemas existentes entre os sócios de uma sociedade, nos contratos sociais. Todavia, no âmbito do direito empresarial societário é relevante observar que a cláusula compromissória inserida em um contrato de sociedade em que figura menor como sócio ou acionista, em caso de eventual litígio que envolva a sociedade ou sócio relativa ou absolutamente incapaz, deverá, obrigatoriamente, o caso ser resolvido pela Jurisdição Estatal e não arbitral.

2.3 DA POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO POR EQUIDADE

O juízo arbitral poderá julgar com base no direito ou equidade, adaptando-se aos interesses dos contratantes, cabendo inclusive, optar-se pela sua realização com base nos usos e costumes comerciais, nos princípios gerais de direito e nas normas internacionais de comércio (art. 2º LA).

Evidentemente ao possibilitar a opção pela equidade, dependendo somente da vontade das partes contratantes, o legislador dispôs de forma diferente do que consta no art. 127 do CPC⁷², onde se permite, apenas, que o Juiz decida por equidade nos casos previstos em lei.

⁷¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 65

⁷² Art. 127. O Juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

A possibilidade de se julgar com base na equidade facilita decisões, sobretudo em lides derivadas do não cumprimento de contratos internacionais, estando a lei adaptada às necessidades do mercado internacional, aqui também há um ponto de concordância bastante vantajoso no comércio internacional, a possibilidade de utilização de usos e costumes comerciais fortalece e reafirma a existência da *Lex Mercatoria*.

2.4 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

Para que efetivamente se dê o procedimento arbitral, é necessário como pressuposto a existência da convenção arbitral. O procedimento arbitral se divide em duas fases bem distintas, porém complementares, a saber: a) fase pré-arbitral, ou da convenção arbitral (fundada na autonomia da vontade); e b) procedimento arbitral propriamente dito, ou jurisdicional. Daí se extrai que a convenção arbitral é condição para o deslocamento da competência da justiça estatal para o tribunal arbitral.⁷³

CARREIRA ALVIM, assim define a convenção arbitral:

Expressão da vontade das partes interessadas, manifestada numa mesma direção, de se socorrerem da arbitragem para a solução dos seus (virtuais ou reais) litígios. Em outros termos: uma via jurisdicional concorrente com a estatal, posta pela lei à disposição da partes, para resolverem seus conflitos, em sede privada, com igual extensão e eficácia à efetivada pelos órgãos do Poder Judiciário.⁷⁴

⁷³ MUNIZ, Tânia Lobo. *Op cit.* p. 86.

⁷⁴ ALVIM, 2000, *op cit.* p. 207.

A fase pré-arbitral conforme fora dito alhures, baseia-se na autonomia da vontade das partes litigantes, podendo também ser denominada fase contratual.

A cláusula e o compromisso arbitral são espécies do gênero convenção arbitral, que por sua vez possui o condão de excluir a jurisdição estatal, sendo motivo de extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267, VII do CPC)⁷⁵ e pode ser argüido como preliminar em defesa do réu (art. 301, IX do CPC)⁷⁶.

A força da convenção arbitral e a exclusão do Judiciário, vem se pacificando em nossos Tribunais, *in verbis*:

EMENTA: Direito processual civil. Cláusula compromissória. Renúncia a jurisdição estatal. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Havendo as partes convencionado a solução de controvérsia acerca do contrato que pactuaram, conforme previsão do art. 3, e seguintes da lei n. 9.307-96 estabelecendo a convenção de arbitragem, renunciam a jurisdição estatal, de modo que o processo instaurado deve ser extinto sem julgamento de mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.⁷⁷

JOÃO ALBERTO DE ALMEIDA ainda leciona:

Pelo sistema da arbitragem, tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral produzem efeitos semelhantes em relação ao juízo arbitral (efeito negativo, pois o afasta) e em relação aos árbitros indicados (efeitos positivos, pois lhes transfere a responsabilidade pela solução da pendência, instituindo a arbitragem), o que leva à conclusão de que a melhor posição doutrinária é ter a cláusula compromissória, se completa ou celebrada em conformidade com os artigos 5º e 19 da nova Lei de Arbitragem, por negócio jurídico processual.⁷⁸

⁷⁵ **Art. 267.** Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: **VII** – pela convenção de arbitragem.

⁷⁶ **Art. 301.** Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: **IX** – convenção de arbitragem.

⁷⁷ TJGO, Apelação cível n. 83147-2/188, processo n. 200402054746, Comarca de Goiânia. Disponível em www.tjgo.ov.br. Acesso em 19 abril de 2008.

⁷⁸ ALMEIDA, João Alberto de, 2002, *op cit.* p. 16.

Existem, portanto, dois momentos distintos para se instituir a arbitragem: um anterior e outro posterior.

Portanto, resumindo, enquanto a cláusula arbitral ou compromissória objetiva um litígio futuro e potencial, o compromisso é um contrato que objetiva resolver um conflito presente e concreto.

A validade da convenção arbitral se submete aos requisitos de validade presentes no artigo 104 do Código Civil⁷⁹, quais sejam, agente capaz, objeto lícito e possível (disponível e transacionável), forma prescrita e não defesa em lei (por escrito).

Quanto às diferenças entre o compromisso arbitral e cláusula compromissória leciona GUILHERME STRENGER:

Comparativamente, pode-se dizer que a cláusula compromissória está para o compromisso assim como a promessa está para o próprio ato, ou que aquela é um contrato dentro de um contrato e este é um contrato fora do contrato, porque o compromisso depende do litígio que afronta as partes e não se vincula, a não ser indiretamente, às relações contratuais que determinam a controvérsia.⁸⁰

Cláusula compromissória é o acordo pelo qual as partes convencionam, antecipadamente, por escrito, solucionar possíveis litígios decorrentes da relação jurídica havidas entre elas por meio do Juízo arbitral. (art. 4º, da Lei de Arbitragem).

Vale lembrar, em casos de contratos de adesão, a cláusula deve estar em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para ela (art. 4º, §2º da Lei de Arbitragem).

SELMA LEMES nos alerta dizendo:

⁷⁹ **Art. 104.** A validade do negócio jurídico requer: I – Agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.

Verifica-se, primeiramente, que a nova lei trata da cláusula compromissória inserta em contratos de adesão a estipular como condição indispensável, inarredável o elemento volitivo: a aplicação inconcussa do princípio da autonomia da vontade; portanto, não pode ser imposta ao hipossuficiente como se fosse simplesmente mais uma cláusula do contrato. A convenção de arbitragem em contratos de adesão é uma exceção e não pode ser resultado de vontade unilateral. É por isso que o legislador, ao regular a matéria na lei de arbitragem, impõe condições de aceitabilidade por parte do aderente e que podem ser exercidas de duas maneiras por ocasião em que o contrato for firmado, posto que trata da matéria enquanto cláusula compromissória, isto é, prevendo que futura controvérsia seria dirimida por arbitragem.⁸¹

Vale ressaltar que a liberalidade das partes envolvidas ao estabelecerem as regras do procedimento arbitral encontra-se limitada às normas processuais, na lição de MARCELO VILELA:

Bem adverte Nelson Nery que o processo arbitral é de ordem pública, não podendo ser alterado por convenção das partes, salvo quanto às normas de procedimento. Os princípios de direito processual, sobretudo os princípios do contraditório, da ampla defesa e do tratamento isonômico das partes devem ser respeitados, não se admitindo flexibilização, sob pena de anulação de todo o procedimento arbitral. Assim, pode-se concluir que o conceito de Jurisdição não implica no monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado em que todas as suas etapas, mas exige a presença obrigatória do Estado (poder jurisdicional estatal) como instância máxima garantidora do processo. [...]⁸²

Essa orientação vem sendo decidida por nosso judiciário, conforme se verifica, *in verbis*:

EMENTA: Extinção do processo. A cláusula de arbitragem previamente pactuada é causa de extinção do processo, sem julgamento do mérito, sendo certo que a jurisdição estatal encontra-se garantida na hipótese de demanda anulatória da sentença arbitral

⁸⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves. **Do juízo arbitral**. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 607, 1986, p. 27.

⁸¹ MARTINS, Pedro A. batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 124.

⁸² VILELA, 2004. *op cit.* p. 66.

ou nos embargos à execução, pois que a sentença arbitral é título executivo judicial. Desprovido o recurso.⁸³

Importa salientar, que a cláusula compromissória, possui caráter obrigatório e vincula às partes contratantes, assim, em caso de negativa do outro contratante na instauração do juízo arbitral, poderá a parte requerer, em ação própria, que seja firmada a cláusula arbitral (art. 7º da Lei de Arbitragem), e dado prosseguimento ao julgamento, considerando a parte ausente como revel.

A ação própria neste caso é a ação de citação, assim tem sido pacificado pela jurisprudência, *in verbis*:

EMENTA: LEI DE ARBITRAGEM. AÇÃO DE CITAÇÃO. Tendo a parte, devidamente notificada, se recusado a comparecer perante o juízo arbitral para firmar compromisso, compete ao Poder Judiciário processar e julgar a ação de citação prevista no art. 7º da Lei 9.307/96. Apelo provido. Unânime.⁸⁴

Deve-se atentar para a questão da eleição do árbitro através da cláusula arbitral, sendo que alguns impasses podem surgir em momento posterior, como o falecimento ou impedimento de algum julgador. É aconselhável que caso os contratantes desejem que definam a forma de escolha do árbitro, sem, no entanto nomeá-los. Sobre esse assunto leciona BEAT WALTER RECHESTEINER:

As partes, via de regra, escolhem os árbitros apenas por ocasião do surgimento da lide, a qual se refere à convenção de arbitragem. Assim é porque, no momento em que as partes celebram a convenção de arbitragem, não se sabe, ainda, como se caracterizará uma eventual lide futura. Não seria prudente designar desde já os árbitros, uma vez que a vantagem da arbitragem é, justamente, a possibilidade da escolha de árbitros que possuam competência

⁸³ Ap. Cív. 16786/2003 – 8ª Câm. Cív. – TJRJ – j. 09/03/2004 – Rel. Dês. Adriano Celso Guimarães. Disponível em www.trj.gov.br. Acesso em 19 de abril de 2008.

⁸⁴ Ap. Cív. N. 70005726070, 2ª Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mário Rocha Lopes Filho, julgado em 29/09/2003. Disponível em <http://tj.rs.gov.br>. Acesso: 19 de abril de 2008.

profissional específica para decidir a lide concreta. Ademais, neste momento, ainda não é possível prever a disponibilidade do árbitro (por razões de tempo, saúde ou outras) em integrar o tribunal arbitral.⁸⁵

A cláusula, por sua vez, pode ser inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira, como por exemplo, um adendo ou alteração contratual.

Assim, a convenção arbitral delimita o âmbito de atuação da jurisdição estatal, além de se constituir em elemento essencial do procedimento arbitral.

2.5 DOS ÁRBITROS

O árbitro pode, a rigor, ser qualquer pessoa natural e capaz que conte com a confiança das partes (art. 13 da Lei de Arbitragem), sendo escolhida para solucionar conflito surgido entre os litigantes, prolatando uma decisão de mérito, da qual não cabe recurso, atuando como juiz de fato e de direito no caso. Esclareça-se que quanto mais complexo o tema a ser solucionado as partes poderão de comum acordo, instituir um maior número de árbitros sendo este sempre ímpar, a fim de que não haja possibilidade de empate.

⁸⁵ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil, teoria prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 71.

Havendo mais de um árbitro, as partes escolherão por consenso a quem caberá à presidência, cabendo a este, nomear um secretário para lhe ajudar nos trabalhos.

O árbitro substitui o magistrado, proferindo, na maioria das vezes, decisão extremamente técnica relativa à causa, devido sua especialidade. Infelizmente, não se pode pretender tal fato pelo Poder Judiciário visto que o Juiz não tem condições de solucionar causas específicas, de matérias que demandariam um tempo absurdo para conseguir estudar o caso e solucionar, essa é sem dúvida uma das características que mais interessam às empresas em seus negócios.

Segundo ARNOLD WALD:

Essa evolução que se acelerou recentemente, decorreu tanto da globalização da economia, como da criação de novos direitos subjetivos, que surgiram em virtude da legislação de proteção ao consumidor, das leis societárias, das normas referentes à concorrência e às concessões de serviço público, assim dos diversos aspectos do direito regulatório em geral. Ora, quer se trate da interpretação de acordos de acionistas complexos, de normas regulatórias especializadas referentes a determinadas atividades e até da proteção do meio-ambiente, nem sempre os juízes têm conhecimentos técnicos necessários e o tempo para estudar em profundidade os problemas suscitados e dar-lhes a solução adequada. [...] Na falta de tempo e de formação adequada dos magistrados, a solução atual, em vários países, tem sido o recurso a peritos que deveriam auxiliar os juízes e que, na realidade, acabam substituindo-os, pois o julgador acata quase sempre as informações e soluções periciais em matérias nas quais ele não tem formação própria.⁸⁶

Todavia, no desempenho de suas funções, o árbitro procederá com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, devendo reafirmando a confiança depositada nele pelas partes, que motivou sua designação para dirimir a controvérsia. Dizendo de outra forma, embora remunerado pela parte o compromisso maior do árbitro é com sua consciência e seus conhecimentos técnicos. Este não age nem tem obrigação de atuar como “advogado de seu contratante”; posto que, a partir do instante que ocorra qualquer dúvida sobre a lisura da atuação arbitral, este estará com sua conduta perpetuamente sob suspeita, o que inviabiliza seu exercício profissional.

⁸⁶ WALD, Arnold. **Arbitragem e os contratos empresariais complexos**. **Revista de Arbitragem e Mediação**, V. 2, n. 7, out. / dez. 2005. págs. 11 e 13.

Conforme dispõe CHRISTOPHER MOORE:

A imparcialidade refere-se à ausência de tendenciosidade ou preferência em favor de um ou mais negociadores, de seus interesses ou das soluções específicas que eles estão defendendo. A neutralidade, por outro lado, refere-se ao relacionamento ou comportamento entre o interventor e os disputantes.⁸⁷

Importante, salientar que os árbitros sofrem as mesmas limitações que os juízes estatais, no que se refere às possibilidades de impedimento ou suspeição, presentes nos artigos 134⁸⁸, 135⁸⁹ e parágrafos, do Código de Processo Civil pátrio.

É preciso que os árbitros aceitem, expressamente a função para que instaure o procedimento arbitral. Ao aceitar a função assumem a responsabilidade de decidir no prazo fixado no compromisso, sob pena de responderem pessoalmente pelo prejuízos causados às partes, e por sua vez, são obrigados a revelarem, antes da nomeação, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência; Por exemplo, se um árbitro é funcionário ou presta serviços regulares para determinado litigante, ou tem interesse pessoal na solução do litígio.

Caso seja declarado impedido ou suspeito e inexistir substituto indicado pelas partes, não chegando a um consenso sobre tal nomeação, a parte interessada promoverá a citação da outra para comparecer ao Poder Judiciário Estatal, a fim de ser resolvida a questão, salvo se elas tiverem declarado, em

⁸⁷ MOORE W. Christopher. **O processo de mediação**. 2ª. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p. 55.

⁸⁸ **Art. 134.** É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: I – de que for parte; IV – quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; colateral até o segundo grau.

⁸⁹ **Art. 135.** Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando: I- amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes.

momento anterior à convenção, não aceitar substituto para o cargo de árbitro, ato que extinguiria o procedimento arbitral.

O árbitro enquanto estiver atuando no procedimento arbitral, é considerado funcionário público *sui generis*, equiparando-se a estes em direitos e deveres, inclusive para efeito de legislação penal.⁹⁰

Por todo o exposto, fica explícito que o fato das partes escolherem o árbitro, possibilita a escolha de alguém que conheça a fundo o objeto do litígio, ou seja, um *expert* no assunto, característica muito apreciada no âmbito empresarial, facilitando a decisão de causas complexas, que exigem um conhecimento técnico apurado e específico do julgador.

2.6 DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

O procedimento é caminho, ou rito, a ser seguido no desenrolar do processo, presente no Capítulo IV, arts. 19 a 22 da Lei de Arbitragem.⁹¹

Não basta a realização do compromisso arbitral para que seja instituída a arbitragem, sendo necessária a aceitação da nomeação pelo árbitro ou, no caso de mais de um, esse início ocorre a partir da aceitação do último.

⁹⁰ O Código Penal, em seus arts. 312 e 359 tratam dos crimes contra a administração pública, cabendo assim, a responsabilidade dos árbitros, no que for aplicável, de acordo com tais dispositivos, PARIZZATO, João Roberto. **Arbitragem. Comentários à Lei 9.307 de 23/09/96.** São Paulo: LED, 1997, p. 60.

⁹¹ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumiéri. **Arbitragem no direito brasileiro: Lei nº 9307/96** – São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. p. 82.

A nulidade da arbitragem decorre diretamente da inexistência de condições necessárias à sua validade as quais são apresentadas no art. 32 da Lei. Nesse aspecto a Lei Arbitral se iguala à legislação processual civil.

Ressalta-se que a maioria dos doutrinadores, considera este rol meramente exemplificativo, podendo ser acrescido, desde que o fato alegado seja realmente grave para influenciar a decisão final e seja comprovada de forma inequívoca.

Na explanação de JOSÉ CRETELLA NETO:

Isto significa, ainda, *outro* fundamento para propor a ação de nulidade como, por exemplo, versar a sentença sobre direitos indisponíveis, ofender a ordem pública, infringir princípio constitucional, ou se ficar provado que o árbitro se coluiu com uma das partes para prejudicar a outra, ou mesmo com ambas, prejudicando terceiros.⁹²

Já a invalidade decorre da não observância das regras legais, ou do desrespeito a seus princípios e, a ineficácia, aponta a inutilidade da convenção de arbitragem. Se for reconhecida a incompetência do árbitro ou tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem serão as partes remetidas ao Poder Judiciário.

Cabe as partes estabelecerem o procedimento arbitral em convenção arbitral, adotando as regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou ainda, delegando ao árbitro ou tribunal arbitral a sua regulamentação, ocorrendo esta última, de forma tácita, quando nenhuma estipulação for feita.

⁹²CRETELLA NETO, José. *Op cit*, 2000, p.173.

Muito embora, o procedimento seja estipulado pelas partes, princípios como: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do julgador e do livre convencimento também devem ser atendidos na arbitragem. O princípio do contraditório é uma garantia constitucional, art. 5º, LV, tratando-se do direito irrenunciável de resposta que cada parte tem no exercício de sua defesa.

O princípio da igualdade está previsto no art. 125 do Código de Processo Civil brasileiro, é o princípio que garante o equilíbrio entre as partes em relação ao árbitro ou árbitros, dando-lhes igual tratamento durante todo o procedimento.

A imparcialidade também se trata de uma garantia de suma importância para o bom andamento do processo, pois, a confiança da partes no árbitro é que enseja a própria instituição da arbitragem.

O livre convencimento é a liberdade dada ao árbitro ou árbitros de decidirem de acordo com a sua convicção, desde que motivada, (art. 131 do CPC).

Durante todo o procedimento arbitral, poderá o árbitro ou tribunal arbitral, da mesma forma que o juiz estatal, solicitar esclarecimentos que achem necessários à formação de sua opinião, tomar depoimentos, ouvir testemunhas, ou solicitar outras provas, inclusive a inspeção judicial, pouco usada na prática, devendo determinar regras procedimentais, quando não estiverem estipuladas.

Contrariamente ao estabelecido no CPC, onde somente partes têm a possibilidade de requerer o depoimento pessoal, tem o árbitro, na legislação arbitral, poderes para tal, o que lhe garante maiores possibilidades de averiguação da verdade, não olvidando que esse procedimento tem a finalidade de possibilitar interrogatório das partes sobre os fatos que interessam à lide, sendo aplicável, as regras do CPC, no que concerne à indicação de parentesco com a parte, ou interesse no objeto do processo.

Importante lembrar que do Juiz privado não emana o poder coercitivo, por essa razão, se a testemunha deixar de comparecer, sem justa causa, poderá o árbitro ou Presidente do tribunal arbitral solicitar que o órgão judicial conduza a testemunha.

Existindo justa causa que tenha impedido a parte ou a testemunha de comparecer para prestar seu depoimento, ela deverá fazer por escrito a comunicação ao árbitro ou ao tribunal arbitral, comprovando o alegado.

Na hipótese de serem necessárias medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros, entendendo-as necessárias deverão solicitá-las junto ao órgão judiciário. Como afirma HAMILTON DE MORAES BARROS:

O árbitro é privado de poder cautelar geral da competência para o processo cautelar. Outra restrição que o envolve é de não poder ordenar medidas coercitivas contra as partes ou terceiros. Assim, não poderá mandar conduzir testemunhas, ou pedir à polícia que as apresente.⁹³

O árbitro está legitimado para tomar essas medidas, podendo as partes intenta-las de forma derivada, quando não atendidas suas reivindicações, porém, não podem buscar a via judicial para atingir o que já lhe foi indeferido no juízo arbitral, recordando que falta competência ao juízo estatal.

Por fim, caso haja substituição de árbitro, poderá este repetir tudo o que o outro fez, em especial as provas já produzidas (art. 22, § 5º).

⁹³ BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 502.

2.7 Da Sentença Arbitral

A sentença arbitral é o ato decisório escrito dos árbitros, que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial. Em caso de sentença condenatória, ela será tida como título executivo judicial, cabendo sua execução junto ao judiciário por inadimplemento.

Quanto a sentença arbitral leciona J.E CARREIRA ALVIM:

Os efeitos que produz a sentença arbitral, tanto quanto a sentença judicial, são idênticos: a) Tornar certa a relação (ou situação) jurídica incerta; b) por fim à atividade jurisdicional arbitral; c) constituir título executivo, se condenatória; d) sujeitar o devedor à execução; e e) produzir hipoteca judiciária. Quando esses efeitos se tornam definitivos, pela preclusão dos prazos para recursos, na sentença judicial, ou pela ausência de embargos arbitrais, na sentença arbitral, ela produz coisa julgada material, que o art. 467 do Código de Processo Civil define como sendo a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.⁹⁴

O prazo previsto para a lavratura da sentença é de seis meses, contados a partir da instituição do procedimento arbitral, ou da substituição do árbitro, abrindo, nesse caso, nova contagem, podendo ainda, as partes e os árbitros, prorrogarem esse prazo. Cabe lembrar que a sentença apresentada fora do prazo é nula, extinguindo-se o compromisso.

Os árbitros não podem renovar o prazo porque isto implicaria em renovação de compromisso e, quanto à prorrogação, foi facultado a possibilidade para fazê-lo, sempre e quando o prazo ainda esteja correndo, já que, se expira,

⁹⁴ ALVIM, J.E Carreira. *op cit.* p. 51.

antes que os árbitros ultimem as suas funções, o direito de prorrogar também se extingue.⁹⁵

Importante frisar, que, caso as partes determinem de comum acordo, um prazo superior ao legal de seis meses, antes do início do procedimento, este será o prazo que deverá ser atendido pelo árbitro.

O resultado da sentença deve ser determinado pela maioria dos votos, caso haja mais de um árbitro, prevalecendo, caso não haja unanimidade, o voto do presidente do tribunal arbitral. O árbitro que não concordar com a maioria, poderá dar seu voto em separado.

Caso haja dúvidas acerca da existência de direitos indisponíveis, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo a instrução e, conseqüentemente, a contagem do prazo, até que esta questão seja resolvida e juntada aos autos a sentença e o acórdão transitados em julgado.

Os requisitos obrigatórios da sentença arbitral foram minuciosamente enumerados, devendo conter, necessariamente, o relatório, com o resumo do litígio objeto da arbitragem e sua instrução, os fundamentos da decisão, onde são analisadas de fato e de direito motivadoras da decisão, o dispositivo em que o árbitro se baseou para resolver a questão, além da forma decisória utilizada, podendo-se optar por direito ou equidade, além do prazo para sentença, quando for o caso, bem como a data e o local da decisão.

Além de apresentar a solução do conflito de interesses, a sentença deverá apontar a responsabilidade das partes quanto às custas procedimentais com

⁹⁵ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri., 2004. *op cit.* p. 89.

a arbitragem, atendendo-se ao que dispuser as normas previamente estabelecidas na convenção arbitral.

Como meio de composição amigável de conflitos, a arbitragem pode levar a um eventual acordo entre as partes e, conseqüentemente, a extinção da disputa, sendo necessário informar o árbitro, que a fará constar na sentença arbitral, extinguindo o feito, sem julgamento do mérito.

As partes devem receber uma cópia da sentença arbitral, por envio ou pessoalmente, ambas mediante comprovação de recebimento, que evidencia não só a entrega da decisão, mas o conhecimento de seu conteúdo, a partir do que se inicia o prazo de cinco dias, a exemplo dos embargos declaratórios do CPC, para solicitar o ajuste de erros materiais e esclarecimento sobre dúvida, obscuridade, ou ainda contradição no texto, decidida no prazo de dez dias.

O recurso supra mencionado não serve como reexame da causa, rediscussão da matéria decidida e nem para corrigir os fundamentos de uma decisão ficando restrito aos casos previstos nos incisos I e II do art. 30.

A nulidade da sentença arbitral ocorre por não terem sido observadas as formalidades necessárias a sua eficácia, como a nulidade do compromisso, se ela emanar de quem não podia ser árbitro, se a decisão extravasar os limites da convenção arbitral, ou ainda se ela não decidir todo o litígio submetido à arbitragem, em conformidade com o disposto no art. 32 da Lei de Arbitragem.

A parte interessada na anulação da sentença poderá requerer junto ao poder judiciário competente a decretação da sentença arbitral, desde que fundada nos casos que a Lei prevê.

2.8 DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

A lei de Arbitragem conceitua como sentença arbitral estrangeira, a proferida fora do território nacional. Anteriormente ao surgimento da nova Lei, o sistema vigente de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras era o de dupla homologação, assim, ela deveria ser sancionada pelo órgão judiciário competente no seu país de origem para, posteriormente, ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal.⁹⁶

Essa regra gerava, além da inconveniência burocrática, situações vexatórias onde, sentenças arbitrais estrangeiras não eram homologadas, simplesmente pelo fato de que, no ordenamento jurídico do país em que foi proferida, não havia a previsibilidade de sua homologação em órgão judiciário, o que tornava logicamente impossível, sua segunda homologação no Brasil.

A Lei de Arbitragem atualmente, extinguiu o sistema da dupla homologação dos laudos arbitrais proferidos no exterior, sendo mesmos submetidos apenas à homologação do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com o artigo 35, do ordenamento arbitral e artigo 105, inciso “I”, letra “i” da Constituição Federal.

De acordo com JURGUEN SANTLEBEN, a homologação de sentença estrangeiras no Brasil pode ser considerada como assegurada em larga escala, apesar de ser preciso contar, ainda com um processo moroso.⁹⁷

⁹⁶ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. 2004. *op cit.* p. 92.

⁹⁷ SANTLEBEN, Jurgüen. **Arbitragem comercial no direito internacional privado brasileiro**. Revista da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, n. especial, 1986, p. 209-210.

2.9 BREVE COMPARATIVO ENTRE A JUSTIÇA ESTATAL E JUSTIÇA ARBITRAL

Para que se entenda melhor as razões que levam as empresas a se utilizarem mais do instituto da arbitragem, do que as pessoas naturais em geral, é necessário um estudo comparativo entre o procedimento arbitral e o procedimento jurisdicional estatal.

É importante salientar que, o poder jurisdicional do árbitro é mais limitado do que o outorgado ao juiz togado estatal. Como é sabido, o regime de responsabilidade do árbitro tem natureza contratual, característica que o torna diferente daquele aplicável aos atos do juiz estatal.

A função jurisdicional do órgão judiciário ostenta uma natureza subjetiva, ou seja, a qualidade de magistrado é inerente à pessoa do órgão judiciário estatal que a exerce como representante soberano, o juiz representa o Estado. Já o poder jurisdicional do árbitro deriva de uma convenção arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), de ordem eminentemente privada, sendo que os litigantes optam pela via arbitral, e por sua vez excluem a via da jurisdição estatal. Surge daí, o contrato por meio do qual o árbitro aceita a missão jurisdicional outorgada pelas partes. Disso resulta o árbitro não, possuir poder jurisdicional além da medida conferida a ele pelas partes.

O árbitro encontra-se temporariamente Juiz, permanecendo nessa condição durante o período em que durar a instância arbitral, ao contrário do Juiz estatal que se encontra na condição de Juiz, enquanto investido no cargo, concedido pelo Estado.

Além dessas diferenças, podemos afirmar que na Justiça arbitral, o exercício do poder jurisdicional não se distribui em esferas de competência atribuída

a cada órgão, como ocorre na justiça estatal, esse fato confere mais liberdade para a escolha do árbitro, que tem como única condição tratar-se de pessoa idônea e de confiança mútua entre as partes.

Na competência arbitral, o árbitro abrange só uma lide específica e ocupa apenas a extensão quista pelas partes; em outras palavras, a jurisdição do árbitro tem os mesmos limites da convenção de arbitragem. Portanto, tudo o que ultrapassar os limites previstos na convenção arbitral pertence a competência jurisdicional do Estado.

Outra distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, e que deriva da diferença entre as fontes de onde emana o poder jurisdicional do juiz estatal e do juiz arbitral, diz respeito às garantias de independência.

Enquanto, na justiça estatal, a escolha do órgão julgador resulta de sorteio entre os igualmente competentes para a causa, as partes na arbitragem podem confiar a resolução da controvérsia a julgadores que foram eleitos pelos próprios litigantes.

Com relação ao duplo grau de jurisdição, a distinção do procedimento arbitral do processo promovido no judiciário é que na arbitragem não existe, em regra, a possibilidade de se obter o reexame da questão, em razão, em parte, da inexistência de órgão superior nesta forma alternativa de solução de litígios.

Nesse sentido explica CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO:

Por não emanar de órgão inserido na estrutura organizacional do Poder Judiciário, a sentença arbitral não se submete obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição, princípio segundo o qual a parte vencida tem, dentro de certos limites, a possibilidade de obter o reexame da questão pela autoridade jurisdicional. Para tanto,

é necessária a existência de uma estrutura organizacional composta por órgãos inferiores e órgãos superiores, o que de resto, não existe na justiça arbitral.⁹⁸

Enquanto a regra no direito processual civil é a da publicidade dos atos e das sentenças, sendo o segredo de justiça a exceção. No procedimento arbitral, não vigora o princípio da publicidade dos atos processuais, pelo menos não em sua forma popular e absoluta, como recebida pelo art. 5º, LX da Constituição Federal.

Não há razão de existir publicidade na instância arbitral, pois trata-se de justiça privada. A natureza confidencial dos atos praticados nesse procedimento, como fora visto alhures, é justamente uma das principais vantagens que a justiça arbitral oferece, sobretudo às empresas e operadores do comércio internacional.

Quanto à publicidade na instância arbitral, conclui CLÁVIO DE MELO VALENÇA FILHO, senão vejamos:

Não significa, contudo, que o processo arbitral assuma feições inquisitoriais em relação às partes – seria atentatório ao princípio da ampla defesa. Vigora o princípio da publicidade restrita aos dossiês, limitada às partes e seus procuradores. Isso permite, v.g., das informações relativas à sua estratégia comercial, ao desenvolvimento de novos produtos, a sua contabilidade etc.⁹⁹

Muito embora, existam diferenças entre os processos estatais e arbitrais, ambos convivem em perfeita harmonia, pois conforme demonstrado, a arbitragem foi elaborada para atender determinadas demandas, em especial as que envolvam as empresas e o comércio internacional. É certo que a arbitragem pode ser mais conveniente do que uma disputa no Poder Judiciário, mas não em todos os

⁹⁸ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder judiciário e Sentença Arbitral**. 1ª ed. (ano 2002), 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003. p. 41.

⁹⁹ VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Op cip*. p. 43.

casos, pois possui um âmbito jurídico próprio aparentemente mais adequado as questões empresariais e comerciais.

2.10 DA ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL AO CASO CONCRETO

O Código de Processo Civil pátrio, que possui profunda inspiração no modelo italiano, é excessivamente formalista e truncado, com inúmeras possibilidades de recursos que permitem a protelação *ad infinitum* da prestação jurisdicional estatal, tornando a prestação jurisdicional excessivamente morosa no Brasil.

Além deste critério objetivo, outros critérios subjetivos podem ser citados tais como: o alto valor das custas processuais, o número reduzido de magistrados e serventuários da Justiça face à quantidade de processos atualmente existentes, a ausência de infra-estrutura física e tecnológica nas comarcas mais distantes, dentre outras inúmeras causas que poderiam ser aqui citadas.

Também é fato notório que a promulgação de nossa Carta Magna, em 05 de outubro de 1988, alterou diversos paradigmas jurídicos, influenciando a construção do saber jurídico em suas diversas áreas. O Direito Processual Civil não se furtou à implementação dessas modificações.

Sensível a esta condição, o legislador desde o início da década de 1990, vem buscando meios para efetivar a aplicação da justiça aos cidadãos. Insere-se dentro deste contexto a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o fortalecimento da atuação do Ministério Público na defesa de direitos difusos e coletivos e, por fim, a revitalização do objeto de nosso estudo, ou seja, o instituto da arbitragem, com a promulgação da Lei 9.307/96.

Quando surgiu, a Lei de arbitragem foi entendida por alguns juristas menos avisados, como sendo a salvação do judiciário, evidentemente que tal fato não se deu, muito em razão da desconfiança e falta de conhecimento por parte da população e dos operadores do direito em geral, que ainda preferem o judiciário.

Todavia, o uso da arbitragem está relacionada a adequação ao caso concreto. Acreditar que as pessoas utilizem a arbitragem para resolver o caso de uma indenização por danos materiais derivados de um acidente de automóvel, por exemplo, é forçar uma situação que dificilmente ocorrerá na prática. Neste exemplo em especial, os litigantes muitas vezes não querem nem mesmo se encontrar, pois existe uma grande carga emocional, dificilmente firmariam um compromisso arbitral, certamente se socorreriam ao juizado especial civil.

Já as empresas, em especial as que lidam com comércio exterior, possuem outra forma de se relacionarem, pois os litigantes estão cientes que poderão no futuro novamente relacionar-se comercialmente com a parte adversa, existe uma outra cultura, fundada na autonomia da vontade, em que a reiterada prática com contratos possibilita às empresas adotarem a cláusula compromissória, que prevê litígio futuros.

Portanto, como leciona ADRIANA DOS SANTOS SILVA:

Claro que se prevalecerem regras assecuratórias da justiça co-existencial, de tal forma que a arbitragem seja utilizada nas circunstâncias adequadas, de modo correto e por pessoas bem preparadas, ela será um instrumento valioso e muito conveniente para a solução para a solução de conflitos. Já, de outra forma, se ela for utilizada de modo inadequado, improvisado, ou até mesmo, com excesso de expectativas, pode vir a ser desmoralizada e ter reduzido o seu alcance como instrumento para a obtenção da harmonia e da paz social.¹⁰⁰

Como fora visto a arbitragem, trata-se de um procedimento viável, e que vem tendo sucesso, porém, com muito mais êxito em determinadas causas do que em outras, isso se deve também, em razão da adequação do instituto à lide.

¹⁰⁰ SILVA, Adriana dos Santos. 2005. *op cit.* p. 112.

3 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL

3.1 ASPECTOS BÁSICOS

De fato, a linguagem e o procedimento arbitral coadunam com as perspectivas das empresas, que desejam um processo mais célere, sigiloso, e seguro para a solução de conflitos gerados de seus contratos.

JÜRGEN HABERMAS¹⁰¹ em sua teoria da ação comunicativa divide a sociedade entre o mundo da vida, composto das relações sociais cotidianas e os sistemas sociais tais como a economia e a política. Cada sistema é regido por uma racionalidade própria, de modo que o agente modifica a lógica que governa as suas ações à medida que transita de um sistema para outro. Para o filósofo alemão existem duas formas básicas de racionalidade, ou seja, a racionalidade comunicativa utilizada no mundo da vida, e uma racionalidade estratégica, usada nos sistemas sociais, que consiste na orientação da ação para o êxito a partir de uma avaliação das condições dadas.

Fica evidente que a racionalidade utilizada na arbitragem é a estratégica, e não a comunicativa. As empresas, em sua grande maioria são pessoas jurídicas, portanto, sentimentos tais como: vingança, ciúmes, amores e paixões, que muitas vezes permeiam processos existentes entre pessoas naturais, devem ser deixados de lado nos assuntos e contratos pertinentes às empresas; o

¹⁰¹ DURÃO, Aylton Barbieri Durão. *A tensão entre faticidade e validade no Direito segundo Habermas. Ethic @, Florianópolis, v. 5, n. 1. p. 1003, junho de 2006.*

interesse empresarial é estratégico, na medida em que visa o interesse do ente coletivo, que inclui diretoria, funcionários, acionistas, metas etc.

Ainda em termos de racionalidade podemos citar CÍCERO KRUPP DA LUZ, que leciona:

Nesse contexto a arbitragem tem muitas vantagens na relação entre o sistema do direito e o sistema da economia. Enquanto o direito tem uma racionalidade própria, com procedimentos de tomadas de decisões que incluem princípios constitucionais inalienáveis, a racionalidade econômica é exclusivamente voltada para o aumento de capital, o que pode ser muitas vezes proporcionalmente inverso ao tempo “gasto” em um litígio. Ademais, a arbitragem admite outra função além de ser mais rápida que o direito Estatal, desenvolvendo a formação desse próprio “direito paralelo” da *lex mercatoria*, formando seus princípios e construindo contratos internacionais.¹⁰²

As características do direito comercial se confundem com as características da arbitragem, daí a grande afinidade entre o direito arbitral e comercial.

São características do Direito Comercial: o cosmopolitismo, onerosidade, informalismo e fragmentarismo¹⁰³.

Direito Comercial é entendido como cosmopolita, por sua própria natureza, sempre se relacionando com outros povos, essa característica possibilitou que surgissem usos e costumes comuns a todos os comerciantes, independentemente de sua nacionalidade. A arbitragem trata-se de um dos procedimentos catalisadores dessa internacionalidade; a arbitragem é a ponte que faz a ligação entre comerciantes de vários países, possibilitando cumprimento dos contratos firmados, independentemente da nacionalidade das partes.

¹⁰² DA LUZ, Cícero Krupp. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 11, p. 238.

¹⁰³ BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 4ª ed. revista, atualizada, e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

É oneroso o Direito Comercial, pois o intuito dos negócios realizados sempre é o econômico, ou seja, os comerciantes visam lucros, sendo que o fato da arbitragem ter como objeto direito patrimonial e disponível, possibilita a sua aplicação pelos empresários, que se valem da mesma para dar segurança em seus contratos.

O informalismo é uma das características do Direito Comercial. Assim a celeridade, o sigilo e o tecnicismo são características presentes na arbitragem, apreciadas pelos comerciantes na realização de seus negócios.

Ademais, a rapidez na solução dos conflitos, atua de modo a atender uma das características básicas do Direito empresarial, que é a manutenção das relações comerciais, as quais possuem na confiança entre os negociantes o seu elemento fundamental.

O Direito Comercial também é fragmentado pois apresenta-se dividido em diversos ramos, com características peculiares e, na maioria da vezes, independentes umas em relação às outras, pois fazem parte do Direito Comercial, o Direito Societário, Direito Cambiário, Direito Falimentar. Conforme MARCELO M. BERTOLDI¹⁰⁴: “O direito comercial está longe de contar com um sistema jurídico harmônico e completo, tratando-se, isto sim, da reunião de várias normas jurídicas”. A arbitragem é parte integrante deste rol de normas jurídicas que integram o direito comercial, tamanha a afinidade entre o direito comercial e arbitral.

3.2 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES COMERCIAIS INTERNACIONAIS

Uma pesquisa realizada pela Price Waterhouse-Coopers, renomada empresa de consultoria inglesa e da Escola Internacional de Arbitragem da Universidade de Londres, divulgada em 2006, mostrou que as empresas preferem a utilização do procedimento arbitral em seus conflitos em detrimento ao Poder Judiciário, principalmente no que tange aos conflitos decorrentes de contratos internacionais. De acordo com o estudo citado, que foi realizado em todo o mundo, nas empresas da América do Norte, Europa e Ásia cerca de 73% dos entrevistados

¹⁰⁴ BERTOLDI, 2008. *op cit.* p. 42.

preferem a arbitragem e 69% acreditam que a utilização do instituto evita a perpetuação dos conflitos.¹⁰⁵

Atualmente, estima-se que cerca de 90% (noventa por cento) dos contratos internacionais de comércio contém uma cláusula arbitral.¹⁰⁶

O procedimento arbitral encontra guarida especial junto ao comércio internacional, que em tempos de intensificação das relações comerciais e sociais, exige um direito que suplante as fronteiras dos Estados, emergindo daí mecanismos inovadores e seguros como a arbitragem.

A arbitragem é, portanto, um dos melhores meios de instrumentalizar a *lex mercatoria*, que cada dia mais ocupa um espaço mais proeminente no cenário internacional.

A práxis mostra que o comércio internacional, possui seus aspectos econômicos, sociais e técnicos, com exigências próprias. Por desenvolver-se em um ambiente cosmopolita, e também pela agilidade necessária a prática comercial, necessita de meios que ultrapassem o quadro de direito nacional, necessitando assim, de regras compatíveis com sua natureza, suas exigências e seus fins. O regime arbitral é, pois, instrumento que melhor se adapta e exprime a independência do comércio internacional no que concerne a solução de seus litígios.

Muito embora, a arbitragem tenha o condão de transpor barreiras estatais, as regras internas do Estado em que será cumprido o laudo arbitral, não podem simplesmente serem esquecidas, lembrando o papel importante do Estado, ou seja, a coercitividade de impor sanção, quando necessário, nos casos de não cumprimento da sentença por partes dos litigantes.

¹⁰⁵ Revista Brasileira de Administração. Ano XVII. Nº 55. Dezembro de 2006. p. 30.

¹⁰⁶ RECHSTEINER, Beat Walter. 1998. *op cit.* p. 15.

Nesse sentido, TÂNIA LOBO MUNIZ, ao discorrer sobre a independência do procedimento arbitral:

Porém, estas normas devem ser vistas vinculadas, ou conciliadas, a uma ordem soberana estatal, conceito sobre o qual se acha estruturada a ordem mundial vigente. Ou seja, temos que unir o corpo de normas surgidas das relações privadas internacionais com a autoridade dos Estados, cuja busca de interação social, econômica e política visa, principalmente, o aprimoramento da sociedade internacional de uma forma moderna e democrática, na qual predomine a liberdade e independência, e que somente poderá ser garantida pela atuação estatal.¹⁰⁷

Podemos concluir que o resgate do instituto da arbitragem no Brasil com o surgimento da Lei 9.307/96, sem sombra de dúvidas, inseriu o país no contexto negocial moderno, oferecendo oportunidade sólida e segura de solução aos litígios que envolvem o comércio internacional.

3.2.1 Das organizações internacionais mais importantes para a aplicação da arbitragem

Embora no Brasil, em âmbito nacional, já existam diversos Tribunais Arbitrais, bastante sérios e respeitados, a tendência é que no caso da ocorrência de litígios que envolvam questões comerciais internacionais, e principalmente no caso em que uma das partes seja estrangeira, os litigantes de boa-fé e de comum acordo apelem para cortes que possuem âmbito de atuação também internacional.

Importa salientar, que mesmo costumeiramente utilizadas pelo senso comum como expressões sinônimas, existem diferenças entre as expressões “tribunal arbitral” e “corte”, sendo que os tribunais arbitrais institucionalizados atuam auxiliando as partes a superarem as dificuldades na instituição do juízo arbitral, organizando, facilitando o acesso a árbitros, estabelecendo normas procedimentais próprias e administrando os procedimentos até a entrega da sentença, enquanto a corte exerce função meramente administrativa, zelando pelo bom andamento dos procedimentos, gerindo-os e fiscalizando o respeito às normas regulamentares, sendo que normalmente sua estrutura compõe-se por representantes de vários países.¹⁰⁸

No âmbito internacional, pelo viés comercial proposto pelo trabalho, será tratado as principais instituições, que se referem ao direito privado, assim, pela tradição e seriedade com que atua uma das mais importantes instituições internacionais apta a resolver os conflitos que lhes sejam apresentados, em especial os derivados do setor comercial, é a Câmara de Comércio Internacional – CCI, criada em 1919, com sede em Paris, constituída pela federação de Comitês Nacionais (associações de comerciantes).

A Câmara de Comércio Internacional - CCI é a mais antiga dos Tribunais Arbitrais, possuindo o status de consultor em alto nível da ONU, o que significa dentre outros aspectos que quando da discussão ou elaboração de normas tratados e acordos sobre o tema, deverá ser consultada para emitir parecer.

Podemos citar ainda, como importante instituição também atuante no setor comercial internacional a American Arbitration Association (AAA), com sede

¹⁰⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. *Op cit.* p. 146.

¹⁰⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. *Op cit.* p. 162 e 163.

em Nova York. A Associação Americana de Arbitragem, embora sediada nos Estados Unidos da América do Norte possui atuação para a resolução de disputas que ocorram em quaisquer países do planeta. O grau de especialização de seus árbitros e a sua alta confiabilidade (posto que seu Código de Ética é um dos mais rígidos) torna-a muito procurada. Por seus altos custos, as demandas que lhe são apresentadas, são de grande porte e muitas vezes, tem como objeto de discussão valores superiores ao PIB de países subdesenvolvidos.

Mesmo tratando-se de um órgão de caráter público intergovernamental, como representante direto da ONU, não há como se olvidar de mencionar a Comissão Internacional de Direito Comercial das Nações Unidas – UNCITRAL. A UNCITRAL por sua vez é órgão diretamente ligado à estrutura da ONU, com atuação direta no que tange ao Direito Comercial Internacional. Sua maior missão é buscar harmonizar a legislação dos países sobre a arbitragem comercial. Tarefa hercúlea, posto que diversos são os ramos de Direito existentes no mundo e as disparidades culturais que se extremaram após a ocorrência dos atentados de 11 de setembro de 2000, tornam o diálogo mundial, mesmo que em âmbito diplomático bastante truncado.

3.3 ARBITRAGEM E O ESTADO

A posição do nosso governo em relação à arbitragem internacional, que no passado era reservada, tornou-se muito construtiva como as recentes

manifestações da Advocacia-Geral da União (AGU). Entende este órgão, que chegou a hora de superar a "cultura do litígio", para, em um clima de parceria, resolver os problemas e as divergências por meio da arbitragem, tanto entre órgãos estatais como entre os mesmos e as empresas privadas.

Se, no passado, falou-se muito na interdependência do direito em relação à economia, as normas jurídicas e as decisões judiciais, em matéria de arbitragem, esta acompanha as necessidades econômicas e sociais, criando e desenvolvendo instrumentos para conseguir soluções rápidas e eficientes, exigidas pelo novo Direito Administrativo, que se transformou em um verdadeiro "direito do desenvolvimento".

Assim, a arbitragem internacional torna-se uma das melhores garantias ao futuro dos contratos administrativos, funcionando como meio construtivo e flexível de pacificar as relações jurídicas e conciliar os interesses públicos e privados, que devem ser respeitados.

Com o início da implementação efetiva das Parcerias Públicas e Privadas, na qual há convergência de atuação do Estado e das empresas particulares, as quais assumem funções estatais com a finalidade de obter lucro e o Estado lhes cede tais funções para que o cidadão seja melhor atendido nos aspectos que a *longa manus* do Estado não tem conseguido desempenho satisfatório, vislumbra-se mais uma área na qual a atuação da arbitragem será estratégica.

JOSÉ ANCHIETA SILVA, comenta que o Estado também é incluído no rol de pessoas capazes de contratar, e quando o faz, pode utilizar-se de procedimento arbitral:

O Estado brasileiro, ao lado de ser grande agente contratador, tem sido também um grande Estado inadimplente com as suas

obrigações contratuais. Saudável, portanto, que este Estado, na pare em que concorrente com a iniciativa privada e mesmo em várias de suas atribuições institucionais, se submeta a este novo tipo de julgamento. Para o Estado, eis aí uma oportunidade imperdível, um caminho límpido para despir-se de muitos de seus privilégios.¹⁰⁹

Apenas a prática e o passar do tempo dirá se os juristas, e principalmente o empresariado, utilizarão de forma otimizada as vantagens que o instituto pode oferecer nesta área. Mas grandes esperanças se apresentam, posto que para que o desenvolvimento econômico e social da nação continue a ocorrer de forma contínua e segura tanto para a Administração pública quanto aos investidores.

3.4 DA EFICÁCIA DA ARBITRAGEM EMPRESARIAL NO BRASIL

Ao se completar mais de doze anos da promulgação da Lei de Arbitragem, e de seis anos da confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessário verificar a efetividade do referido instituto. Ou seja, o quanto à sociedade brasileira assimilou e adequou-se à utilização da arbitragem, bem como, o quanto esta tem sido útil ao deslinde de conflitos referentes aos direitos disponíveis e, o quanto tem colaborado para a pacificação social.

Nesse sentido, afirma TÂNIA LOBO MUNIZ:

A evolução por que passou o mundo no último século ocasionou profundas transformações nas sociedades, atualmente se faz cada vez mais presente à necessidade de dispor de meios ágeis para a solução de litígios. Um desses meios é a arbitragem que, sem os empecilho e formalidades que envolvem o Judiciário, vem atuar

¹⁰⁹ SILVA, José Anchieta da. **Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil**. Belo horizonte: Del Rey, 1997. p. 42.

como coadjuvante do Estado na distribuição da justiça, solucionando as necessidades da sociedade moderna, por estar estribada em princípios e garantias aos litigantes, em juízes escolhidos pelas partes, imparciais e independentes, trazendo agilidade, sigilo e informalidade.¹¹⁰

¹¹⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. 2003. *op cit.* p. 55.

Muito embora venha aumentando o número de Tribunais Arbitrais pelo Brasil, se faz necessário um estudo apurado sobre as razões do número ainda pequeno, em relação à Justiça comum, de causas dirimidas por meio da arbitragem em nosso país, haja vista tratar-se de uma alternativa bastante razoável e, mais célere do que o nosso ainda abarrotado judiciário, no que diz respeito aos direitos disponíveis.

Pois como afirma JOSÉ CRETELLA NETO:

Por ora, é preciso romper o círculo vicioso, verdadeira camisa de força cultural, arraigada na sociedade brasileira, que consiste em: a) não incluir cláusula compromissária nos contratos, por acreditar que somente ao Poder Judiciário compete a solução de litígios, ou que, enquanto a arbitragem não funcionar com a necessária freqüência, no Brasil, não vale a pena correr os riscos associados ao pioneirismo; e b) socorrer-se sempre ao Judiciário, pois não se prevê arbitragem nos contratos.¹¹¹

O surgimento da Lei 9307/96, criou a expectativa por parte de vários juristas de servir como verdadeira salvação ao abarrotado judiciário nacional, acreditando-se que o advento da referida lei iria desafogar os cartórios cíveis, e que haveria uma considerável diminuição dos processos.

Todavia, o que se percebe de forma bastante nítida, é que a arbitragem serve, e muito bem, ao segmento empresarial, e mais ainda, no âmbito do comércio exterior, sendo que sua utilização tem aumentado a cada ano de forma exponencial neste setor. Todavia, não vem tendo o mesmo sucesso na esfera das pessoas naturais, pois como fora visto no decorrer do trabalho, Lei Arbitral brasileira, foi criada sob a égide do comércio internacional, justamente para atender essa demanda.

¹¹¹ CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 230.

Em recente levantamento realizado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) ficou constatado que a utilização da arbitragem cresceu mais de 83% (oitenta e três por cento) nos últimos seis anos no Brasil, comprovando sua crescente procura.¹¹²

No congresso latino-americano realizado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) no Rio de Janeiro, no dia 20 de setembro, verificou-se a importância crescente da arbitragem internacional para o Brasil, com a apresentação de evidenciando o aumento do uso da solução arbitral em nossas relações internacionais. ARNOLDO WALD, em artigo publicado no jornal Valor Econômico, esclarece ainda:

Trata-se de uma evolução que adquire relevância no momento em que o Brasil recebe vultosos investimentos diretos vinculados, na maioria dos casos, a operações de longo prazo. São contratos que não são completos, ou deixarão de sê-lo, em virtude da difícil previsibilidade dos eventos internacionais, em uma fase caracterizada pelos economistas como sendo de incerteza (Galbraith), de descontinuidade (Drücker) ou, no mínimo, de turbulência (Greenspan). Por outro lado, a ministra-chefe da Casa Civil, Dilma Rousseff, acaba de reafirmar o interesse do Brasil em realizar parcerias estratégicas com empresários internacionais e companhias privadas nacionais, inclusive para dar maior velocidade às obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), iniciando-se, assim, um "novo ciclo desenvolvimento". Diante desta conjuntura, era oportuno verificar como poderiam ser solucionados os eventuais litígios futuros que costumam surgir entre os Estados e os seus parceiros, seja nas concessões, nas parcerias público-privadas (PPPs) ou nas outras formas de *joint-venture*. Considerando a demora dos processos judiciais e a impossibilidade econômica de sustar, por um longo tempo, o andamento de obras emergenciais, a conciliação e a arbitragem estão se impondo sob as suas mais diversas formas. Foram consagradas pela nossa legislação, pelos tratados assinados pelo Brasil (Convenção de Nova Iorque), pela jurisprudência dos nossos tribunais e pela doutrina. Basta lembrar as importantes decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) referentes à homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e a centena de obras jurídicas publicadas no Brasil a respeito da arbitragem nos últimos dez anos, destacando-se, entre

¹¹² Fonte: **O ESTADO DO PARANÁ**. Direito e justiça, dia 10/02/2008.

as últimas edições, a tese da professora Selma Lemes sobre a arbitragem na administração pública.¹¹³

Ainda versando sobre o tema, o autor, trás dados concretos de como a arbitragem comercial evoluiu, e demonstra que embora o prazo de efetiva, utilização da arbitragem no país seja pequeno, já é possível considerar que em números absolutos há um grande progresso na sua aplicação. Todavia, há que se verificar que em perspectiva de população/utilização, estes índices ainda poderia se apresentar em maior quantidade, posto que somos o quinto país do mundo em termos populacionais.

Mas o que se revelou no congresso realizado no Rio foi que o Brasil se tornou o maior usuário da arbitragem na América Latina, ultrapassando países que no passado eram os mais importantes na matéria, como o México e a Argentina. Por outro lado, alcançamos o quarto lugar no ranking mundial da arbitragem da CCI, ficando logo após Estados Unidos, França e Alemanha, mas antes de países com ampla tradição na matéria, como Itália, Inglaterra, Espanha e Suíça. O Brasil se tornou o maior usuário da arbitragem na América Latina e está em quarto lugar no ranking mundial da CCI. A evolução é mais relevante ainda diante do fato de que há dez anos o Brasil praticamente não participava das arbitragens internacionais e de que, ainda em 2000, só havia dez partes brasileiras litigando na corte, enquanto atualmente são 71.¹¹⁴

A verdadeira revolução cultural e institucional na matéria também se evidencia por outros dados, como o número crescente de arbitragens internacionais realizadas no Brasil. São agora numerosas as arbitragens processadas e decididas não só em São Paulo e no Rio de Janeiro, como também em Belo Horizonte, Brasília e Porto Alegre.

¹¹³ WALD. Arnaldo. *Jornal Valor Econômico*. p. 4. 16/10/2007.

¹¹⁴ WALD. Arnaldo. *Jornal Valor Econômico*. p. 4. 16/10/2007.

A lei brasileira, que só raramente era aplicada em arbitragens internacionais, passou a sê-lo costumeiramente e grande parte dos árbitros internacionais que funcionam nestes casos é brasileira. A CCI chegou também a nomear juristas brasileiros como árbitros, em litígios em que nenhuma das partes é brasileira como ocorreu em relação a casos de interesses de vários Estados africanos de língua portuguesa.

Hoje, ao analisarmos o papel da arbitragem, é necessário visualizar o instituto não como a salvação do judiciário nacional, mas de instrumento de acesso à Justiça, meio alternativo e privado de solução de conflitos, que convive em harmonia com a jurisdição estatal.

Pois como disciplina PAULO DE TARSO SANTOS:

Outro aspecto a considerar: as instituições de uma sociedade que têm uma mesma origem comum e estão ordenadas a um mesmo fim social devem ser solidárias umas com as outras e agir numa linha de mútuo respeito e de busca da eficiência, em função dos objetivos para os quais foram criadas. É o que se espera da coexistência institucional entre o Poder Judiciário e a arbitragem.¹¹⁵

A arbitragem é indiscutivelmente mais utilizada no setor empresarial, principalmente ao que tange os contratos mercantis de uma maneira geral, como o social, o de compra e venda, de locação mercantil, franquias, dentre outros.

Com relação a utilização da arbitragem nos contratos sociais, principalmente os relacionados às sociedades limitadas, esta vem sendo cada vez mais utilizada pelos empresários, afinal por se tratar de direitos patrimoniais disponíveis, poderá ser inserida no contrato social cláusula compromissória, de

¹¹⁵ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: (lei 9.307, 23.9.96): mudança cultural**. São Paulo: Ltr, 2001. p. 78.

acordo com o princípio da autonomia da vontade dos sócios. Conforme determina o artigo 853 do Código Civil: Art. 853 – Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Na Sociedade Anônima, a utilização da arbitragem foi introduzida pela lei n. 10.303/2001, alterando o artigo 109, da lei n. 6404/76, *in verbis*:

Art. 109 – Nem o estatuto social nem a assembléia geral poderão privar o acionista dos direitos de: [...] § 3º - O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionados mediante arbitragem, nos termos em que especificar. (grifamos).

No mesmo sentido a Lei Complementar n. 123, de 14-12-2006, que trata das Microempresas e Pequenas Empresas, traz em seu artigo 75 a orientação que as mesmas deverão ser estimuladas a utilizarem da arbitragem em seus litígios, senão vejamos:

Art. 75 – As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para a solução de seus conflitos.

Afinal, fica evidente, que a arbitragem é eficaz e vem sendo utilizada de modo cada vez mais satisfatório pelos empresários e empresas nacionais, sobretudo no âmbito do comércio internacional, isso em razão dos vários motivos apresentados no decorrer do trabalho.

CONCLUSÃO

A origem do instituto da arbitragem remonta no tempo, mas dentro de uma perspectiva histórica verifica-se que esta assume maior relevância quando o comércio se encontra em maior ebulição. Assim se deu na Idade Média, na qual o comércio foi retomado após longo período de estagnação.

A época em que vivemos, e que pode ser datada de meados do século XX, para a qual foi cunhada a expressão globalização econômica também tem como uma de suas principais características o aumento do comércio internacional e a rapidez com que as operações financeiras se processam.

O Brasil sempre teve em seu ordenamento jurídico a previsão do instituto da arbitragem. Todavia, por rigor e formalismo, o instituto sempre foi relegado a segundo plano, sendo suplantado pelo exercício do poder estatal representado pelo Poder Judiciário.

O pouco conhecimento dos operadores do Direito das gerações passadas sobre o instituto, que possuíam uma visão essencialmente contenciosa da solução de litígios, aliado a cultura estatizante que vigorou por muito tempo na população brasileira foram os principais motivos da pouca receptividade da população em geral à arbitragem. Tudo isso, somado a uma legislação retrógrada, que por muitos anos obrigou os optantes pela arbitragem à homologação compulsória do laudo arbitral pelo judiciário.

Porém, com as modificações culturais e sociais que se impuseram no plano sociológico com a denominação de globalização e que em sua vertente econômica foi representada pela abertura do mercado brasileiro após o fim da

ditadura e o denominado “neo-liberalismo”, o país necessitou entrar em sintonia com a realidade mundial.

E em termos de legislação, a maioria dos países desenvolvidos já possuía forte cultura arbitral. Ainda que esta se preste a ser utilizada para a solução de todo tipo de litígio que diga respeito à direitos disponíveis, foi do âmbito comercial que essa se originou e que esta conheceu seu maior sucesso.

A motivação desta condição é facilmente explicável, o comercio por suas características mundiais é dinâmica, objetivo e cosmopolita, sendo pouco sujeito a influência de emoções que no caso das relações pessoais podem ser um grave entrave para que as partes enxerguem a questão de maneira realista e isenta de julgamentos subjetivos.

Mesmo que não resolva a todos os problemas de direitos disponíveis que por seu âmbito sejam passíveis de resolução, a cultura arbitral já está adquirindo tradição e peso perante o empresariado nacional. Suas vantagens são inequívocas, e o aumento da competitividade do país no mercado mundial gera benefícios a toda a sociedade.

Ademais, este é um fato indiscutível e, se presume ainda irá expandir-se das grandes capitais até as cidades de pequeno porte, seguindo outra tendência mundial que é criar possibilidades de que as partes assumam o controle das causas e principalmente das conseqüências de seus atos, e não protelem *ad perpetum* a solução de conflitos.

A arbitragem vem cumprindo o seu papel de meio alternativo à jurisdição estatal de solução de conflitos, possibilitando o acesso à Justiça de forma eficiente, sobretudo ao que concerne ao comércio, empresas e empresários, sendo muito mais efetiva nesta seara.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVIM, J. E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. **Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil**. São Paulo: LTR, 1994.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. 4. ed. rev. atual, e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**, 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARROS, Hamilton de Moraes e. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 502.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & Direito de família**. 1ª ed. 2ª tir., Curitiba, Juruá, 2004.

_____, **Arbitragem, Processo e procedimento**. LED, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. Rio de Janeiro: Atlas, 2004

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no Brasil no terceiro ano da vigência da Lei n. 9307/96**, Rio de Janeiro: Atlas, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel, **Teoria geral do processo**, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, Vol. 1 – 9. ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2005. p. 27.

COLAIÁCOVO, Juan Luis, COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. **Negociação, Mediação e Arbitragem. Teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. **Curso de Direito Constitucional**. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Curso de Arbitragem**, São Paulo: Forense, 2003.

DA LUZ, Cícero Krupp. A globalização e o ressurgimento da Lex Mercatoria. **Revista Scientia Iuris – Revista do curso de mestrado de direito negocial da UEL - Londrina**, Vol. 11.

DURÃO, Aylton Barbieri Durão. **A tensão entre faticidade e validade no Direito segundo Habermas**. *Ethic @, Florianópolis*, v. 5, n. 1. p. 103, junho de 2006.

FERNANDES, Carlos Eduardo. **Revista Brasileira de Administração**. Ano XVII, nº. 55, Dezembro de 2006.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammego. **Lei de arbitragem comentada: breves comentários a lei n. 9307, de 23.09.1996**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale Almeida (coord.) **Novos Rumos da arbitragem no Brasil** São Paulo : Fiúza Editores, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

LEE, João Bosco. **Arbitragem comercial internacional nos países do Mercosul**. 1ª ed. 2ª tir.. Curitiba, Juruá, 2003.

LACERDA, Belisário Antonio de. **Comentário à lei de arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

LIMA, C. V. de. **A Arbitragem no tempo – O tempo na Arbitragem**. In: GARCEZ, J. M. R. (Org.). **A Arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 105-106.

LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: um novo campo de trabalho**. 2ª ed. revista e ampliada, São Paulo : Iglu, 2000.

LIMA, Leandro Figueira Rennó. **Arbitragem: uma análise da fase pré-arbitral**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 54.

MACEDO JUNIOR, Francisco Luiz. ANDRADE, Antonio Marcelo Rogoski. **Manual de Conciliação**, 2ª ed. 2ª tir., Curitiba: Juruá, 2004.

MARTINS, Pedro A. batista; LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na arbitragem privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas á Jurisdição!**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOORE W. Christopher. **O processo de mediação**. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96** 1ª ed. 2ª tir. Curitiba: Juruá, 2003.

PUCCI, Adriana Noemi. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem, estudos em homenagem ao professor Guido Fernando da Silva Soares**. São Paulo: Atlas. 2007.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil, teoria prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 71.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2003. V1.

REZEK Francisco. Revista **Consultor Jurídico**, 3 de abril de 2008.

SANTLEBEN, Jurgüen. **Arbitragem comercial no direito internacional privado brasileiro**. Revista da faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra – Portugal, nº. especial.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: (lei 9.307, 23.9.96): mudança cultural**. São Paulo: Ltr, 2001. p. 78.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso á justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário** – Barueri, Sp: Manole, 2005. p. 141.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, João Roberto da. **Arbitragem: Aspectos Gerais da lei nº 9.307/96**. Leme: J.H. Mizuno, 2004

SILVA, José Anchieta da. **Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil**. Belo horizonte: Del Rey, 1997.

SOARES, Guido Fernandes da Silva **Solução e prevenção de litígios internacionais: tipologia e características atuais**, In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (Coord.) **Solução e prevenção de litígios internacionais**, São Paulo: NECIN-CAPEs, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **A globalização e as ciências sociais**. Ed. LTr. 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem Comercial Internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

STRENGER, Irineu. **Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Poder Judiciário e Sentença arbitral**. Curitiba, Juruá, 2002.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **A arbitragem no direito brasileiro: Lei nº 9307/96**. São Paulo: Universitária de Direito, 2004.

VERDE, Giovani. **L'arbitrato secondo la legge 28/1983**, Nápoles: Jovene.

VILELA, Marcelo Dias Gonçalves. **Arbitragem no direito societário**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

VOESE, Ingo. **Mediação dos conflitos como negociação dos sentidos**. 1ªed. 2ª tir., Curitiba: Juruá, 2003.

WALD, Arnold. "O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente". In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.) **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 21.

WALD, Arnold. **Arbitragem e os contratos empresariais complexos**. *Revista de Arbitragem e Mediação*, V. 2, n. 7, out. / dez. 2005.

WALD, Arnold. **Jornal Valor Econômico**. 16/10/2007.

SITES NA INTERNET

<http://tj.rs.gov.br>. Acesso: 19 de abril de 2008.

<http://tj.mg.gov.br>. Acesso: 19 de abril de 2008.

<http://tj.go.gov.br>. Acesso: 19 de abril de 2008.

<http://www.abrame.com.br/noticia160304.htm>

TASP – Tribunal Arbitral de São Paulo – SP – www.arbitragem.com.br.

Associação Brasileira de Arbitragem e mediadores – www.abrame.com.br.

Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil – www.cacborg.br/mediação_arbitragem.

Câmara de Comércio Brasil Canadá – www.ccbc.org.br/arbitragem.asp.

Câmara de Comércio Brasil França – www.ccfb.com.br/serviços/sobre/camara/html.

Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem – www.inama.org.br.

[HTTP://WWW.STF.GOV.BR/PROCESSOS/PROCESSO.ASP?PROCESSO=5206&](http://WWW.STF.GOV.BR/PROCESSOS/PROCESSO.ASP?PROCESSO=5206&)

Acesso em 23 abril de 2008.

WWW.TRJ.GOV.BR. ACESSO E: 19 DE ABRIL DE 2008.

ANEXOS

ANEXO

Lei de arbitragem