

A Arbitragem no Brasil e no Âmbito do Comércio Internacional

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral*

I - Introdução

A Lei nº 9.307, de 23/09/96 veiculou importante legislação referente à arbitragem, que introduz notáveis modificações no delineamento jurídico do instituto, tal como anteriormente previsto no Código Civil e no Código de Processo Civil brasileiros. Tal diploma foi objeto de projeto apresentado pelo então eminente Senador Marco Maciel, que buscou inspiração na moderna regulamentação da arbitragem, tal como prevista no âmbito dos países desenvolvidos, e levando em consideração diretrizes adotadas pela comunidade internacional, a exemplo das contidas na Convenção de Nova York, de 1958, e na Convenção do Panamá, de 1975.

É de se destacar, de início, que a nova lei sobre arbitragem é uma das mais importantes medidas legais - no campo dos métodos alternativos ao Poder Judiciário para solução de disputas - adotadas nos últimos anos.

É de relevância fundamental ao aprimoramento dos negócios internacionais, uma vez que os países desenvolvidos há muitos anos praticam rotineiramente a arbitragem. É, destarte, assunto de amplo interesse econômico, empresarial, social e sindical - e também do Poder Público, que poderá, com isso, diminuir o dramático acúmulo de ações nos tribunais (que, assim, tenderão a dedicar-se a questões que não possam ser solucionadas pela arbitragem.)

É fato notório que a inexistência de métodos alternativos eficazes para a solução de disputas repercutiu sensivelmente no país, concentrando nos tribunais judiciais um número imenso de demandas. Atualmente, consta existirem tramitando cerca de 8 milhões de processos. (Há cerca de cinco anos, existiam por volta de 100 mil processos apenas nos tribunais superiores do Distrito Federal - STF, STJ, TSE, TST e STM. No mesmo ano, somente na Justiça Federal foram distribuídos cerca de 1 milhão de novas causas! É presumível que este número só tenha aumentado)

O crescimento dos recursos aos tribunais foi potencializado pela tradicional tendência pátria de procurar lastrear em textos legais um sem número de disposições normativas e regulatórias da vida em sociedade, para o que também concorreu o inadequado detalhamento da Constituição de 1988. Para além de se tratar de um texto constitucional "ordinarizado" (no sentido de que parcela substancial de suas disposições poderiam ser deixadas para tratamento pela legislação ordinária), ampliou-se a complexidade da sistemática jurisdicional, com a criação de um terceiro grau de jurisdição (o STJ), e a

possibilidade, ainda, das mais variadas questões serem levadas à apreciação da Corte Suprema.

O Brasil há muito se ressentia, no âmbito do comércio internacional, da existência de uma legislação sobre arbitragem adequada à dinâmica das relações em-presariais, notadamente em face da rápida regionalização e globalização da economia.

Em se tratando da solução dos conflitos comerciais internacionais, a experiência estrangeira informa que a proporção substancial das controvérsias se dá por via da arbitragem (além de outros métodos alternativos ao Poder Judiciário, como a mediação). Diversas entidades concorreram de forma substancial para a implementação dos métodos alternativos para a solução de disputas (através dos programas designados por Alternative Dispute Resolutions - ADRs), entre elas a American Arbitration Association - AAA, sediada em Nova York e com filiais em grande parte do território dos Estados Unidos e em algumas localidades estrangeiras, a Câmara Internacional do Comércio - CIC, de Paris (com arbitragens usualmente levadas a efeito em dezenas de países, envolvendo partes e árbitros das mais variadas nacionalidades), e a própria ONU. No âmbito acadêmico, os programas de ADR da Harvard Law School se destacam como dos mais avançados e respeitados em todo o mundo.

A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da autonomia da vontade das partes, da rapidez, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do (em tese) menor custo (o que, todavia, não significa pequeno) e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate. Este aspecto da confidencialidade é de especial interesse em matérias da órbita comercial. Tendo em vista que o árbitro (ou corte arbitral) deverá ser escolhido livre e responsabilmente pelas partes, assim como modelada a estrutura procedimental a ser utilizada, a arbitragem é um instituto extremamente democrático e legítimo. A economia na arbitragem, por sua vez, não se dá somente para as partes, mas para toda a sociedade, que não vê mobilizado o aparato judiciário estatal para solução de controvérsias patrimoniais limitadas a particulares.

Ademais, o árbitro pode decidir com base na equidade - ou seja, fora das formas e regras expressas de direito - o que o juiz, na órbita do processo judicial, não pode, ou, quando muito, a utiliza com substancial limitação. E tal se dá em face de a lei ser, para o Poder Judiciário, a matéria prima da atividade jurisdicional e o limite de atuação do magistrado. Mas não para o árbitro, que uma vez autorizado pelas partes, poderá decidir com base no direito positivado pátrio ou estrangeiro ou na equidade e nos usos e costumes e também, se for o caso, nas práticas internacionais de comércio.

Quando o magistrado afasta-se da lei (constitucionalmente válida, é evidente) para a solução de litígios, e fora dos padrões excepcionais autorizados pela legislação vigente, dá nascimento a uma das piores deformações da atividade judicante, representada pelo chamado "direito alternativo". Transforma-se o juiz de direito, nesse caso, em autêntico tirano instantâneo, criando normas não albergadas ou inexistentes para o direito positivado, com o que se sobrepõe à função legiferante típica do Poder Legislativo, cujos representantes, pelo exercício da democracia representativa, são legitimamente eleitos.

O juiz de direito não é eleito - e tampouco a ele se lhe atribui capacidade legislativa - daí que a "criação" do direito que promove, no sentido de trazer à vida, no caso concreto, a norma abstratamente prevista no texto legal, está, via de regra, vinculada e adstrita à legislação existente. Assim, não obstante deva ser interpretada segundo os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum, a lei é, enfatize-se, o objeto e o limite do labor jurisdicional, notadamente nas disputas entre particulares. (Quando se envolve o poder público, o juiz excepcionalmente pode analisar as questões numa órbita mais ampla, à luz do princípio constitucional da moralidade administrativa.)

O árbitro (ou corte arbitral), pelo contrário, é eleito (no sentido de livremente escolhido) pelas partes, que igualmente podem deferir-lhe, como visto, o uso de instrumental para decisão do conflito fora do direito positivado, na medida em que não sejam violados os bons costumes e a ordem pública, que se espelha, basicamente, na manutenção dos princípios materialmente constitucionais resguardados pelo regime jurídico pátrio e nas leis inferiores que os implementem.

A experiência norte-americana também demonstra que, mesmo em se tratando de violação à matéria de ordem pública (public policy) por decisão arbitral, as cortes judiciais devem construir sua jurisprudência de forma restritiva, buscando privilegiar, na maior extensão possível, os termos da decisão arbitral, quanto ao seu mérito.

É o que decidiu a Suprema Corte, no caso *Paperworkers v. Misco, Inc.*, asseverando que: "A recusa de uma corte [judiciária] em dar eficácia a uma interpretação arbitral quanto a um contrato é limitada a situações onde o contrato, da forma como interpretado [pelo árbitro], poderia violar 'alguma política pública explícita', que seja 'bem definida e dominante', o que deve ser comprovado pela referência a leis e a precedentes jurisprudenciais e não por considerações genéricas de supostos interesses públicos." Na mesma linha de raciocínio, a Suprema Corte, no caso *Enterprise Wheel*, decidiu que as cortes judiciais não estão autorizadas a reconsiderar os méritos de uma decisão arbitral, mesmo que alguma das partes sustente - e chegue mesmo a demonstrar - que houve erro de fato ou má interpretação de um contrato.

II - Breve histórico do instituto da arbitragem no Brasil

O instituto da arbitragem já é conhecido há décadas no direito pátrio, tratado tanto no Código Civil (CC) como no Código de Processo Civil (CPC). No entanto, embora a legislação pátria anterior à Lei n 9.307/96 autorizasse às pessoas capazes de contratar o uso da arbitragem, relativamente a disputas pertinentes a direitos disponíveis, alguns requisitos se mostraram obstáculos quase que insuperáveis à sua viabilização prática.

A legislação conferia legitimidade aos juízos arbitrais (CC, arts. 1.037 a 1.048; CPC, arts. 1.072 a 1.102), segundo a conformação seguinte: a) compromisso entre as partes (CPC, art. 1.073); b) capacidade destas (CPC, art. 1.072); c) litígio referente a direitos patrimoniais disponíveis (CPC, art. 1.702); d) viabilidade de os árbitros, mediante autorização das partes, julgarem por equidade, fora das formas e regras de direito (CPC, art. 1.075, IV); e) necessidade de homologação judicial do laudo arbitral (CPC, arts. 1.096 e 1.098 a 1.102); f) executividade do laudo arbitral condenatório homologado judicialmente (CPC, art. 584,

III); g) executividade do laudo arbitral proferido no exterior, desde que o mesmo houvesse sido homologado por tribunal competente no exterior e também posteriormente homologado pelo Supremo Tribunal Federal.

Havia, assim, a necessidade de ser prevista em contrato a denominada cláusula compromissória, estipulando o recurso à arbitragem no caso de controvérsias derivadas da relação contratada. Ocorrendo a controvérsia, era exigido das partes acordarem quanto aos termos e condições da arbitragem e firmarem o compromisso arbitral, no qual se configuraria a estrutura procedimental da arbitragem, seriam nomeados os árbitros, circunscrito o objeto da disputa e o seu valor, etc. No entanto, como o compromisso arbitral era considerado um documento de natureza contratual, se a parte apontada como faltosa não comparecesse para firmá-lo, não havia meios de compeli-la a tanto, com o que somente restava à parte prejudicada a via judicial para resolver a questão, normalmente por perdas e danos.

Ademais, a lei exigia a homologação judicial do laudo arbitral, sob a perspectiva de que, não sendo o juízo arbitral um órgão jurisdicional, não poderiam os laudos que proferisse gozar de eficácia similar a uma sentença judicial (daí que somente quando homologados pelo juiz competente estaria lhe sendo outorgada a força cogente da autoridade judicante). Esta ausência de coercitividade judicial na decisão do árbitro, por consequência também impedia a execução dos próprios laudos ou a imposição de medidas coercitivas ou cautelares (CPC, art. 1.086, I e II).

A questão na órbita internacional era ainda mais complicada. Para que o laudo arbitral proferido no exterior fosse passível de homologação pelo STF, o mesmo deveria já ter sido homologado por uma corte judiciária situada na localidade da arbitragem. Além disso, apesar de que a homologação pelo STF não envolvia senão a verificação de aspectos formais pertinentes ao laudo arbitral e à sentença judicial que o homologara no exterior (sem considerar o mérito da decisão, salvo se este violasse a soberania nacional, os bons costumes e a ordem pública), havia a necessidade de se verificar, por exemplo, se a citação das partes havia sido feita segundo as disposições da legislação processual brasileira, entre outros requisitos legais pátrios. Com isso, a exigência da citação por carta rogatória citatória da parte sediada em jurisdição internacional distinta - procedimento, como sabido, extremamente complexo e moroso - representava um fator francamente desestimulador ao uso da arbitragem.

Assim, em resumo, se apesar da existência da cláusula compromissória a parte requerida não comparecesse para firmar o compromisso arbitral, não havia meios eficazes para a instituição da arbitragem. A necessidade de homologação judicial do laudo arbitral, apesar de o art. 1.078 do CPC determinar que, salvo se as partes convencionassem de forma diversa, não implicar reapreciação do mérito da decisão do árbitro, na prática dava margem a reabertura da discussão da matéria no âmbito do Poder Judiciário. Com isso se esvaziavam substancialmente as vantagens da arbitragem. Relativamente às decisões arbitrais proferidas no exterior, a submissão a diversos requisitos da legislação processual pátria as tornavam de difícil, morosa e complexa implementação.

III - As convenções internacionais sobre a arbitragem e o Mercosul

Diversos são os textos internacionais aplicáveis à arbitragem. A Convenção de Nova York, firmada em 1958 (da qual o Brasil não é signatário) conta com a adesão de 91 países (entre outros, na América Latina, da Argentina, do Paraguai, do Uruguai, do Chile e do México). A ONU editou a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL, um de seus órgãos.

O Brasil é signatário da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, elaborada no âmbito da Organização dos Estados Americanos - OEA, firmada no Panamá em 1975. A Convenção do Panamá foi devidamente ratificada com a publicação no D.O.U. do Decreto Legislativo nº 1.902/96.

No âmbito do Mercosul, ainda não foram formalizadas normas pertinentes à solução de conflitos entre particulares residentes nos Estados-membros. Em linha de princípio, o documento designado por Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias, deixa os litígios sob a égide dos tribunais, ou eventualmente de juízos arbitrais, por árbitros e segundo os procedimentos adotados pelas partes. Não houve a instituição de um órgão supranacional para fins de arbitragem entre partes sediadas em diferentes jurisdições no Mercosul. O Protocolo de Buenos Aires, ratificado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 129/95, trata da arbitragem, mas limita-se a discorrer sobre regras gerais de domicílio e competência, sem tratar especificamente do procedimento arbitral.

IV - A arbitragem na nova legislação

A Lei nº 9.307/96 introduziu importantes modificações na estrutura anteriormente adotada no Brasil. Entre elas, neste breve comentário, releva destacar:

As partes capazes de contratar podem firmar cláusula compromissória prevendo a submissão à arbitragem, relativamente a direitos disponíveis, via de regra no caso de disputas surgidas de relações contratuais. Se na cláusula compromissória as partes já acordarem quanto às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada segundo tais regras. Caso tal não tenha ocorrido, a parte que queira instituir a arbitragem deverá convocar a outra para que sejam convenionados os termos do compromisso arbitral.

O compromisso arbitral deverá necessariamente informar a qualificação das partes e dos árbitros (ou da instituição à qual foi delegada a indicação dos árbitros); a matéria que será objeto da arbitragem; o local em que será proferida a sentença arbitral (a legislação não mais se refere a laudo arbitral). Além disso, poderá o compromisso arbitral estipular o prazo para que seja proferida a decisão (caso contrário, será de seis meses); a autorização para que o árbitro (ou tribunal arbitral) julgue por equidade, com base no direito positivado brasileiro ou de outro país, nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes ou práticas internacionais de comércio, ou ainda com base em regras corporativas aplicáveis à arbitragem. Também poderão as partes convenionar acerca da responsabilidade pelo pagamento dos honorários dos árbitros e das despesas com a arbitragem.

Ao contrário da legislação pretérita, se a parte que for convocada a comparecer para acordar quanto aos termos do compromisso arbitral não cumprir sua obrigação, a parte prejudicada pode convocá-la judicialmente, mediante procedimento especial. Caso ainda

assim não compareça, ou se comparecendo em juízo se recusar a acordar quanto aos termos da arbitragem, o juiz proferirá sentença que, se procedente, equivalerá ao compromisso arbitral, atendendo aos requisitos do mesmo. Nesse caso, a arbitragem prosseguirá normalmente, fora do Poder Judiciário.

A sentença arbitral é definitiva, e não será objeto de homologação judicial e, sendo condenatória, é considerada título executivo. Não há possibilidade de recurso ao Poder Judiciário quanto ao mérito da decisão, mas apenas em relação a aspectos formais da sentença arbitral (que será nula se não atender aos requisitos previstos na própria lei de arbitragem ou no compromisso arbitral).

A sentença arbitral proferida no exterior fica apenas submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, que não o fará apenas quando a mesma ferir a ordem pública nacional ou o objeto do litígio não for passível de decisão por arbitragem no Brasil. Quanto à citação, informa a nova lei que não será considerada ofensa à ordem pública nacional a citação da parte localizada no Brasil nos moldes da convenção de arbitragem (que se projeta na cláusula compromissória e no compromisso arbitral) ou da lei processual do país onde a arbitragem ocorreu (admite-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, e uma vez que seja assegurado tempo hábil para o exercício do direito de defesa.)

Assim sendo, os obstáculos mais importantes ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil foram, em proporção substancial, corrigidos pela nova lei.

No campo das vantagens da arbitragem comparativamente ao recurso ao Poder Judiciário, vale enfatizar ser ela mais rápida, menos formal, mais flexível e menos custosa. A confidencialidade pode ser mantida, e os árbitros deverão, via de regra, ser pessoas melhor especializadas que os tribunais judiciais nas questões envolvendo práticas comerciais internacionais, usos e costumes, etc.

Algumas desvantagens, no entanto, podem ser apontadas. A decisão arbitral se dá em uma única instância, não cabendo recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário. Os árbitros podem ser bons especialistas nas práticas que estiverem analisando, mas, todavia, sem um bom conhecimento jurídico. Suas decisões, apesar de a nova lei de arbitragem dispor que não serão reformadas, no mérito, pelo Poder Judiciário, se não atenderem, quanto aos aspectos formais, as exigências da própria lei, poderão ser declaradas nulas. (Daí que, diante de alguma complexidade da própria lei de arbitragem, é sempre razoável esperar que haja a participação de advogados, conhecedores da sistemática de arbitragem e da estrutura constitucional e legal pátria, auxiliando os árbitros quanto aos aspectos jurídicos envolvidos). A sentença arbitral faz título executivo, o que significa que se a parte vencida não se submeter à decisão dos árbitros (quando condenatória), a parte vencedora terá que ingressar no Poder Judiciário para executar a decisão. Neste caso, embora não deva ser mais discutido o mérito da questão levada à arbitragem - salvo se a decisão arbitral for nula - a execução judicial fica submetida aos procedimentos judiciais ordinários (com direito a recursos, medidas protelatórias, etc.)

V - Algumas sugestões para o desenvolvimento e incentivo à arbitragem no Brasil

Para minimizar os riscos de a arbitragem ser questionada no Poder Judiciário, deve ser cuidadosamente redigida a cláusula compromissória da arbitragem em contratos, bem como o respectivo compromisso arbitral (destacando, para que fique inequivocamente configurada a plena autonomia da vontade das partes, o fato de as mesmas, de comum acordo e voluntariamente, estarem se submetendo à arbitragem, abrindo mão de recorrer ao Poder Judiciário. Pode ser estipulada uma multa para a parte que violar os termos do compromisso arbitral).

A arbitragem pode (ou deveria...) ser precedida de mediação (procedimento informal conduzido por um mediador da confiança das partes, visando um acordo antes de ser iniciada formalmente a arbitragem - a prática internacional demonstra que os acordos promovidos por meio de mediação de profissionais com prática no assunto leva a uma eficácia substancialmente maior do que as decisões judiciais ou as decorrentes de arbitragem). De se destacar que, no mais das vezes, o mediador não deverá ser o árbitro, uma vez que as partes podem levar em consideração diversas questões durante a mediação, que podem não ser adequadas à apreciação do árbitro (até porque, de qualquer forma, a sentença arbitral poderá vir a se tornar pública, caso seja pleiteada a sua nulidade no âmbito dos tribunais, ou se houver necessidade de execução judicial da sentença).

A arbitragem deve ser feita obviamente por árbitro ou órgão reconhecidamente isento (isto é, o tribunal arbitral não deve, via de regra, pertencer a uma associação de classe que naturalmente esteja mais voltada aos interesses de seus afiliados - por exemplo, disputa de cliente com uma corretora de imóveis sendo decidida pela associação de corretoras... - a não ser que a associação esteja decidindo questão envolvendo seus próprios associados - duas corretoras, por exemplo).

Os árbitros não precisam ser advogados, nem ter conhecimentos jurídicos específicos sobre o assunto. No entanto, como a lei de arbitragem exige a submissão a vários dispositivos legais e formalidades jurídicas, é sempre razoável, como já sublinhado acima, esperar que a sentença arbitral seja proferida conjuntamente a alguém com substancial formação jurídica e conhecimento da sistemática de arbitragem, visando minimizar as possibilidades de discussões futuras no âmbito do Poder Judiciário (pleiteando a nulidade da sentença arbitral.)

O julgamento por equidade (quando não são utilizadas formas e regras expressas de direito) deve ser utilizado com cuidado, uma vez que poderá dar margens a decisões conflituosas com a sistemática jurídica vigente, o que poderá ampliar o risco de recurso ao Poder Judiciário (em face do previsto no inc. XXXV do art. 5º da CF). A problemática pertinente ao citado dispositivo constitucional será melhor analisada na seqüência.

VI- A questão do art. 18 da nova lei de arbitragem e o inc. XXXV do art. 5º da CF*

O art. 18 da lei de arbitragem é um dos marcos fundamentais da nova legislação, estando assim redigido: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário."

Uma apreciação ligeira do texto do referido comando normativo - pelo intérprete menos avisado - poderia levar a uma inadequada interpretação que culminasse por afrontar o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, que assevera: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". (E, indiretamente, também princípios atinentes ao duplo grau de jurisdição.)

No entanto, não deve ser esta a mais adequada exegese. A interpretação gramatical de um texto, como sabido, no âmbito da hermenêutica jurídica, é o instrumental mais pobre a ser utilizado e o menos passível de precisão. É como retirar uma frase de seu contexto (recurso tipicamente sofismático...), e dar-lhe interpretação diversa das circunstâncias em que proferida. Daí ser a interpretação sistemática a que melhor serve à identificação da real inteligência do dispositivo normativo individualizado, pois que assim se vai conhecê-lo a partir do amplo contexto orgânico da legislação em que inserido.

Isto é, no caso do art. 18 (não obstante sua redação melhor espelhasse o espírito da lei de arbitragem se dispusesse algo como "as partes constituirão o árbitro juiz de fato e de direito ... não estando a decisão que proferir submetida a recurso ao Poder Judiciário"), está claro que, se retirado do seu contexto, eventualmente poderia, de forma equivocada, ensejar que se propugnasse por violar o citado inc. XXXV do art. 5º da CF.

No entanto, uma vez analisado dentro do espírito que conforma a nova lei de arbitragem, verifica-se que o artigo 18 não comete qualquer violação ao texto constitucional, seja no que se refere à problemática do recurso aos tribunais, seja no que se refere à questão do duplo grau de jurisdição.

Ora, na medida em que, como acima destacado, o juiz de direito está, por sua própria investidura jurisdicional, impedido ou extremamente limitado na utilização da equidade, dos usos e costumes e das práticas comerciais internacionais para fins de prolação de sua decisão, o mesmo não se dá com o árbitro, pela própria natureza do instituto da arbitragem. A toda evidência, seria um manifesto contra-senso que a sistemática normativa impedisse - como de fato impede ou limita substancialmente - a utilização direta de tais mecanismos não positivados pelo magistrado, mas no entanto permitisse seu uso de forma transversa, em grau de recurso, autorizando a reapreciação do mérito de uma decisão arbitral. Isto não quis e nem pretendeu o legislador, seja constituinte ou ordinário, pois, já diante do pensamento aristotélico, nunca lhe seria deferido querer o absurdo!

No mesmo sentido, o aspecto mais essencial do instituto em tela - e que lhe confere maior legitimidade e relação de pertinência com a questão debatida e as especificidades próprias dos casos concretos - é que a arbitragem está sempre lastreada na plena autonomia da vontade das partes (daí sua previsão em contratos de adesão ser objeto de controvérsia, como será visto na seqüência), no que se refere a direitos disponíveis.

Assim sendo, da mesma forma que alguém é livre para contratar ou perdoar uma dívida, as relações conflituosas de origem contratual - e disponíveis - podem ser legitimamente decididas fora dos tribunais, abrindo mão as partes, quanto à decisão do mérito, do recurso ao Poder Judiciário. Nunca é demais recordar que, quem pode o mais (contratar uma obrigação ou perdoar uma dívida), pode obviamente o menos (abrir mão da disputa judicial,

em troca da arbitragem, mesmo que antes da ocorrência do fato que gerasse a controvérsia objeto da solução arbitral) Do contrário, seria equivalente sustentar que as partes, sempre e necessariamente, deveriam litigar em juízo para resolução de uma controvérsia, o que em si também representa, mais uma vez, notório absurdo. Abrir mão do recurso ao Judiciário, mesmo que antes do surgimento da controvérsia que seria objeto da arbitragem, igualmente repousa na órbita dos direitos disponíveis, uma vez que, se assim não fosse, estar-se-ia negando a possibilidade de alguém assumir obrigações subordinadas a eventos futuros e mesmo incertos, o que equivaleria retroagir ao insólito jurídico, proibindo a rotineira constituição de obrigações civis e comerciais.

Dessa forma, tendo em vista que a lógica da arbitragem - pela livre escolha dos árbitros e do procedimento, pela possível utilização da equidade, dos usos e costumes e das práticas do comércio internacional - percorre cenários diversos que os destinados às decisões judiciais, essencialmente mais formais e voltadas ao interesse geral, e não necessariamente ao das partes litigantes, não há qualquer inconstitucionalidade na renúncia livre e responsável ao recurso judicial. E mais não pretende o artigo 18 da nova lei de arbitragem, que é assim o legítimo corolário da liberdade de contratar e de solucionar disputas fora do âmbito dos tribunais, segundo o princípio da autonomia da vontade das partes.

Claro que a decisão arbitral poderá sugerir recurso ao Poder Judiciário - pois que a arbitragem nunca poderá ser arbitrária - mas notadamente por fatores exteriores ao mérito da questão decidida pelo árbitro, quanto a aspectos formais ou se violar os bons costumes e a ordem pública, como diz a própria lei de arbitragem. Do contrário, não se estará falando em métodos alternativos para a solução de disputas, como o é a arbitragem - a muitos séculos praticada pelas nações e razoavelmente conhecida por aqueles que se dedicam às transações internacionais - mas sim de um mero mecanismo protelatório ao ingresso com recursos judiciais.

A prática internacional também demonstra, ademais, que aqueles que não acatam uma decisão arbitral proferida livre de vícios formais ou exteriores ao mérito, estão fadados a serem vistos como parceiros pouco confiáveis nas relações contratuais, e mesmo passíveis de serem reconhecidos, no âmbito dos tribunais, como litigantes de má-fé.

VII - A arbitragem e os contratos de adesão

A arbitragem, como sublinhado ao longo desse breve estudo, está substancialmente lastreada no princípio da autonomia da vontade das partes. Daí que inserir o instituto em contrato de adesão, não obstante possível e previsto na própria lei, será questão sempre controversa.

Diz a lei de arbitragem: "Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. (...) §2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."

De qualquer forma, mesmo que atendidas as disposições do parágrafo segundo, acima transcrito, na prática o contratante-aderente, via de regra, poderá alegar vício no consentimento, principalmente se o contratado, responsável pela preparação do contrato de adesão, detiver posição significativamente mais elevada do que o contratante-aderente, seja do ponto de vista técnico, econômico, etc., o que normalmente ocorre.

Ademais, de se recordar que o Código do Consumidor é expresso no sentido de que: "Seção II - Das Cláusulas Abusivas. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem."

Isto posto, se as cortes judiciárias interpretarem o dispositivo do Código do Consumidor como de ordem pública, sua derrogação tácita pela nova lei de arbitragem poderia ser, via de regra, objeto de questionamento judicial, mesmo que a cláusula compromissória constasse de documento a parte ou em negrito, como estabelece o estatuto legal ora comentado. Uma possível solução seria o adequado detalhamento do compromisso arbitral, em que se sobressaísse notável equilíbrio entre as partes na estipulação da arbitragem.

VIII - Conclusão

Como visto, representa a arbitragem, com as alterações introduzidas pela nova lei, uma verdadeira revolução no campo da solução de disputas fora dos tribunais. Será um importante instrumento a facilitar o desenvolvimento das práticas comerciais internacionais, como também de extrema relevância no âmbito doméstico, uma vez comece a arbitragem a ser efetivamente utilizada no concernente a questões econômicas, empresarias, sindicais e familiares em geral, na órbita dos direitos disponíveis.

Quadro Comparativo Arbitragem vs. Poder Judiciário

Arbitragem
Poder Judiciário

Questões possíveis de apreciação

Direitos disponíveis (dos quais as partes podem abrir mão voluntariamente), entre particulares

Todos e quaisquer direitos entre particulares ou envolvendo o Poder Público

Previsão Contratual

É imprescindível a previsão da arbitragem em contrato (em cláusula compromissória ou documento escrito a parte)

Não há necessidade de qualquer previsão contratual para recurso aos tribunais (Inc. XXXV do art. 5º da CF)

Início do procedimento

Conforme acordo prévio ou por meio de comunicação (com comprovação do recebimento) emitido pela parte interessada

Ingresso com medidas judiciais competentes e citação da parte requerida

Compromisso Arbitral

Necessariamente deve ser firmado pelas partes antes do início da arbitragem. Caso a parte requerida não compareça, pode ser promovido o compromisso arbitral no âmbito do Poder Judiciário

A citação do juiz é essencial para início do processo judicial (pode ser feita por oficial de justiça, correspondência ou edital)

Órgão Julgador

Um árbitro ou mais (tribunal arbitral), sempre número ímpar

Órgãos do Poder Judiciário (singular ou colegiado)

Revelia

A arbitragem pode ser iniciada e prosseguir até o final, mesmo com a revelia de uma das partes

Não impede o ajuizamento e prosseguimento da ação judicial

Critérios para Decisão

A arbitragem pode se dar por direito ou equidade, a critério das partes. (A utilização da equidade, princípios gerais de direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio deve ser expressamente autorizada pelas partes, sempre sem violação dos bons costumes e à ordem pública)

A lei é o objeto e o limite da atividade do Poder Judiciário. A equidade ou é vedada ou excepcionalmente utilizada quando a lei expressamente o permitir. O juiz deverá atender aos fins sociais das leis e às exigências do bem comum. Somente quando a lei for omissa o juiz decidirá com base na analogia, nos usos e costumes ou nos princípios gerais de direito

Prazos

6 (seis) meses ou conforme acordado pelas partes

Não há prazos previstos para encerramento do processo judicial

Eficácia e Coatividade da Sentença/Coisa Julgada

A sentença arbitral é proferida em única instância, e não está submetida a recurso, quanto ao mérito, ao Poder Judiciário e constitui título executivo

A sentença é título executivo, mas somente faz coisa julgada com a decisão do último recurso ajuizado pela parte interessada

Sentença Estrangeira

É reconhecida no Brasil, devendo ser homologada pelo STF, desde que a matéria seja passível de arbitragem e não viole a ordem pública nacional

É reconhecida no Brasil, desde que não viole a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes, e deve ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal

Execução da Sentença

Pelo Poder Judiciário

Pelo Poder Judiciário

Custas do Procedimento

Suportadas pelas partes, inclusive os honorários dos árbitros (não há obrigatoriedade de contratação de advogados)

Tabela de custas processuais mais honorários dos advogados e ônus da sucumbência (há, em geral, necessidade de contratação de advogados)

Recurso da Decisão

Ao Poder Judiciário, no caso de se pleitear a nulidade da sentença arbitral, por infringir requisitos formais ou procedimentais da lei de arbitragem ou do compromisso arbitral (não quanto ao mérito)

As decisões (aspectos formais e de mérito) são submetidas ordinariamente a duplo grau de jurisdição, podendo haver recurso a tribunais superiores (STJ, TST etc.) e ao STF

* O Supremo Tribunal Federal está analisando diversos aspectos constitucionais da Lei nº 9.307/96, por ocasião da apreciação de sentença estrangeira proveniente da Espanha (SE 5206-7). A questão está controvertida no âmbito da Suprema Corte, sem previsão para o seu deslinde.

* Professor de Direito Internacional da Universidade Mackenzie. Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Membro da American Arbitration Association - AAA, em Nova York. Sócio da Advocacia Rodrigues do Amaral (São Paulo) e de Richards Butler - International Law Firm Londres). Membro Consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB (Brasília/DF).

Disponível em:< <http://www.hottopos.com/harvard4/ton.htm>> Acesso em.: 01 out. 2007.