"A ARBITRALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM"

José Emilio Nunes Pinto
Sócio responsável pela área de Arbitragem de
Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados
jenp@tozzini.com.br

Redundante? Certamente que não. Neologismo? Pode ser. Se é neologismo, é apenas uma palavra nova que está sendo introduzida na língua portuguesa? Certamente que não. O que é então a arbitralização da arbitragem?

Se tivéssemos que definir a arbitralização da arbitragem, certamente seríamos forçados a dizer que se trata de um fenômeno tropical, localizado pontualmente no Brasil, e sem incidência em outros continentes. Se buscarmos as razões de incidência desse fenômeno, constataremos que ela é contemporânea do estágio de desenvolvimento do instituto da arbitragem, correspondendo, ao que ocorre, no campo da vida humana, à infância. A infância do instituto da arbitragem se manifesta na falta de uma prática consistente e de uma massa crítica de casos arbitrados. É verdade que a Lei de Arbitragem, na sua feição mais moderna, é de edição recente. No entanto, como já tivemos a oportunidade de nos manifestar, a causa da manutenção do estágio de infância está na trajetória de acidentes e incidentes por que vem passando a arbitragem no Brasil.

Devido às dificuldades de utilização da arbitragem e, em especial, da existência de uma legislação hoje já revogada e que não propiciava o seu desenvolvimento, caiu esta em desuso, cedendo exclusividade à solução judicial das controvérsias surgidas nas relações contratuais, ainda que relativas a direitos patrimoniais disponíveis. Por via de conseqüência, cristalizou-se, ainda em matérias onde a arbitragem seria cabível, a prática do contencioso judicial, caracterizado este por suas normas estritas, prazos determinados e de estrita observância pelo juiz e pelas partes, fases bem delineadas e encerradas pelo efeito da preclusão, sem mencionar a necessidade de participação obrigatória de advogado para postulação de direitos. Essa prática reiterada do contencioso judicial moldou o perfil de algumas gerações de advogados e vem dando origem ao processo denominado de "processualização da arbitragem".

A arbitralização da arbitragem é um fenômeno que se contrapõe à sua processualização. Ao fazermos este contraponto não pretendemos criticar uma e elogiar outra; não estamos fazendo, enfim, qualquer juízo comparativo de valor. O que se busca, nada mais é do que incentivar o exercício de cada um deles levando em conta as suas características próprias,

evitando-se a transposição de conceitos e atitudes, como estes fossem intercambiáveis numa e noutra.

A prática vem demonstrando que é muito difícil não se ceder à tentação de cair na processualização. Casos há, e não são poucos, onde instrumentos típicos do processo judicial são trazidos à prática arbitral, engessando procedimentos ou impedindo que estes se desenvolvam com a flexibilidade que lhes é característica. Esses casos devem ser objeto de grande preocupação de todos os que se encontrem envolvidos em procedimentos arbitrais. Faz-se necessário que se moldem as atitudes das partes e, sobretudo, dos árbitros. Quanto a estes, é vital que decidam efetivamente e que exerçam os poderes que lhes foram conferidos por lei. Outra coisa que não se pode aceitar é que, na insegurança natural que ronda o estágio de infância da arbitragem no Brasil, além de processualizada esta se torne judicializada. Portanto, quanto maior for a insegurança em decidir, mais tenderão os árbitros a remeter as partes ao Judiciário, e mais estará a arbitragem judicializada.

O antídoto à processualização e judicialização da arbitragem é a sua arbitralização. Arbitralizar a arbitragem é dar, na prática, vida ao marco legal que regula o instituto. É aplicar a lei ao caso concreto, mas da forma em que foi esta concebida. E ressalte-se, por oportuno, que a lei não teve como premissas a processualização, nem a judicialização. Nem há qualquer traço destas no texto legal vigente. Muito pelo contrário e veremos isto ao final deste Artigo.

É muito importante que se relembre que a Lei de Arbitragem trouxe um abrandamento da rigidez das regras procedimentais quando comparadas com as aplicáveis ao processo. Abrandamento da rigidez, mas com preservação de garantias constitucionais das partes. Se, de um lado, a arbitragem não deve ser processualizada, por outro, não deve ela representar uma aventura em que se lance o titular de direitos, já que a constitucionalidade da Lei de Arbitragem pressupõe que, nas matérias em que seja cabível a solução de controvérsias pela via arbitral, ainda aí as garantias constitucionais correlatas estarão presentes. A arbitragem prioriza e garante os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Na arbitragem, o princípio do contraditório se faz presente em todas as fases, seja quando da elaboração do compromisso, seja quando da apresentação das alegações iniciais e finais, sem mencionar quaisquer eventos ou despachos do árbitro ou Tribunal Arbitral, no curso do procedimento, que afetem ou possam afetar os direitos das partes em discussão. Da mesma maneira, a regularidade do procedimento arbitral não poderá prescindir do tratamento igualitário dispensado a todas as partes envolvidas. No entanto, optando pelo procedimento arbitral, as partes esperam a distribuição da justiça mediante a solução da controvérsia surgida entre elas em relação a determinado negócio jurídico. Para tanto, pressuposto fundamental de todo o procedimento arbitral é a imparcialidade dos árbitros e sua

neutralidade em relação às questões objeto da controvérsia. A violação de qualquer desses princípios induz a nulidade da sentença arbitral.

Nessa mesma linha de idéias, deve o árbitro estabelecer o seu livre convencimento em relação aos fatos e circunstâncias que deram origem à controvérsia entre as partes. Nesse princípio reside uma questão subjacente de natureza ética, ou seja, se é certo que o árbitro deve decidir, mais certo ainda é que não decida até que tenha formado integralmente a sua convicção em relação à controvérsia. É dever do árbitro entender os fatos e lançar mão dos meios legais à sua disposição para buscar a verdade. O exercício do dever poderá fazer com que o árbitro seja mais flexível na aplicação das regras regulamentares aplicáveis à arbitragem. Se vislumbrar que da sua atuação mais flexível poderá obter mais dados e informações relativas à controvérsia, não deve se furtar a assim proceder. Ademais, o abrandamento da rigidez das normas processuais admite que o árbitro determine, de ofício, provas que pretende ver realizadas e que não foram postuladas pelas partes, tudo em prol de seu livre convencimento. No entanto, há dois pontos essenciais que influenciam a atuação do árbitro. De um lado, não deve ele flexibilizar a aplicação de regras se entender que qualquer das partes age sem a devida diligência e pretende se beneficiar dessa flexibilização e, ainda, se a flexibilização em nada poderá contribuir para o seu livre convencimento. Neste último caso, a flexibilização não guardaria qualquer relação de benefício para o procedimento, podendo vir a ser entendida como favorecimento a uma das partes. Inexiste um receituário prático que prescreva os procedimentos a serem adotados e aqueles em que se devam flexibilizar as regras. Isto será sempre uma questão de foro íntimo, a ser avaliada pelo árbitro à luz dos contornos de cada caso.

Muito se vem falando das responsabilidades e deveres dos árbitros e de seu comportamento ético. Vale lembrar que, ao optarem por submeter as controvérsias à arbitragem, as partes nela envolvidas também assumem responsabilidades e têm deveres específicos. Dever de colocar à disposição do árbitro as informações, dados e circunstâncias que integram a questão controversa e a responsabilidade de agir diligentemente de forma a permitir que os prazos sejam cumpridos, especialmente aquele ao final do qual deverá o árbitro proferir a sentença arbitral. O descumprimento do prazo para prolação da sentença arbitral, na forma ajustada no compromisso, induz a nulidade da sentença arbitral, dada a gravidade da falta em face da importância conferida pela Lei de Arbitragem ao acordo das partes. A proteção desse ajuste carrega junto com ela a obrigação das partes de atuar diligentemente, eximindo-se de praticar qualquer ato que tenha efeito meramente protelatório da decisão final. Essa obrigação é uma outra faceta da ética no procedimento arbitral, imputável às partes e seus representantes, sejam eles advogados ou não.

Do lado dos árbitros, devem eles definir claramente a linha divisória entre a extensão do princípio do contraditório evitando o cerceamento de defesa e a manifestação continuada em que se possa determinar a intenção protelatória sem qualquer benefício para o convencimento do árbitro e deslinde da controvérsia. Traçada essa linha, deve o árbitro

avaliar o estado do processo, encerrando a fase de manifestação das partes. Ao tomar essa decisão, deve o árbitro ter em mente que uma possível alegação infundada de cerceamento de defesa poderá ser menos onerosa do que uma alegação de nulidade da sentença arbitral por descumprimento de prazos. É indubitável que o árbitro terá sempre meios de garantir que o encerramento da fase de manifestações ocorra com a participação das partes envolvidas adotando, para tanto, expediente acautelatório, já que esta é uma medida salutar para a preservação da validade da sentença arbitral.

Por tudo isso, defendemos a arbitralização da arbitragem, afastando a sua processualização. Somente uma vez arbitralizada, poderá a arbitragem cumprir plenamente a sua função. Somente cumprindo integralmente a sua função, estará a arbitragem contribuindo para o equilíbrio das relações e negócios jurídicos e atendimento da vontade das partes manifestada, num primeiro estágio, na cláusula compromissória e reiterada no compromisso.

A bem da verdade, é importante que se diga que, ao passo que a processualização da arbitragem é indesejável, o Judiciário tem um importante papel a desempenhar no processo evolutivo do instituto até que atinja a sua maturidade. É justamente o Judiciário o poder que haverá de construir a jurisprudência da arbitragem, que aferirá o cumprimento das normas éticas pelos árbitros e partes, assim como sancionará os desvios ocorridos no procedimento arbitral. Ao não judicializarmos a arbitragem, estaremos implementando as disposições legais, reservando-se o Judiciário para que ele exerça o papel que a Constituição e a Lei de Arbitragem desenharam para que ele exercesse. Somente com um Judiciário forte e ativo, que construa e solidifique a jurisprudência sobre a arbitragem é que estaremos fortalecendo o instituto.

São Paulo, agosto de 2003.