

OS PERCALÇOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

André Camerlingo Alves
Junho/2004

Foi publicado em Ação de Homologação de Laudo Arbitral Estrangeiro[1] que eu patrocinava, na edição de 30 de abril de 2004 do *Diário da Justiça da União*, o celebrado acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF) o qual declarou a *constitucionalidade da Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem)*. Devido à importância desse acórdão, mas também por ter sido advogado de uma das partes do processo, tendo convivido por uma década com as relevantes questões nele discutidas, passo a narrar um pouco de sua história.

Em razão de conflitos decorrentes de relacionamento comercial (Contrato de Comissão[2]) durante os anos de 1993 e 1994, uma empresa suíça e outra brasileira firmaram, no dia 9 de janeiro de 1995, um compromisso para realização de arbitragem *ad hoc* em Barcelona, Espanha. Em seguida, iniciou-se o procedimento arbitral e, quatro meses depois, no dia 8 de maio do mesmo ano, foi emitido laudo arbitral que condenou a empresa brasileira a pagar US\$ 332.000,00 de lucros cessantes; US\$ 700.000,00 por danos morais (prestígio comercial) e mais US\$ 200.000,00 a título de ressarcimento de despesas, valores esses acrescidos de juros anuais de 5,5%, desde 1.º de janeiro de 1995 até a data do efetivo pagamento. Para que pudesse ser cumprido o laudo arbitral com a efetiva remessa do montante ao exterior, foi proposta, então, a mencionada ação. Em 6 de dezembro de 1995, entretanto, o Presidente do STF negou a homologação do laudo, sustentando, basicamente, que, conforme a Constituição Federal e o Regimento Interno do STF (RISTF), não havia à época fundamento legal para homologar *laudos arbitrais* estrangeiros, mas tão-somente *sentenças* estrangeiras. Exigiu que o laudo fosse primeiramente homologado pelo Poder Judiciário espanhol (chancelado na origem por autoridade judiciária), para, somente depois, ser homologado no Brasil (dupla homologação).

Foi, então, interposto agravo regimental[3] contra essa decisão e, depois de comprovado que na Espanha não é possível requerer homologação pelo Judiciário de laudos arbitrais, vez que esse procedimento é desconhecido pelo ordenamento jurídico espanhol, em 10 de outubro de 1996, o Ministro Sepúlveda Pertence deu provimento ao agravo, mas, com base nos arts. 176 e 177 do RISTF, no final da decisão, manifestou sua interpretação quanto à inconstitucionalidade da Lei n. 9.307/96[4]. Seu principal argumento quanto à inconstitucionalidade da lei foi o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou seja, a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Para ele, a Constituição não permite vedar o acesso ao Judiciário de lide que uma das partes quisesse submeter-lhe (arts. 267, VII, e 301, IX, do Código de Processo Civil,

alterados pela Lei de Arbitragem), tampouco forçar a outra parte a trilhar a via alternativa da arbitragem (art. 7.º da Lei n. 9.307/96).

Ouvindo-se, posteriormente, o Ministério Público Federal. O Procurador-Geral da República à época, Dr. Geraldo Brindeiro, emitiu majestoso parecer pela constitucionalidade da lei. Nesse parecer, destacou que:

(...) o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário[5].

Os demais Ministros do STF, em seguida, foram tendo vista dos autos e, por fim, em sessão plenária, a constitucionalidade foi declarada, considerando o Tribunal, por maioria de votos[6], que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral – em ação judicial específica para essa finalidade, nos termos do art. 7.º da Lei n. 9.307/96 – não ofendem o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal.

Assim, esse louvado acórdão, cujo trânsito em julgado ocorreu em meados de maio, significa, sem dúvida, um marco na arbitragem em nosso País[7]. No campo da arbitragem, porém, as águas continuam revoltas. Uma nova e relevante questão vem causando inquietação. Pelo que parece, os percalços da arbitragem no Brasil não se encerraram com o entendimento do STF no tocante à sua constitucionalidade. No momento, a questão em voga é a possibilidade ou não da utilização desse meio alternativo de solução de conflitos em questões que envolvam o setor público. Sendo a arbitragem cabível para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis, alguns entes públicos vêm se opondo a cumprir cláusulas compromissórias e, conseqüentemente, instaurar arbitragens. Alegam que os direitos tratados nos contratos administrativos são informados pelo Direito Público, portanto indisponíveis.

Esse tema já foi muito discutido em vários outros países, sendo certo que as nações de Primeiro Mundo já firmaram entendimento no sentido de se admitir a utilização da arbitragem em questões relacionadas ao setor público, principalmente em casos de Parcerias Público-Privadas (PPPs)[8]. Vem ganhando terreno no cenário brasileiro esse tipo de parceria, pois é muito bem-vindo e praticamente indispensável o investimento privado, muitas vezes internacional, em setores de petróleo, energia elétrica, estradas, ferrovias, telecomunicações etc. Interessa, portanto, não só ao setor privado, mas principalmente ao setor público, a existência de um meio rápido e eficaz de resolução de conflitos para que os programas de PPPs possam ser considerados sérios, de forma a atrair a confiança de investidores privados, nacionais ou estrangeiros, com a captação de um substancial volume de investimentos, a reduzir o custo da obra para o Estado. É por isso que, em termos comerciais, há uma expectativa muito grande pela aceitação da arbitragem nos contratos nos quais as empresas públicas se relacionam com as privadas. Já em termos fáticos, é certo que os conflitos oriundos desses contratos entre entes públicos e empresas privadas dizem respeito a questões pecuniárias. Não afrontam a soberania do Estado ou

qualquer outro interesse público relevante. Muitos desses contratos tratam de obrigações regradas pelo Direito Privado.

Essa questão já vinha sendo objeto de análise pelo Judiciário, que ora afastava, ora convalidava a arbitragem como meio de resolução de conflitos em lides envolvendo o setor público[9]. Com o passar de alguns anos, sem dúvida alguma, os precedentes jurisprudenciais iriam se consolidar, provavelmente, de forma atinente às aspirações sociais modernas, no sentido da aceitação da arbitragem. Novas orientações políticas, entretanto, levaram os Congressistas a incluírem, na Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 29/2000)[10], a proibição da utilização da arbitragem por entidades de Direito Público. Essa disposição da PEC n. 29/2000 está causando mal-estar entre o Executivo e investidores privados, que já estavam se acostumando a incluir cláusulas compromissórias em seus contratos de PPPs e, conseqüentemente, já vinham usando a arbitragem para a solução de conflitos[11].

Assim, estamos vivenciando uma nova fase de insegurança jurídica quanto à arbitragem no Brasil, diante de uma real possibilidade de retrocesso no caminho o qual o País trilhava, ou seja, apesar do apoio que o Judiciário concedeu à arbitragem, por intermédio do entendimento contido no louvável acórdão comentado anteriormente, o Legislativo, em sua Proposta de Emenda Constitucional, está prestes a reverter o fluxo das águas. Só nos resta aguardar a votação da PEC n. 29/2000 no Senado Federal.

[1] STF, Plenário, SE n. 5.206-7, rel. Min. Presidente, *DJU* de 30.4.2004.

[2] Arts. 693 e ss. do Código Civil.

[3] Art. 222, parágrafo único, do RISTF.

[4] O objeto de discussão quanto à constitucionalidade se restringiu aos arts. 6.º, 7.º, a seus parágrafos, e aos arts. 41 e 42 da Lei n. 9.307/96.

[5] Esse parecer, datado de 17 de março de 1997, foi juntado aos autos citados na nota de rodapé n. 1.

[6] Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves.

[7] Outro marco importante no campo da arbitragem em nosso País foi a ratificação da Convenção de Nova York pelo Dec. n. 4.311/2002 (convenção sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras).

[8] As PPPs são contratos entre a Administração Pública, que assume a obrigação de pagamento de prestações pecuniárias, e parceiros privados, os quais assumem a obrigação de prestar serviços.

[9] Exemplo: ação declaratória movida pela Companhia Paranaense de Energia (Copel) em face da UEG Araucária Ltda., autos n. 24.334, perante a 3.ª Vara da Fazenda Pública do Paraná.

[10] Proposta de Reforma do Judiciário que traz a seguinte redação no art. 98, § 4.º: "Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesses poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei".

[11] Ademais, várias leis que dizem respeito ao setor público já contemplam a arbitragem, como as Leis de Concessões Públicas, de Petróleo, Telecomunicações,