

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

**PRIMEIRO ENCONTRO BRASILEIRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM
São Paulo, 26 de março de 2001**

Arbitragem – Realidades no Brasil

Palestrante: Selma Maria Ferreira Lemes *

Agradeço o convite formulado pelo Prof. Fernando de Oliveira Marques, grande incentivador da arbitragem e organizador deste evento, para proferir palestra neste encontro. É a primeira vez que compareço à Faculdade de Direito da PUC. Sinto-me honrada e ciente de minha responsabilidade por estar na casa de eminentes professores que fizeram e fazem escola para o Brasil, nas disciplinas de direito tributário, com o saudoso mestre Geraldo Ataliba, no direito processual civil, entre outras.

Não há ambiente melhor para propagar idéias novas do que na Academia. Aqui temos estudantes de direito, ávidos para obter o diploma, saírem a praticar o direito e coadjuvar na administração da justiça. Carregam consigo a esperança de contribuir na melhora de nossas instituições jurídicas.

Há onze anos, um grupo de advogados e representantes da sociedade civil reuniu-se em São Paulo, na sede da Associação Comercial, mediante a iniciativa de um ilustre advogado pernambucano, Petrônio Muniz, que, como os outros presentes não se conformavam com o fato de não termos uma lei de arbitragem que incentivasse o uso deste importante meio de solução de controvérsias extrajudiciais, nas quais as partes podem eleger um terceiro de sua confiança, independente e imparcial, para solucionar a controvérsia, com base nas regras de direito ou por equidade.¹ Nessa reunião, formou-se uma comissão integrada por Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e por mim. Redigimos em 39 dias um anteprojeto de lei. Em seguida, esse anteprojeto foi submetido à comunidade jurídica, que ofereceu diversas sugestões, muitas incorporadas ao texto. Em abril de 1991, em Curitiba, num Seminário Internacional o anteprojeto foi aprovado. Em junho do mesmo ano, o então Senador Marco Maciel apresentava o projeto ao Senado Federal. Foi longa a caminhada legislativa e, em 1996, com apenas duas emendas ao projeto inicial, tivemos o diploma legal sancionado e promulgado, advindo a Lei n. 9.306/96.

* Advogada, mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, autora do livro “Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade” (LTr, 2001), sócia de Selma Lemes Advogados Associados, arbitragem@selmalemes.adv.br

¹ Salientamos que na década de 80 houve três projetos de iniciativa do executivo, propondo alterações na disciplina jurídica da arbitragem, mas não chegaram, sequer a ser enviados para o Congresso nacional.

Atentando ao tema que devo discorrer, afigura-se oportuno tecer algumas considerações sobre a lei de arbitragem votadas à prática, sem adentrar em discussões teóricas, mesmo porque acredito que o Prof. Fernando gostaria de abordar com mais profundidade este assunto. Geralmente quando dois palestrantes discorrem sobre o mesmo assunto, o primeiro fala tudo e o segundo fica prejudicado.

Prefiro ater-me a fatos de política arbitral e de arbitragem aplicada, haja vista a atuação que venho tendo neste setor, anteriores à elaboração do anteprojeto de lei sobre arbitragem. Assim, nossa preleção será dividida em três partes:

- A Lei de Arbitragem
- Contribuição para o Desenvolvimento da Arbitragem no Brasil (Política Arbitral)
- Arbitragem Aplicada

A lei de arbitragem representa avanço considerável frente ao texto revogado, art. 1072 a 1100 do CPC. O principal foi outorgar efeito vinculante à convenção de arbitragem, seja na forma de cláusula compromissória ou compromisso.

Em síntese, podemos descrever as seguintes características da lei de arbitragem:

Direitos Patrimoniais Disponíveis – todas as questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis podem ser solucionadas por arbitragem, estão fora da órbita arbitral, questões de estado, criminais, tributárias, etc. O campo em que a arbitragem encontra guarida é nas contratações de todas as espécies, sejam cíveis ou comerciais.

Convenção de arbitragem - cláusula compromissória e compromisso.

Cláusula Compromissória – Cláusula inserida em contrato. **Substitui a cláusula de eleição de foro. É muito importante não cumular a cláusula arbitral como a cláusula de eleição de foro, para evitar dissabores por ocasião da instauração de futura arbitragem decorrente do contrato firmado.**

Compromisso - É o instrumento firmado pelas partes, árbitros, e duas testemunhas. Questão importante a ser colocada é saber se o compromisso é sempre obrigatório, ou refere-se a instrumento exigível apenas quando não exista cláusula compromissória. Entendemos que o compromisso só é exigível quando não exista cláusula compromissória. De toda sorte, como é imprescindível que as partes e árbitros tenham perfeitamente ciência dos limites da controvérsia a ser dirimida, e principalmente diante de arbitragem institucional, os regulamentos prevêm que seja firmado o Termo de Arbitragem.

Arbitragem Institucional e Ad Hoc – Arbitragem institucional é a arbitragem administrada por uma instituição arbitral que possui regulamento próprio, o qual as partes elegem como regras procedimentais. Por sua vez a arbitragem *ad hoc* é aquela em que as próprias partes estabelecem as regras procedimentais a serem seguidas, fixam os prazos etc.

Princípios jurídicos a serem observados:

Princípio da Autonomia da Vontade – As partes são livres para escolher a instância arbitral e as regras a serem observadas pelos árbitros, isto é os árbitros poderão solucionar a controvérsia de acordo com as regras de direito ou por equidade (art. 2, parág. 1.).

Princípios do Contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade dos árbitros – considerados a Carta Magna da Arbitragem (art. 21, parág.2).

Atrativos para escolher a arbitragem (em vez da justiça estatal) - são a celeridade, o sigilo e a especialidade e a eleição da solução por equidade (em vez da opção única das regras legais, no processo comum).

Quem pode ser árbitro – qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes (art. 13). Os árbitros devem ser independentes e imparciais e obedecer ao código de ética estabelecido art. 13, parág. 6.

Momento em que a arbitragem está instituída – quando os árbitros aceitam a nomeação. Inovação importante frente ao texto anterior, que considerava a arbitragem instituída quando fosse firmado o compromisso.

Enfim, deixo para o Prof. Fernando completar a indicação dos principais dispositivos da lei para, fazer menção às questões de política arbitral, que são extremamente importantes para o futuro da arbitragem no Brasil.

Certa feita, antes de a lei de arbitragem ser aprovada ao participar em Seminário realizado no STJ, sobre “Perspectivas Brasileiras no Campo da Solução de Controvérsias”, que contou também com a participação da atual Ministra Ellen Gracie do STF, em março de 1996. Ao atuar como debatedora do Ministro Sálvio de Figueredo Teixeira, salientei que três fatores contribuiriam para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil:

a) Segurança Jurídica – há época, a arbitragem era regulada pelo CPC. Agora, esta questão está superada, e a convenção de arbitragem tem o condão de afastar a submissão da questão ao judiciário. Veja bem, não há que se falar na constitucionalidade da arbitragem frente ao

art. 5, inciso xxxv da CF. O STF já colocou uma colher-de-cal sobre esta questão. A arbitragem é constitucional. As partes são livres para renunciar o recurso ao judiciário, assim como renunciam seus direitos, tais como quando fazem acordos extrajudiciais. Lembrem-se que as questões que estão em apreciação no STF (discussão quanto à constitucionalidade no bojo da SE nº 5206-7 – Espanha) são as que se referem aos artigos 6 e 7 da lei, e dizem respeito à cláusula arbitral vazia e a possibilidade de o juiz intervir no processo para instituir a arbitragem.

A jurisprudência que vem se formando nas justiças estaduais está demonstrando a ampla acolhida da arbitragem. Quando existe cláusula arbitral nos contratos a ação judicial intentada é encerrada sem julgamento de mérito por força do disposto no art. 267, inciso VII do CPC (art.41).

b) Difusão Cultural – Estudo acadêmico ou cursos de extensão universitária do instituto, bem como das diversas formas de solução extrajudicial de solução de controvérsias. Não estamos falando de cursos de formação de árbitros. Pode-se treinar pessoas, capacitá-las para atuar como árbitros, haja vista que a lei determina que qualquer pessoa de qualquer profissão pode atuar como árbitro. Mas o que se vê na prática são pessoas fazendo cursos, geralmente caríssimos, na expectativa de ter encontrado um trabalho. Isto é um engodo. Não existe a profissão de árbitro. Ser árbitro é uma circunstância, e não uma profissão. Estão criando uma falsa expectativa que não existe. A demanda atual ainda é muito pequena em face das arbitragens existentes.

b) A Conscientização do Advogado- O advogado é a peça-chave para operacionalizar, de fato, a arbitragem. O profissional do direito precisa ser devidamente treinado para atuar na arbitragem. Deve dispensar o antagonismo presente nas lições forenses. A sua postura deve ser também de um negociador. Práticas dilatórias e procrastinatórias fogem ao fim precípua da arbitragem, que a celeridade.

c) Manutenção de Regras Flexíveis- como corolário do item acima, a manutenção de regras flexíveis e a não “contaminação” das técnicas processuais, como mencionado na literatura internacional, são fundamentais para não desvirtuar o processo arbitral.

Verifica-se que a arbitragem se afeiçoa perfeitamente às “ondas renovatórias” citadas por Mauro Cappelletti referentes aos movimentos universais de acesso à justiça, preconizando a existência de novas técnicas que vão da desformalização do processo à justiça efetiva e em tempo razoável. Nesta linha verificamos que a partir de 1994 as reformas advindas na legislação processual, os juizados especiais cíveis e criminais, a lei de arbitragem, as privatizações no setor público, a lei que dispõe sobre o sistema de financiamento imobiliário e a alienação fiduciária de coisa móvel (lei n. 9514 de 20.11.97, art. 24), a lei que trata de transporte multimodal de cargas (lei n. 9611, de 19.02.98, art. 23) a ratificação pelo Brasil de Convenções Internacionais que dispõem sobre arbitragem, enfim, são movimentos irreversíveis que devemos estar atentos e aptos a absorvê-los.

Por fim e rapidamente gostaria de discorrer sobre a Arbitragem Aplicada.

Providências Práticas –

- Verificar o tipo de contratação.
- Redação da minuta de contrato.
- Incluir convenção de arbitragem. (não eleger foro judicial).
- Na redação da cláusula compromissória optar por arbitragem institucional ou *ad hoc*.
- Cláusula arbitral vazia/ cheia.
- Surgida a controvérsia: contatar a outra parte na forma estabelecida na cláusula arbitral.
- Como escolher o árbitro. Termo de Independência.
- Termo de Arbitragem.
- Procedimento Arbitral.
- Sentença Arbitral.