

IMPORTANTE: Esta palestra foi anterior à vigência da Lei nº 9.307/96

**ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA DO PARÁ
ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL- PARÁ**

**SEMINÁRIO SOBRE ARBITRAGEM
BELÉM , 06 E 07 DE DEZEMBRO DE 1995**

O PAPEL DO ADVOGADO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL

SELMA MARIA FERREIRA LEMES¹

É com grande satisfação que compareço a este Seminário para tratar de tema com enorme repercussão prática, e que a todos nós, advogados, toca de perto.

Esta é a segunda oportunidade que discorro sobre o assunto, que também foi objeto de palestra em Simpósio Internacional no âmbito do MERCOSUL, realizado em Curitiba, em setembro/95.

Naquela oportunidade como agora saliento que a abordagem deste tema, em nosso plano de trabalho, passou a ser considerada prioritária. Depois de muitos anos de atuação na área estou plenamente convencida de que a conscientização do advogado brasileiro é a peça-chave para a mudança, só assim a arbitragem poderá prosperar em nosso País.

É evidente que precisamos também da iniciativa dos empresários como de particulares, mas quem é o conselheiro nesta hora, senão o advogado? Por isso esta palestra é extremamente oportuna e melhor lugar não há para discorrer sobre este assunto do que uma Conferência na nossa própria casa: a Ordem dos Advogados.

As reflexões que seguirão são frutos de observações colhidas nestes vários anos que dedicamos ao assunto. São singelas e despretensiosas, tendo o único objetivo de auxiliar a construir uma adequada mentalidade profissional, imprescindível ao desempenho do profissional do direito. Primeiramente, falaremos sobre o papel do advogado, sob a ótica que denominamos de Introspecção Aconselhável e, posteriormente, quanto à condução

¹ Advogada, chefe-adjunta do Departamento Jurídico da Federação e do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo. Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Membro da Comissão Relatora do Projeto de Lei sobre Arbitragem que tramita no Congresso Nacional.

do procedimento arbitral e a indicação dos árbitros, concentrando-nos em dois tópicos: a figura do árbitro e o compromisso. A análise que se seguirá será eminentemente pragmática, haja vista que não pretendemos fazer menção expressa da legislação, mas lhes transmitir a sua efetividade, operatividade.

I - ADVOGADO. INTROSPECÇÃO ACONSELHÁVEL

1. POR QUE A ARBITRAGEM DEVE FAZER PARTE DE NOSSO UNIVERSO ?

Não podemos permanecer alheios e indiferentes às transformações de nosso tempo. Não podemos ficar atados à costura manual de autos judiciais enquanto o mundo passa sua agulha nas tramas da rede internet. Esta situação é sentida de perto pelos profissionais que militam na área empresarial. A volatilização das transações comerciais intensificadas na área internacional com o MERCOSUL precisam encontrar novas sendas para soluções de controvérsias que se adaptem às suas peculiaridades. A legislação nos faculta a instância arbitral e, nas contendas comerciais e cíveis, a utilização é de largo espectro, não apenas nos litígios internacionais, mas também para as questões internas.²

Neste contexto, o profissional do direito deve estar preparado para oferecer a seu cliente assessoria adequada neste ramo do direito. Muitas vezes é o próprio cliente que indaga ao advogado quanto a esta opção à via judicial. Por outras, é a minuta de contrato apresentada pelo outro contratante, que faz constar uma cláusula arbitral (ou compromissória), como é corrente em contratos internacionais. Devemos estar aptos a auxiliar nossos clientes, procurando atualizar-nos reciclando conhecimentos, revendo antigas posições e preconceitos que possam pairar com referência à arbitragem. Se não nos foi ministrada a matéria na Academia, precisamos suprir esta ausência com estudos doutrinário e jurisprudencial. A atualização é exigência de todos os ramos do saber. Na formação intelectual do advogado é notório que não podem existir pontos de parada. Ou se avança, ou se vai para trás. O advogado que não estuda, pesquisa e se atualiza, retrocede.³ Fazendo eco das palavras do insigne jurista uruguaio

² Quanto à arbitrabilidade da controvérsia, especificamente na área da propriedade intelectual, reportamo-nos a nosso trabalho "Arbitragem em Propriedade Intelectual. Instituições Arbitrais", III Congresso Internacional sobre Propriedade Intelectual. A Globalização da Economia. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, junho/1995. No prelo para publicação na Revista de Direito Civil (Revista dos Tribunais).

³ O insuperável Rui Barbosa, na Oração aos Moços, prelecionou: "...Os que madrugam no ler, convém madrugarem no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas,

Eduardo Couture, o advogado que não se atualiza é cada dia menos advogado. O direito é ciência viva, transmuda-se com o curso das idéias e as vicissitudes da realidade circundante, muitas vezes sem alteração do texto legal, por obra de exegese do intérprete originário, o juiz, consoante os ensinamentos de Kelsen. Cumpre ao advogado estar alerta e atento a estas mudanças.⁴

2. O PROCEDIMENTO ARBITRAL NÃO É UMA AÇÃO JUDICIAL

Para que o assunto possa ser corretamente focado devemos despojar-nos de posturas até então adotadas em lições forenses. Devemos rever posições e reciclar conhecimentos. Refiro-me, preferencialmente, à ausência do antagonismo forense - da lide forense -, isto é, não estamos diante de um processo judicial, as partes não são autor e réu, mas demandante e demandado. E isso tem uma importância transcendental, porque propiciará que nos situemos corretamente, que tenhamos a conduta profissional apropriada. O clima em que se desenvolve a arbitragem é descontraído e informal, sem com isso abrir mão da seriedade e da aplicação dos princípios do *due process of law*.⁵

Esta afirmação não representa uma crítica, mesmo porque nem poderia, haja vista a ausência quase total da instância arbitral entre nós, principalmente nas questões internas. A pouca experiência que temos é na área internacional. Todavia, para que estejamos aptos e habilitados a fornecer a nossos clientes um apropriado patrocínio, mister se faz conscientizarmo-nos disto. Devemos despojar-nos do antagonismo da lide, para a qual fomos treinados na academia e que intensificamos nos embates forenses. Neste contexto esta advertência tem função profilática. Preventiva.

principalmente, nas idéias próprias, que geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila. Um sabedor não é armário de sabedoria armazenada, mas transformador reflexivo de aquisições digeridas. Já se vê quanto vai do saber aparente ao saber real. O saber de aparência crê e ostenta saber tudo. O saber da realidade, quanto mais real, mais desconfia assim do que vai aprendendo, como do que elabora." E.Couture prelecionou: "o direito se aprende estudando, mas se exerce pensando".

⁴ Manuel A. Domingues de Andrade, "Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis", Arménio Amado Editor, Coimbra, 1987, pág.17.

⁵ Conferir nossas anotações "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado", RT 686/73 (1992), Revista de Informação Legislativa (Senado Federal) 115/441 (1992) e "Revista de La Corte Española de Arbitraje", v. VII, pág.31 (1991).

Muitas críticas que se fazem atualmente aos advogados em praças onde a arbitragem é amplamente utilizada é que estão desvirtuando o espírito do procedimento arbitral, levando para lá práticas que são boas no fórum, mas totalmente desnecessárias na arbitragem. Tentam adotar provimentos dilatórios, procrastinatórios, que fogem ao fim precípua da arbitragem : a celeridade. Esta postura não auxilia a quem optou por esta via extrajudicial de solução de controvérsias.

Cumprir notar, todavia, que as críticas dirigidas aos advogados devem ser recebidas ***cum grano salis***, haja vista a presença de outros fatores que também contribuem para uma conduta não apropriada, que deixa muito a desejar, como, por exemplo, quando a própria parte não é diligente em questões que são de sua alçada, ou até o próprio árbitro ou árbitros, não dedicam à arbitragem o tempo e atenção necessários. Porém, a crítica deve ser considerada construtiva e devemos nos policiar para evitar que práticas afeitas aos processos judiciais contaminem a instância arbitral.⁶

Enfim, o que devemos ter em conta é que o procedimento arbitral se desenvolve em clima diferente dos embates forenses, sendo mais informal e descontraído, sem contudo descuidar dos princípios jurídicos garantidores de um julgamento justo, como acima mencionado.

3. A ARBITRAGEM NÃO REPRESENTA RESTRIÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO PARA OS ADVOGADOS

Este esclarecimento se revela fundamental para que se dissipem, definitivamente, dúvidas e equívocos. A arbitragem não representa restrição ao mercado de trabalho do advogado, muito pelo contrário, revela-se um novo campo de atuação, promissor e profícuo. Numa arbitragem bem conduzida todos ganham: o cliente resolve seu problema rapidamente, digamos, mais rapidamente do que no Judiciário. Do mesmo modo, o advogado auferirá seus honorários em tempo apropriado. O relacionamento travado entre eles, a ausência de desgastes causados pela delonga e pelo descontentamento com os trâmites processuais,

⁶ Verificar, a propósito os percucientes comentários de Margaret Rutherford, "The Need for a New Drive: Rethinking Arbitration as a Service to the Public. The Need to Shorten the Duration of Domestic and International Arbitral Proceedings". Seminário da "Union Internationale des Avocats", realizado em Estrasburgo, França - setembro de 1994 *in* "Arbitration", vol.61, February, 1995, pág.6.

devem ser computados e analisados no contexto da relação custo - benefício.

4. COMO DECIDIR SE DEVEMOS ACONSELHAR A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Esta decisão íntima do advogado é sempre precedida da análise da conveniência e oportunidade. Perquirir os prós e contras da situação em face da legislação, é o que todos fazemos inicialmente. É certo, por exemplo, que nossa legislação atual não facilita a utilização da arbitragem por não dar força executiva à cláusula arbitral e por condicionar a execução do laudo arbitral a prévia homologação.⁷ Não obstante, na área empresarial, a questão da via arbitral está sendo reavaliada e são ambas as partes que decidem adotá-la; desejam uma decisão rápida e a custos menores. É certo que quando se quer faz, quando não se quer colocam-se empecilhos. Assim mesmo sem lei arbitral eficiente, se as partes quiserem podem dispor da arbitragem.

Ainda, digno de nota, é o avanço que temos experimentado recentemente tanto de iniciativa do judiciário como do legislador, haja vista a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça no famoso caso "Lloyd Brasileiro contra Ivarans Rederi" em que foi reconhecida a vigência no Brasil do Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923.⁸ Naquela oportunidade foi memorável o voto do Ministro Gueiros Leite, que decidiu a questão tendo como premissa básica o princípio jurídico da boa-fé, que rege todas as relações jurídicas. Se houver tempo posso relatá-lo, oportunamente. Quanto aos provimentos legislativos, no âmbito internacional, alvissareiras são as aprovações pelo Congresso Nacional das Convenções Arbitrais Interamericanas do Panamá, de 1975 e de Montevideu, de 1979, bem como notícias de que o Executivo estaria enviando ao Congresso, para aprovação e posterior ratificação, a Convenção de Nova Iorque, de 1958, em vigor em 105 países, e que representará a inserção plena do Brasil à comunidade jurídica internacional. Ainda, contamos com projeto de lei tramitando no Congresso Nacional, que dá feições novas e atuais à arbitragem, procurando corrigir os entraves

⁷ A propósito conferir, Celso Barbi Filho, "Execução Específica de Cláusula Arbitral" *in* RDM 97/29 (janeiro/março 1995).

⁸ Referido protocolo vigora no Brasil por força do decreto 21.187/32. Quanto ao *leading case* citado conferir Jürgen Samtleben, *in* RT 704/276 (junho/1994) e Paulo Borba Casella, "Arbitragem Internacional e a Boa-Fé dos Contratantes" *in* Contratos Financeiros Internacionais, RT, São Paulo, 1994, pág.127.

impostos pela legislação atual.⁹ No âmbito do Mercosul as iniciativas legislativas comuns amplamente apoiam a solução arbitral entre particulares.¹⁰

Em seguida a esta breve digressão, retornando aos aspectos práticos, confidenciamos aos Senhores que pudemos sentir a ampla receptividade com que a sociedade recebeu a notícia da instalação da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, que já está sendo eleita em inúmeros contratos internos e internacionais para administrar controvérsias futuras, se for o caso. Os Senhores receberam um exemplar do Regulamento e dos Informes da Câmara. Verifiquem que há a possibilidade de se resolver uma contenda em aproximadamente 60 dias; é a denominada arbitragem expedita.

Após estas ponderações, que, reitero, são humildes e despretensiosas, cujo escopo também é instigar a reflexão dos Senhores, passamos a comentar as principais dificuldades, ou melhor, situações práticas que o profissional do direito deparará com a iminência de se instaurar um procedimento arbitral. Sob esta ótica, dedicaremos nossa atenção a dois estágios: considerações sobre o árbitro e a elaboração do compromisso.

II - O PROCEDIMENTO ARBITRAL E A ESCOLHA DOS ÁRBITROS

Superadas as avaliações prévias e optando-se pela via arbitral, a primeira questão proposta é quem será o árbitro, como escolher e indicar.

1. QUEM PODE SER ÁRBITRO ?

Qualquer pessoa que detenha a confiança das partes, diz o artigo 1078 do CPC. Então nosso cliente, de pronto, pergunta: pode ser meu pai? É evidente que não. Aos árbitros aplicam-se as mesmas

⁹ Conferir: Carlos Alberto Carmona, "A Arbitragem no Brasil: Em Busca de Uma Nova Lei ",Revista de Processo 72/53 (outubro-dezembro/1993). Pedro Batista Martins, "Anotações sobre a Arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92", Revista de Processo 77/23 (janeiro-março/1995). E, de nossa lavra Princípios Jurídicos e Características do Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem", Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, Curitiba, 27.04.92; "Principles and Characteristics of Brazil's Bill on Arbitration", Focus Americas, vol. 1, nº3, pág.21 (1993) e "Anteproyecto de Ley Brasileño sobre Arbitraje. Una Aportación para la Modernidad", Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, Tomo IV, n ° 3, pág.825 (1992).

¹⁰ Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, de 05.08.94. Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, e Administrativa, firmado em Las Leñas, 27.06.92 (Decreto Legislativo nº 55, de 1995).

regras de impedimentos e suspeições dos juízes. Assim, não pode ser árbitro um amigo íntimo, um inimigo capital, um empregado da parte, seu advogado, enfim pessoas que não possuem independência e imparcialidade para emitir um juízo de valor isento.¹¹

É importante que fique muito claro, também, que o árbitro escolhido não está compromissado com a parte que o indicou, quanto à decisão que proferirá. Não é porque foi indicado por ela que terá de agir como seu advogado no procedimento arbitral. Como o juiz, seu compromisso é com sua consciência, devendo resolver a questão de acordo com sua livre convicção e dentro das regras de direito e, por equidade, se estiver autorizado pela partes. Em arbitragem institucional é previsto que nenhum contato deve ser mantido com o árbitro, tanto pelas partes como por seus procuradores durante o procedimento arbitral, sem que estejam presentes a outra parte e seu procurador. Todo contato e envio de correspondência é efetuado pela instituição arbitral (câmara). Na indicação e escolha do árbitro o advogado deve auxiliar a parte, recomendando que seja, se for o caso, um técnico na matéria controvertida. Por exemplo, um engenheiro mecânico, se o problema for o desempenho de uma máquina.

Quando um provável árbitro for contatado pelo advogado para saber se aceita a incumbência, o advogado deve superficialmente expor o caso, e, por sua vez, o árbitro deve evitar emitir qualquer juízo de valor, tal como, "entendo que seu cliente tem razão". Uma afirmação como essa poderá, de pronto, inabilitar o árbitro. O árbitro deve escutar, e não externar nenhuma avaliação prévia. De outra face, o árbitro só deve aceitar a indicação quando entenda que está habilitado a resolver a questão e disponha de tempo para dedicar à arbitragem. Normalmente, as Instituições Arbitrais dispõem sobre os motivos de impedimento do árbitro. No Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, a matéria está disposta na cláusula 6.3.

Constata-se facilmente que a figura do árbitro está involucrada em princípios éticos, que haverão de ser observados. Em decorrência, entendemos ser de grande importância divulgá-los. Assim, por ocasião de Seminário que coordenamos no Instituto dos Advogados de São Paulo, proferimos a palestra "Árbitro. O Padrão de Conduta Ideal", no qual tecemos amplas considerações sobre o assunto, inclusive vertendo para o vernáculo as posturas elaboradas pela

¹¹ Conferir Fernando Mantilla Serrano, "La constitución del Tribunal Arbitral: Cómo Escoger el Árbitro", Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, El Arbitraje Comercial Internacional - Suplemento Especial, abril/1995, pág.37.

comunidade jurídica internacional, o Código de Ética da **International Bar Association - IBA** para os árbitros internacionais e o da **American Bar Association e American Arbitration Association** para árbitros em disputas comerciais, que com as devidas adaptações possuem aplicação tanto nos países do **common law** como do **civil law**.¹²

Impende asseverar que há instituições arbitrais que possuem um corpo de árbitros, cujos membros poderão ser indicados pelas partes. Veja bem, esta lista é sugestiva e não obrigatória, visto que sempre competirá à parte escolher quem lhe aprover, respeitados os requisitos necessários. À guisa de informação, note-se, que é um erro dizer que a CCI possui corpo de árbitros. Não há. São indicados pelas partes ou pela CCI, muitas vezes pelos comitês nacionais, e submetidos à apreciação do Secretariado da CCI em Paris. A Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, por sua vez, optou por um corpo de árbitros cujos membros poderão ser indicados pelas partes. Por sua vez, as Regras de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria de Genebra, muito mais do que outras Câmaras de Arbitragem, dedica a maior parte de sua atenção à qualificação dos árbitros e sua correta indicação.

Em face destes esclarecimentos, verifica-se que a indicação do árbitro deve revestir-se de cautelas e esclarecimentos que competem a nós, advogados, efetuar. Note-se, ainda, que em sede de arbitragem institucional consubstancia-se requisito preambular que o árbitro firme a denominada "Declaração de Independência".¹³

Em matéria **de lege ferenda**, salientamos que o projeto de lei sobre arbitragem expressamente fez constar no artigo 13, § 6º, o código de ética dos árbitros, que no desempenho de suas funções deverão proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Indicados os árbitros pelas partes, adotando-se o procedimento acordado por elas ou o de uma instituição arbitral, ou ainda, supletivamente, o CPC, e sendo este mister aceito pelo árbitro, ou árbitros, todos reunidos redigirão o Compromisso .

¹² Seminário Arbitragem Solução Extrajudicial de Controvérsias.(setembro/1993). Conferir "Revista de la Corte Española de Arbitraje", v. X, p. 11 (1994).

¹³ Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI, artigo 2.7. Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, artigo 6.5.

Cumpra-se ponderar, ainda, no início das tratativas com nosso cliente, a outra parte e seu advogado, que a indicação de árbitro único representará diminuição nos custos. Todavia, às vezes, em face da complexidade da causa e do valor envolvido, é mais aconselhável indicar a constituição de tribunal arbitral.

2. REDAÇÃO DO COMPROMISSO

A redação do compromisso é a peça mais importante da arbitragem. Constituirá a "Lei Maior" em que os árbitros, partes e procuradores se pautarão. Nesta hora devemos ter em mira as disposições de ordem pública do CPC (artigo 1074) e demais pontos julgados oportunos pelas partes, procuradores e árbitros. É muito importante que todos participem e que o objeto do litígio esteja perfeitamente delimitado, descrito. Não convém generalizar, fazer menção superficial da controvérsia. Dificultará o trabalho do árbitro e constituirá porta aberta para futuras impugnações.

Neste ponto a condução do procedimento arbitral através de instituição arbitral se revela uma opção considerável e que o profissional do direito deverá avaliar na medida que poderá dar a todos mais segurança. Não estamos com isso fazendo a apologia da arbitragem institucional frente à arbitragem *ad hoc*. O que queremos dizer é que por ser uma instituição especializada estará apta a prestar esclarecimentos, tem os procedimentos pré estabelecidos, enfim, tem uma estrutura montada para aquele objetivo, não obstante os custos envolvidos. Normalmente, posso dizer do caso da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, que está sob minha direção, que os custos incluem taxas de registro e de administração, bem como as outras despesas comuns à arbitragem *ad hoc*, honorários dos árbitros e demais despesas com peritos, diligências etc.

Por ocasião da redação do compromisso, deve ser dada certa margem de liberdade ao árbitro, principalmente na fixação de prazos e providências. Não se deve colocar uma "camisa de força", impossibilitando que o árbitro adote medidas corriqueiras e normais no desencadeamento do procedimento arbitral. Exemplo patente é quando as partes estabelecem que para todos os atos devem estar reunidos em audiência, ou seja, a simples indicação de uma perícia demandará reunir todas as partes e seus procuradores, prolongando sobremaneira os trabalhos. É algo que, de expediente, pode ser providenciado pelo árbitro, sem necessidade de maiores delongas e, em seguida, comunicado aos procuradores para a apresentação de quesitos e assistente técnico, se for o caso. As partes e procuradores devem facilitar os trabalhos do árbitro e não os dificultar.

Note-se, a título de ilustração, que há legislações em que a cláusula arbitral institui a arbitragem, sem necessidade de compromisso. Contudo, considerando a necessidade de se estabelecer critérios, é firmado, no caso de arbitragem institucional, por exemplo na CCI, o denominado **Terms of Reference** ou **Acte de Mission**, que possui as mesmas características do Compromisso (delimitação da controvérsia).

Cláusula Compromissória

A par do compromisso, ainda que rapidamente, não poderíamos deixar de mencionar a importância de a cláusula compromissória inserida em contrato merecer do profissional do direito atenção e acuidade adequadas, no momento de sua redação, principalmente se estivermos tratando de contrato internacional, haja vista não demandar necessariamente compromisso posterior (no nosso caso em decorrência do Protocolo de Genebra de 1923). É aconselhável que a redação da cláusula já disponha quanto à lei aplicável (formal, **lex fori**, e material), local da sede da arbitragem, forma de intimação das partes e procuradores (**fax, courier**, postal etc), número de árbitros, forma de elegê-los, se poderá decidir por equidade, indicando também uma instituição arbitral, completando a redação da "cláusula tipo" da instituição com os requisitos anteriormente citados. São providências simples e que poderão poupar delongas e dúvidas na instauração da arbitragem, haja vista que a desavença contratual (o ânimo acirrado), muitas vezes dificultará a adoção das providências preparatórias à instância arbitral.

Em termos gerais, estas seriam as principais ponderações práticas que julgamos oportunas efetuar, e esperamos ter suscitado nos Senhores o interesse na matéria, porque somos nós, advogados, os apóstolos da arbitragem.

Muito obrigada pela atenção dispensada.