

SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL

Curitiba, 27.04.92

Princípios Jurídicos e Características do Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem (*)

Boa tarde, Senhoras e Senhores.

Na parte da manhã tivemos oportunidade de conhecer o instituto jurídico da arbitragem sob o enfoque do direito posto, "de lege lata", e de conhecermos aspectos práticos muito importantes referentes à arbitragem.

Agora nos resta analisar a matéria sob a ótica "de lege ferenda" e apresentarmos aos senhores o Anteprojeto de Lei sobre Arbitragem.

Irei centralizar minha exposição do Anteprojeto a seus princípios jurídicos e algumas características, para permitir aos meus companheiros, Profs. Carmona e Pedro, nos brindarem com a eloquência de suas exposições.

Considero de importância capital elucidar e transmitir os princípios jurídicos que nos baseamos, o cimento e a argamassa com os quais construímos este edifício que é o Anteprojeto.

No pórtico de nossa Constituição estão os Valores Supremos, o farol, o guia que devem nortear toda construção legislativa, os valores de justiça e de igualdade (1), que durante a elaboração do Anteprojeto nunca foram relegados ou postergados a um segundo plano.

(*) O Anteprojeto tornou-se o PL 78/92 do Senado Federal (Senador Marco Maciel) aprovado na íntegra em 30.6.93 e enviado para apreciação da Câmara dos Deputados (PL 4018/93).

O Anteprojeto alberga as garantias fundamentais da tutela jurídica efetiva, externadas nos princípios do "due process of law", como apontaremos no decorrer deste trabalho. Na doutrina esta teoria se denomina Teoria da Garantia do Procedimento Arbitral, esposada pelo professor espanhol Lorca Navarrete, que salienta que a existência da arbitragem implica no desenvolvimento de garantias processuais que possuem projeção constitucional, que devem ser assumida pelo árbitro, posto que se assim não for, desconhecer-se-á a existência do direito fundamental ao devido processo através da arbitragem, impedindo-se a tutela jurídica efetiva consagrada nas Leis Fundamentais (art. 5º, §§ 35, 54 e 55) Pactos e Convenções Internacionais. Tivemos oportunidade de analisar esta matéria em trabalho intitulado "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado", publicado na Revista de La Corte Española de Arbitraje, vol. VII, 1991 e que também será publicado no Brasil.

Passemos, então, agora, ao texto do Anteprojeto.

1. Princípio da Autonomia da Vontade

O primeiro princípio jurídico salientado é o Princípio da Autonomia da Vontade, que se encontra nas disposições gerais (art. 2). Este princípio tem grande ressonância na arbitragem, constitui sua própria essência, desde a faculdade de dispor desta via alternativa de soluções de controvérsias, quando envolvem direitos disponíveis, até as disposições procedimentais que regerão a arbitragem.

Foi dada primazia em todo o texto ao Princípio da Autonomia da Vontade, desde a escolha das regras de direito, a aplicação dos usos e costumes e as regras internacionais de comércio ("Lex Mercatoria").

A arbitragem poderá ser de direito e de equidade.

Na arbitragem de equidade, o árbitro poderá decidir a controvérsia de acordo com seu real saber e entender, como dizem os espanhóis.

Enfim, foi dada às partes total liberdade para fixarem as regras que regerão a arbitragem, limitando-se, obviamente, aos princípios de ordem pública e leis imperativas nacionais.

2. Convenção Arbitral

Foi mantida a atual sistemática da nossa legislação de distinguir a cláusula compromissória do compromisso. Assim, do gênero convenção arbitral fazem parte as espécies cláusula arbitral e compromisso. Contudo, a grande inovação reside no fato de que, agora, a cláusula compromissória comporta execução específica (art. 7º). De tal sorte, se as partes ao entabularem num contrato que as dúvidas dele surgidas serão dirimidas por arbitragem e houver resistência de uma parte em firmar o compromisso e instituir a arbitragem, a parte interessada poderá obrigá-la a fazê-lo, já que o art. 7º estabelece a execução específica de cláusula compromissória, podendo o juiz a que tocar o conhecimento da causa, não comparecendo a parte renitente, firmá-lo em seu nome.

Esta providência é indispensável para dar a devida seriedade ao instituto jurídico da arbitragem e deixar claro que o compromisso avençado será cumprido ("Pacta Sunt Servanda"), para se evitar o que aconteceu hoje, na atual legislação, em que a cláusula compromissória é uma verdadeira "letra morta", como brilhantemente exposto, esta manhã, pelo professor José Carlos Barbosa Moreira.

3. Homologação Judicial da Sentença Arbitral

Foi suprimida no anteprojeto, que segundo dispõe o art. 31, passará a ter os mesmos efeitos de uma sentença judicial, não ficando sujeita a recurso (art.18).

4. "Lex Legum" do Anteprojeto

Assim, chegamos ao que denomino a "Lex Legum" do anteprojeto, o artigo 21, § 2º, que estabelece as garantias fundamentais da tutela

jurídica efetiva, externadas no princípio do "due process of law" e seus corolários, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.

É importante notar que a Teoria da Garantia do Procedimento Arbitral traça rumos novos ao direito arbitral. Podemos perceber que ela atua como uma chave de abóbada da arbitragem, seu sustentáculo, garantidora de um julgamento justo, a fim de que se obtenha a tutela jurídica efetiva e a verdadeira distribuição de justiça.

Saliente-se que é evidente que esses princípios já se encontram em textos legislativos estrangeiros, na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial de UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Incremento do Direito Comercial Internacional) e a sua inobservância é causa de denegação de reconhecimento e execução de sentenças ou laudos arbitrais estrangeiros previstas nas Convenções Internacionais e legislações nacionais. Mas o que se inova é a subsunção do procedimento arbitral às garantias constitucionais. Para nós é indubitável que, com ela, a arbitragem passa a ser analisada sob outra ótica por aqueles que se mostram céticos na utilização desta via alternativa de solução e controvérsias, restando-lhes, apenas, uma mudança de mentalidade.

6. Princípios Deontológicos

No artigo 13, § 6º estão previstos os princípios deontológicos dos quais os árbitros se valerão; a conduta dos árbitros, o seu verdadeiro código de ética. Os árbitros, no desempenho de suas funções, devem proceder com imparcialidade, independência (não esqueçamos a afirmação de Rui Barbosa, de que a independência é a base de toda a justiça), competência, diligência e discrição.

Vale notar que este dispositivo é inovador em texto de lei. As legislações forâneas pesquisadas apenas de forma indireta as prevêm quando determinam que os árbitros têm o dever de revelar qualquer fato que denote falta de independência ou imparcialidade (prevista, também, no nosso texto, art. 14, § 1º) ou aplicam por analogia o Código de Ética dos Advogados, quando os árbitros são desta profissão (2).

7. Árbitros - Impedimentos

Aos árbitros aplicam-se as mesmas causas de suspeição e impedimentos dos juizes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades previstos no Código de Processo Civil (art. 14).

8. Responsabilidade Penal dos Árbitros

Segundo dispõe o artigo 17, equiparam-se os árbitros aos funcionários públicos para fins de responsabilidade penal.

9. Substituição dos Árbitros

Este é um ponto importante no anteprojeto que, quando previsto pelas partes e acontecer de o árbitro falecer ou escusar-se, poderá ser indicado árbitro substituto, evitando-se, assim, a extinção da arbitragem.

10. Arbitragem Institucional e "Ad hoc"

O anteprojeto, agora, expressamente reconhece a arbitragem institucional ao lado da "ad hoc", o que é admitido tacitamente na lei em vigor.

11. Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral - art. 8º

Poderá ser questionada a validade de um contrato e essa dúvida será dirimida por arbitragem, visto que a cláusula arbitral é independente do contrato. Este princípio está consagrado na legislação e doutrina comparadas.

12. Revelia da Parte - art. 22, § 3º

A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

13. Retificação da Sentença Arbitral - art. 30

Disposição inovadora e promissora que tem em vista preservar o procedimento arbitral instaurado; possibilita que quando haja na sentença arbitral erro material, obscuridade, dúvida ou contradição, seja esta retificada, evitando-se, assim, a nulidade da sentença arbitral. São os embargos da declaração (art. 535 e segs. do CPC) do procedimento arbitral.

14. Via Judicial

Dando guarida ao preceito constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5, § XXXV) estão previstas no anteprojeto três vias de acesso ao judiciário: a ação de nulidade (art. 33), execução de sentença arbitral (art. 31) e ação de embargos do devedor (art. 33, § 3º - art. 741 do CPC), que acredito serão analisados pelo Prof. Carmona, a seguir.

15. Princípio da Competência

Seguindo tendência internacional atual, estabelece o artigo 20 que o árbitro possui competência para decidir sobre a nulidade, invalidade e ineficácia da convenção arbitral.

16. Conciliação

O árbitro, no início do procedimento arbitral, tentará a conciliação das partes (art. 21, § 4º) e, a pedido delas, poderá declará-la por sentença, conforme dispõe o artigo 28.

17. Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira

O Capítulo VI vem preencher uma lacuna na nossa legislação que nunca disciplinou a matéria. Até agora era-lhe dispensado tratamento espúrio, visto que a jurisprudência entende que deve... o laudo ou sentença arbitral estrangeiros revestir a forma de sentença judi

cial, para ser objeto de homologação pelo STF. Ocorre que essa providência cria infundáveis óbices à parte requerente, visto que não necessariamente à luz da legislação estrangeira o laudo arbitral demanda esta providência no país de origem. Assim, com a nova regulamentação, foi dispensado tratamento consentâneo com a espécie, estabelecendo-se que o procedimento de homologação obedecerá o disposto nos artigos 37 e 38 do anteprojeto e, no que for omissivo, aplicar-se-á supletivamente o CPC.

Entre as causas obstativas de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira encontram-se, com as devidas adaptações, as previstas no artigo V das Convenções de Nova Iorque de 1958, sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (em vigor em 84 países. O Brasil não assinou nem ratificou) e a do Panamá de 1975, sobre Arbitragem Comercial Internacional - Interamericana (em vigor em 13 países. O Brasil a assinou mas até o momento não a ratificou). Na mesma linha foi invertido o ônus da prova (art. 38).

18. Citação da Parte Residente e Domiciliada no País

Desde que assegure, em tempo hábil, à parte residente ou domiciliada no país exercer seu direito de defesa, a citação será válida e poderá dar-se, (i) de acordo com a convenção arbitral, (ii) de acordo com a lei processual do país de origem e (iii) por via postal.

Note-se que a citação pelo correio é necessidade dos tempos atuais para tornar a justiça mais célere e desprovida de rigores excessivos, que se revestem em verdadeira forma de denegação de justiça. Ademais, esta prática já é verificada nas citações trabalhistas, está prevista no art. 221 do CPC e, recentemente, a Lei de Locação de Imóveis (8.245/91) também a contemplou.

Impende salientar que há na jurisprudência comparada uma tendência de se considerar como violadora da ordem pública do foro, somente a sentença arbitral estrangeira proferida com infração aos direitos fundamentais e liberdades públicas, isto é, infringindo as garantias processuais da tutela jurídica efetiva.

19. Código de Defesa do Consumidor - art. 51, VII.
Cláusulas Abusivas. Cláusula Arbitral.

Foi revogado no anteprojeto, contudo seus objetivos foram preservados no artigo 4º, § 2º, que dispõe sobre contratos de adesão, em que a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de iniciar a arbitragem ou concordar expressamente em instituí-la.

20. Conclusão

Estas eram, em linhas gerais, minhas principais considerações sobre o anteprojeto de lei sobre arbitragem e que julguei oportunas destacar no tempo que me foi concedido.

Agradeço a gentileza da atenção dos senhores e, para arrematar, gostaria de lembrar a afirmação do professor da Universidade de Milão, Mario Rubino-Sammartano (3), de que o cenário internacional está vivendo a terceira geração da arbitragem. Evidentemente, não se aplica a nós. Aqui, estamos ainda em gestação. Estamos grávidos. Ojalá este parto chegue a bom termo e possamos presenciar, em futuro próximo, a primeira geração efetiva da arbitragem no Brasil. Muito obrigada.

Expositora: Selma Maria Ferreira Lemes
Membro da Comissão Relatora

Notas

- (1) PECES-BARBA, Gregorio. "Los Valores Superiores". Tecnos, Madrid. 1986.
- (2) ALONSO Y ROYANO, Félix. Deontologia y Arbitraje. Estudios Vascos sobre Derecho Procesal. Vol. 6. Comentario breve a la Ley de Arbitraje. 1989. p. 27/32.
- (3) RUBINO-SAMMARTANO, Mario. International Arbitration Law. Kluwer. Deventer. 1989. p. 514.