

Arbitragem, opção para desafogar a Justiça

Selma Maria Ferreira Lemes

ATÉ HÁ POUCO TEMPO, a arbitragem no Brasil era um instituto jurídico esquecido e pouco utilizado porque o cidadão brasileiro, por uma questão de cultura e mentalidade, sentia a necessidade da tutela do Estado, sempre utilizando a Justiça Estatal; e porque a legislação que dispõe sobre arbitragem (Códigos Civil e de Processo Civil) nunca prestigiou o instituto, não dando eficácia à cláusula compromissória inserta nos contratos, considerando-a um *pactum de compromittendo*, resultando seu descumprimento em perdas e danos, e exigindo a homologação do laudo arbitral pelo Judiciário, retirando as principais qualidades do instituto, que são o sigilo e a celeridade. Somente nos contratos comerciais internacionais, impulsionados com o avanço industrial havido a partir da década de 50, é que se verifica a utilização da arbitragem, tendo o Brasil ratificado o Protocolo de Genebra sob Cláusulas Arbitrais de 1923 (contratos comerciais), dando eficácia à cláusula compromissória com o fim de afastar as Cortes Oficiais.

Contudo, nos últimos anos a situação começou a mudar, principalmente em face do agravamento da crise por que passa a Justiça estatal, atolada em milhares de ações que, a cada plano econômico que visa debelar a inflação, duplica-se o número de demandas, já que o cidadão está de olhos abertos, não admitindo ou tolerando violações a seus direitos e garantias individuais previstos na Constituição Federal.

Acrescente-se, ainda, que as infundáveis providências dilatórias e recursos previstos no Código de Processo Civil (CPC) fazem com que uma demanda para alcançar decisão definitiva leve, em média, oito anos. Assim, em vez de se fazer justiça, comete-se uma injustiça inequívoca e manifesta. Neste sentido é perfeito o diagnóstico efetuado por certo professor espanhol de que as dilações indevidas são autêntico câncer a corroer uma Justiça enferma, acometida de um mal incurável que é a lentidão. A Justiça está doente e a sociedade no papel de Esculápio

Selma Maria Ferreira Lemes é consultora jurídica da Fiesp/ Siesp, presidente da Câmara de Arbitragem do Inama, membro da Comissão Relatora do Projeto de Lei sobre Arbitragem

pretende tratá-la, diminuindo a sua dor, procurando, quando possível, aliviá-la através da utilização da arbitragem para as questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, principalmente para controvérsias mercantis, deixando às Cortes as questões criminais e tributárias que, quiçá, possam ser resolvidas com maior brevidade.

Diante deste quadro está-se efetuando um trabalho de informação na sociedade civil, inclusive entre os empresários, conscientizando-os das inúmeras vantagens em utilizar a arbitragem (celeridade, sigilo, especialidade etc). Assim a arbitragem, como Fênix, está renascendo das cinzas com todo seu vigor. Estão surgindo Instituições Arbitrais como, por exemplo, em Belo Horizonte, a Câmara Internacional de Comércio do Brasil; em São Paulo, o Instituto Nacional de Mediação e Arbitragem (Inama), associado à American Arbitration Association (AAA) e, em estudos, a possibilidade de criação, também em São Paulo, de uma Corte de

Arbitragem no âmbito do Centro das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), com o objetivo de administrar arbitragens nas áreas mercantis e cíveis (internas e internacionais), inclusive relações de consumo.

Ademais, para que a arbitragem efetivamente se consolidasse, fez-se mister dar-lhe roupagens novas e atuais, revogando a anacrônica legislação em vigor. Assim, como fruto da cidadania participativa, visto que todos nós, cidadãos, também somos responsáveis pelo aprimoramento de nossas instituições jurídicas, foi elaborado um projeto de lei amplamente discutido pela sociedade, tendo como base a Lei Modelo da Uncitral (Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional) e diversas legislações

comparadas atualizadas como, por exemplo, a Lei Espanhola de 1988.

Referido projeto de lei, cujo patrono é o senador Marco Maciel, foi aprovado no Senado Federal em 30/06/93, sendo enviado à Câmara dos Deputados (PL 4018/93).

Princípios Jurídicos. Este edifício legislativo, o projeto de lei, é constituído do melhor cimento e argamassa como bem o demonstram seus princípios jurídicos. A sua estrutura é constituída das *garantias fundamentais da tutela jurídica efetiva*, externadas nos princípios derivados do *due process of law*. É a denominada Teoria da Garantia do Procedimento Arbitral que salienta que a existência da arbitragem implica o desenvolvimento de garantias processuais que possuem projeção constitucional, as quais devem ser assumidas pelos árbitros, sob pena de se desconhecer a existência do direito fundamental ao devido processo através da arbitragem, impedindo-se a tutela jurídica efetiva consagrada na Constituição Federal (art. 5º, 35, 54 e 55) e que estão previstos no artigo 21, 2º do projeto: *os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento.* (1)

Por sua vez, as paredes deste edifício são **o princípio da autonomia da vontade**, visto que as partes que desejarem instituir

**Projeto de Lei
que consolida
a arbitragem já
foi aprovado
no Senado e
agora tramita
na Câmara
dos Deputados**

**É arbitrável
qualquer
questão que
envolva
direitos
patrimoniais
disponíveis,
em qualquer
âmbito do
Direito**

o procedimento arbitral terão ampla liberdade para fixar as regras que o regerão, aplicando-se-lhes os princípios gerais de direito, os usos e costumes internacionais, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Os habitantes deste edifício, além das partes, são os árbitros, que têm um código de ética (art. 13, 6º), devendo proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, aplicando-se-lhes os mesmos deveres e responsabilidades dos juízes (art. 14) e, para fins penais, se equiparam aos funcionários públicos (art. 17). Os árbitros poderão decidir por equidade, se assim autorizado pelas partes.

É arbitrável qualquer questão que envolva direitos patrimoniais disponíveis, em qualquer ramo do direito (civil, comercial e societário etc.).

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.

Homologação Judicial da Sentença Arbitral - Foi suprimida no projeto, que, segundo dispõe o art. 31, passará a ter os mesmos efeitos de uma sentença judicial, não ficando sujeita a recurso (art. 18).

Substituição dos Árbitros - Este é um ponto importante no projeto que, quando acontecer de o árbitro falecer ou escusar-se, poderá ser indicado árbitro substituto (salvo vedação expressa das partes), evitando-se, assim, a extinção da arbitragem.

Arbitragem Institucional e "Ad Hoc" - O projeto incentiva e prestigia a arbitragem institucional, reconhecendo o importante papel que desempenham, prevendo-as expressamente, ao lado das arbitragens *ad hoc*. Na legislação em vigor a arbitragem administrada é admitida tacitamente.

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.

Revelia da Parte - art. 22, 3º - A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

Retificação da Sentença Arbitral - art. 30 - Disposição

A citação para o procedimento arbitral instaurado no exterior será válida, desde que assegure à parte residente ou domiciliada no País exercer seu direito de defesa

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.

Via Judicial - Dando guarida ao preceito constitucional de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito (art. 5º, 35) estão previstas no projeto 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).

Princípio da Competência-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.

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.

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 deveria o laudo ou sentença arbitral estrangeira revestir a forma

de sentença judicial, 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 em Tratados Internacionais em vigor no ordenamento interno e, na sua ausência, de acordo com o disposto no projeto e, supletivamente, o Código de Processo Civil.

Vale notar que no ano passado (1992) o presidente da República enviou para apreciação do Congresso Nacional as Convenções Interamericanas Multilaterais Arbitrais do Panamá de 1975 e de Montevideu de 1979, que esperamos possa ter vigência no Brasil em futuro próximo.

Não obstante, enquanto isto não ocorre, o projeto relaciona entre as causas obstativas de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, com as devidas adaptações, as previstas no artigo V das Convenções de Nova York de 1958 sobre

Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais

Estrangeiras (o Brasil não a assinou nem a ratificou, e recentemente não foi enviada para apreciação do Congresso Nacional por um equívoco de interpretação jurídica, já denunciado por nós através da imprensa; esperamos que o erro seja corrigido a tempo) e a do Panamá de 1975 - Interamericana sobre Arbitragem Comercial

**Projeto é
arrojado, mas
respeita as
peculiaridades
da cultura
e da
mentalidade
brasileiras**

Internacional. Na mesma linha destas Convenções foi invertido o ônus da prova.

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 para o procedimento arbitral instaurado no exterior, será válida e poderá dar-se, de acordo com a convenção arbitral, de acordo com a lei processual do país de origem e 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 (quando o réu é comerciante ou industrial) e, recentemente, a Lei de Locação de Imóveis (8.245/91) também a contemplou.

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. ⁽²⁾

Note-se que foram adotadas medidas arrojadas, quando necessárias: dispensa de homologação da sentença arbitral, aplicação do princípio da autonomia da vontade em largo espectro, possibilidade de o árbitro resolver sobre sua própria competência, autonomia da cláusula arbitral etc. Mas, também fomos cautelosos e conservadores em outros pontos, como, por exemplo, estabelecendo a execução específica da cláusula arbitral perante o Judiciário e não automaticamente instaurado pela outra parte. Isto se impõe em face de nossas peculiaridades (cultura e mentalidade); assim agindo, estaremos adubando uma árvore frutífera, e não arbusto estéril.

Em nome de nossas instituições jurídicas auguramos que o projeto de lei esteja incorporado na nossa legislação em breve, a fim de que possamos, definitivamente, fazer uso deste importante instituto alternativo de solução de controvérsias.

(1) vide SELMA FERREIRA LEMES, Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. "Revista de La Corte Española de Arbitraje" - 1991 p. 31 a 57 e Revista dos Tribunais - RT 686/73 (dez/92).

(2) vide J.M.LORCA NAVARRETE, "Derecho de Arbitraje Interno e Internacional", Tecnos, Madrid, 1989, p. 101.