

## Sete motivos para eleger a arbitragem em contratos empresariais e públicos

Selma Ferreira Lemes

Arquivo pessoal

**D**esde os fins do século passado, com as denominadas ondas renovatórias do direito, passou-se a priorizar a efetividade da prestação jurisdicional e a facilitação do acesso à Justiça por meio da revisão de leis processuais, a instituição dos Juizados de Pequenas Causas em 1984 (substituído pelos Juizados Especiais em 1995) e as recentes leis que extinguiram o processo de execução, para ato contínuo à prolação da sentença judicial, proceder-se ao seu cumprimento. Também, outras formas de solução de conflitos passaram a ser incentivadas e enaltecidas pelo legislador, entre elas a mediação, a conciliação e a arbitragem.

As duas primeiras, mediação e conciliação, classificam-se como formas autocompositivas de solução de conflitos, pois são as próprias partes com o auxílio de um terceiro, que detenha habilidade técnica e perfil adequado, atingirão um consenso e firmarão um acordo. Já a arbitragem insere-se nas formas heterocompositivas, pois será um terceiro, o árbitro ou árbitros (tribunal arbitral) que solucionará a controvérsia,

**Selma Ferreira Lemes**, advogada, mestra e doutora pela Universidade de São Paulo. Professora e Coordenadora do Curso de Arbitragem do GVLAW da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – SP. Integra o corpo de árbitros de instituições arbitrais no Brasil e no exterior.

investido desse poder pelas partes (não é um juiz de direito) e que pode decidir matérias referentes a direitos patrimoniais disponíveis, isto é, tudo que possa ser transacionado e que possa estar disposto em contratos. Portanto, está fora da alçada arbitral a discussão de matérias atinentes à área penal, tributária, questões de estado (nome, paternidade) etc. A arbitragem é voluntária e a sentença proferida pelos árbitros tem a mesma força de uma sentença judicial. A matéria está regulada na Lei nº 9.307/96, Lei de Arbitragem, também conhecida por Lei Marco Maciel em homenagem ao autor do Projeto de Lei no Senado.

Esta lei completou 11 anos de vigência e com ela tem-se operado uma verdadeira revolução silenciosa na forma de solucionar conflitos cíveis e empresariais, alcançando também os contratos firmados com a Administração Pública, entre eles, as concessões de serviços e obras públicas e as parcerias público-privadas – PPPs (matérias atinentes ao interesse público derivado e patrimonial), denominados contratos públicos.

Relacionamos sete motivos que justificam e podem ser levados em consideração como uma opção válida e eficaz no sentido de evitar a eleição do

judiciário para dirimir a controvérsia oriunda e decorrente de contrato. Com isso, também, pode-se contribuir para diminuir a pauta de demandas judiciais.

**O primeiro** refere-se ao tempo de tramitação de uma demanda judicial e a pleora de recursos previstas nas leis processuais, que fazem com que as pessoas tenham uma nítida noção do que é a eternidade. Já se disse que o tempo corrói as relações humanas e contribui para o descrédito da justiça. Na arbitragem não há recursos no curso do processo e também no final. Há a possibilidade de ser anulada a sentença arbitral, por meio de uma ação judicial, nos casos específicos relacionados na Lei de Arbitragem, tais como, não havia a eleição da arbitragem no contrato, não foi assegurado o direito de defesa etc. e, mesmo assim, o juiz togado está impedido de avaliar o mérito da matéria decidida na arbitragem; poderá anular a sentença arbitral ou mantê-la, mas nunca reformular o que foi decidido na arbitragem. O tempo de tramitação de uma demanda arbitral varia entre 7 a 14 meses, considerando a complexidade da matéria, grau de colaboração das partes e advogados e a disponibilidade dos árbitros. No judiciário pode-se considerar o dobro ou triplo desse período.

do. Um dos fatores que justificam esta disparidade é que enquanto um juiz julga em média mil causas por ano, um árbitro, quando muito reivindicado em razão de sua competência e presteza, não exara mais do que uma dezena de sentenças arbitrais no mesmo período.

**O segundo**, e também um dos motivos que justificam a ocorrência da primeira razão referida (tempo), são as complexidades técnicas de matérias dispostas em contratos que envolvem telecomunicações, obras de infraestrutura, planta industrial, contratos públicos, contratos conexos, em que de um contrato guarda-chuva deriva outros a ele vinculados, contratos de franquia, de agência e distribuição etc. Na arbitragem o árbitro (ou um dos integrantes do tribunal arbitral) pode ser especialista na matéria tratada, o que facilita muito o entendimento (simetria de informações), podendo, inclusive em certos casos, dispensar e economizar com uma eventual perícia.

**O terceiro** é o que se refere à segurança jurídica advinda da interpretação da lei de arbitragem pelo judiciário. Diz-se que a lei reina, mas é a jurisprudência que governa. É o judiciário o intérprete originário da lei e, na área da

arbitragem tem havido por parte dos magistrados uma perfeita assimilação dos novos conceitos e princípios regulados na Lei de Arbitragem. Evidentemente, se houver abusos na correta aplicação da Lei, estes, como não poderiam deixar de ser, são coibidos pelo judiciário. Nestes onze anos de vigência da Lei nº 9.307/96, as inovações mais importantes nela reguladas já foram referendadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Su-

perior Tribunal de Justiça, tanto as disposições que têm repercussões internas como as internacionais. Em uma análise comparativa de textos legais arbitrais estrangeiros verifica-se que nossa lei é moderna, mas mais simples (não regula a arbitragem internacional), fato que não representa nenhum demérito, porém simples opção legislativa. A realidade é que a Lei vem se mostrando eficiente e eficaz, cumprindo, assim, seu papel

de facilitação do acesso à justiça e em outorgar efetividade à prestação jurisdicional. Por isso, uma afirmação de um célebre jurista francês proferida nos anos 80 e que se disseminou mundo afora, de que “o Brasil era uma ilha de resistência à arbitragem” está sepultada, e o que se verifica atualmente é a referência ao Brasil, em revistas internacionais, como uma praça recomendada para sediar arbitragens na América Latina.

*Divulgação*



**Quarto:** o processo judicial é público e a arbitragem é sigilosa. O que for tratado na arbitragem fica limitado às partes. Note-se que em determinados setores o sigilo pode ser a alma do negócio. Todavia, nos contratos públicos a confidencialidade é mitigada, preservando-se o sigilo comercial do contratado (nos moldes, por exemplo, do disposto nos processos referentes a Atos de Concentração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Lei n. 8.884/94) e pode ser divulgado o que for de interesse público.

**O quinto** é a possibilidade de eleger o seu julgador, o árbitro. Este deve ser independente, não pode ter nenhuma vinculação econômica ou profissional com as partes e ser imparcial, ou seja, não pode ter interesse na solução da controvérsia. O árbitro indicado por uma parte passa a ser árbitro das partes e seu compromisso é com sua consciência e a lei. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. No desempenho de seu mister deve atuar com diligência, competência e discrição. A lei equipara o árbitro ao funcionário público para fins penais, se houver desvio de conduta.

**O sexto** é a permissão de eleição da lei aplicável, ou

seja, as partes podem afastar a lei brasileira, e indicar outra lei, que pode ser mais moderna e específica, desde que esta não viole os bons costumes e a ordem pública. Também as partes podem indicar que a controvérsia seja solucionada com base nos usos e costumes e nas regras do comércio internacional, bem como autorizar que o árbitro resolva por equidade, isto é, a permissão para afastar o direito estrito e decidir de acordo com a sua consciência, pautado nos princípios morais básicos de convivência social, no seu critério de justo e equânime, fazendo a justiça ao caso concreto. Esta opção se mostra oportuna em contratos de longa duração, contratos complexos em que se preserva a continuidade da avença em bases justas e equilibradas.

**O sétimo** demanda a avaliação da arbitragem à luz da análise econômica do direito, pois os eventuais conflitos surgidos no âmbito dos contratos, integram os custos de transação (custos de negociação, redação e garantia de cumprimento do contrato), seja a via eleita a judicial ou a arbitral. Ocorre que o fator tempo acrescido dos demais motivos acima mencionados quando considerados conjuntamente e mesmo atentando para o fato de que o processo

arbitral é custeado pelas partes (os árbitros e a eventual instituição arbitral eleita para administrar a arbitragem são remunerados), na análise da relação custo-benéfico, a arbitragem revela-se mais vantajosa do que a demanda judicial. O custo do componente "cumprimento do contrato e solução de eventuais conflitos" que integra o custo de transação será menor. Observa-se, em projeção simulada, uma economia de mais de 58% nos custos processuais incorridos. Por conseqüência, o custo do contrato diminui e o preço ofertado pode ser mais competitivo e menor. Interessante notar, por exemplo, que na área de concessão pública, a economia é dupla, pois pode refletir também na tarifa cobrada do usuário do serviço. Estudos internacionais indicam que a previsão da arbitragem em contratos de concessão de obras e serviços públicos contribui para a renegociação do contrato.

Enfim, por todos esses motivos verifica-se que a previsão de solução de conflitos por arbitragem nos contratos empresariais, nas concessões de serviços e obras públicas, nas PPPs, não deve ser negligenciada, mas se tornar tema recorrente e entrar na pauta das discussões jurídicas e econômicas; afinal, é por meio do instituto jurídico do contrato que a economia é impulsionada. ■