

## PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM

SELMA MARIA FERREIRA LEMES

Advogada Membro da Comissão Relatora do Projeto de Lei sobre Arbitragem. Diretora da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (FIESP/CIESP).

### Sumário:

1. Princípios jurídicos
2. Origens

Iniciamos nossa existência formal com a certidão de nascimento que atesta nossas origens e ascendência. Nosso biótipo está cunhado nos antepassados. Quem somos e de onde viemos. Durante toda nossa existência física, viveremos atrelados aos caracteres endógenos e hereditários, que serão a causa e explicação de fatores importantes a auxiliarem a profilaxia e propedêutica médicas.

O mesmo, *mutatis mutandis*, ocorre com a lei, que se exterioriza com a publicação no Diário Oficial recebendo um número, após os trâmites legislativos normais. O conhecimento de seu código genético exteriorizando as origens e princípios jurídicos são vitais ao exegeta. Só assim poderá ter a total apreensão do instituto jurídico analisado. Enfim, para entender e conhecer qualquer matéria jurídica, impende perquirir suas origens e princípios jurídicos, posto que, consoante acentuou Eduardo Couture, seria ingênuo demais pressupor que a lei, ao desenvolver os mandamentos constitucionais, por exemplo, limita-se a escrever artigos. Seu trabalho prévio será determinar os princípios que regerão a lei a ser redigida, os pensamentos diretores.

Com efeito, a nova Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem.

recém ingressada no ordenamento pátrio, tem fundação nos princípios (e valores) da igualdade, justiça e solução pacífica de controvérsias, exteriorizados no pórtico da Constituição Federal. Seus pilares são os princípios jurídicos a seguir analisados. Não poderíamos, ainda, para a completa aferição da matéria no escopo proposto (origens), deixar de cotejar os enunciados legais com os direitos internacional e comparado.

### 1. Princípios jurídicos

O saudoso mestre Geraldo Ataliba pontificava que os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios. As simples regras jurídicas de nada valem se não estiverem apoiadas em princípios sólidos<sup>(1)</sup>. Destarte, sem delongas, discorreremos sobre alguns dos importantes princípios jurídicos da lei de arbitragem.

O Princípio da Autonomia da Vontade é a mola propulsora da arbitragem em todos os seus quadrantes, desde a faculdade de as partes em um negócio envolvendo direitos patrimoniais disponíveis disporem quanto a esta via opcional de solução de conflitos (art. 1º), até como será desenvolvido o procedimento arbitral, no que pertine à forma de indicação dos árbitros (art. 13); a lei aplicável à arbitragem, seja material ou formal, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, §§ 1º e 2º); se a decisão será de direito ou por equidade (art. 2º); eleger a arbitragem institucional (art. 5º); prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral (arts. 11, inciso III e 23). Enfim, o princípio da autonomia da vontade atinge sua quinta-essência na Lei nº 9.307/96.

O Princípio da Boa-Fé surge como corolário do princípio da autonomia da vontade, enquanto considerada a liberdade de contratar e como decorrente da obrigação contratual assumida de resolver a controvérsia surgida por arbitragem. Não pode uma parte, após ter

(1) - "Mudança da Constituição", RDP 86/181 (1988).

## PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM

eleito espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido. É tendo também como substrato o princípio da boa-fé que o legislador outorgou caráter obrigatório e efeito vinculante à convenção de arbitragem. Cumpre observar, a propósito, que, no *leading case* da arbitragem internacional no Brasil, o famoso caso Ivarans Rederi v. Lloyd Brasileiro, julgado pelo STJ, o ministro relator Gueiros Leite foi enfático ao proferir seu voto e reconhecer a validade da cláusula compromissória embasando-se no princípio da boa-fé (R. Esp. 616-RJ- 890009853-5, j. 24/4/90).

Não pairam dúvidas de que os Princípios Informadores do Processo Judicial encontram guarida no procedimento arbitral, ou seja, os Princípios da Tutela Jurisdicional e do Devido Processo Legal, consoante asseverou o professor da Universidade de Paris, Gérard Cornu<sup>(2)</sup>.

Impende observar, por oportuno, que a doutrina espanhola construiu, através da pena do professor da Universidade do País Basco, Antonio M. Lorca Navarrete<sup>(3)</sup>, a denominada teoria garantista do procedimento arbitral, acentuando que a existência da arbitragem implica o desenvolvimento de um sistema de garantias processuais que possuem projeção constitucional. Constituem as garantias do cidadão, espelhadas nos princípios do direito constitucional processual (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV). Com efeito, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento são da essência do procedimento e de inescusável aplicação (arts. 21, § 2º e 32, inciso VIII)<sup>(4)</sup>.

O Princípio da Autonomia da Cláusula Compromissória, assentado desde a década de 60 pela doutrina e jurisprudência francesas e, em 1981, incorporado à legislação, estabelece que a cláusula compromissória integrante de um contrato é independente das demais esti-

pulações nele previstas. A nulidade de um contrato não pode ser alegada pelas partes para se oporem à arbitragem. O objetivo do princípio da autonomia do pacto arbitral é salvar a cláusula compromissória, para que, em virtude dela, possa julgar-se a validade, ou não, do contrato arbitrável. Numa visão pragmática, ao não se admitir a autonomia da cláusula compromissória, a simples alegação de nulidade do contrato "contagiaria" a convenção de arbitragem, que é a origem da competência dos árbitros (art. 8º). Por sua vez, o princípio da autonomia da cláusula compromissória tem como consequência o denominado princípio "*competence - competence*", segundo o qual o árbitro tem competência para decidir sobre sua própria competência (art. 8º, § único). Estes princípios estão previstos na Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional UNCITRAL (LM), que, abaixo, comentaremos.

Através do Princípio de Acesso ao Judiciário, a lei de arbitragem estabelece a possibilidade de propositura de ação de decretação de nulidade da sentença arbitral (arts. 32 e 33), ação de embargos do devedor (art. 33, § 3º), ação de execução (art. 31) e decretação de medidas cautelares solicitadas pelo árbitro (art. 22, § 4º).

Antes de adentrarmos a análise das origens da lei de arbitragem, devemos nos ater aos princípios vetores do reconhecimento e execução de laudos ou sentenças arbitrais estrangeiros, já que se inaugura prática até então

(2) - "Les Principes Directeurs du Procès Civil par Eux-Mêmes". Etudes Offertes à Pierre Bellet, Litec, Paris, 1991, p. 84.

(3) - "Derecho de Arbitraje Interno e Internacional". Tecnos, Madrid, 1989, p. 19.

(4) - Cf. nosso artigo "Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado", RT 686/73, (1992).



## PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM

desconhecida como texto normativo de elaboração interna<sup>51</sup>. Assim exsurge o princípio da prevalência do tratado ou convenção internacional frente à legislação interna, vale dizer, existindo tratado ou convenção regulando a matéria sobre reconhecimento e execução de decisão arbitral estrangeira, esta terá prevalência sobre a legislação nacional, que atuará supletivamente, aplicando-se o disposto no capítulo VI da lei de arbitragem. Note-se, aliás, que nada de insólito há em tal disposição, posto que, se o Brasil compromete-se no concerto das nações, deve honrar o compromisso avençado. Ademais, o tratado internacional é a mais importante fonte de direito internacional, *ex vi* do disposto no art. 38, alínea "a", do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (da Haia). Também, a medida é profilática, haja vista que previne dúvidas futuras quanto à norma a ser aplicada, evitando-se indefinições desnecessárias. Assim, quando for o caso, por exemplo, aplicar-se-á a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 1975, internada ao ordenamento pátrio pelo Decreto nº 1.902, de 9/5/96, ou o Protocolo de Las Leñas, de 1992, firmado no âmbito do MERCOSUL, que dispõe sobre a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, que, no capítulo V, regula o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais intra-regionais, recém ingressado no ordenamento interno por força do Decreto nº 2.067, de 12/11/96.

O princípio da inversão do ônus da prova acentua que compete ao réu demonstrar a impossibilidade de homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira pelos motivos relacionados no art. 38 da Lei nº 9.307/96. A gênese desta disposição encontra-se na Convenção (de Nova Iorque) sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros, de 1958, elaborada sob os auspícios da ONU e que,

atualmente, vige em 105 países, excluído o Brasil. À guisa de ilustração, salientamos que esta disposição é igualmente encontrada na supracitada Convenção do Panamá.

Observe-se que, pelo princípio da homologação única, estatuído no artigo 35 da Lei, o laudo ou sentença arbitral estrangeiro fica sujeito unicamente à homologação do STF para ter eficácia no ordenamento interno, dispensando-se a dupla homologação, vale dizer, não é necessária a submissão ao Judiciário do país onde foi ditado o laudo. Agora, a matéria passa a ter disciplina própria, deixando de aplicar-se por analogia o tratamento dispensado a sentenças judiciais estrangeiras.

### 2. Origens

A Lei nº 9.307, de 23/9/96, que disciplina a arbitragem no Brasil, tem sua gênese na Lei Modelo da UNCITRAL (LM), supra mencionada. Esta Comissão das Nações Unidas foi criada em 1966, tem sede em Viena e, desde sua constituição, vem prestando inestimáveis serviços à comunidade jurídica internacional. Nesse sentido, através dos trabalhos de um Comitê formado por representantes de 58 países, incluindo o Brasil, e 18 organizações internacionais, durante três anos, discutiu, os termos de uma lei-modelo sobre arbitragem, com o intuito de, em lugar de unificar a matéria através de uma convenção internacional, buscar a harmonização das diversas legislações internacionais. Esta é, indubitavelmente, a razão do sucesso da LM, cujo texto final foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas através da Resolução 40/72, de 11/12/85. Hoje já se contam, às dezenas, os países que

(5) - Convenções Internacionais incorporadas a legislação pátria já abordaram o tema, como, por exemplo, o Código de Bustamante, Decreto nº 18.871, de 13/8/29.

## PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM

incorporam, às suas legislações internas, a LM<sup>(6)</sup>, adotando-a *in totum* ou parcialmente, seja tratando somente de arbitragem internacional, seja aplicando-a também à arbitragem doméstica.

Vejamos, a vôo de pássaro, as principais disposições da LM que estão incorporadas à legislação interna.

1. Reconhecimento do caráter obrigatório e efeito vinculante da cláusula compromissória e respectiva executoriedade, de acordo com o artigo 8º da LM (arts. 3º a 7º da Lei Arbitral Brasileira - LAB).

2. Ampla autonomia das partes para fixação das regras procedimentais, consoante acima referido.

3. Procedimento para indicação dos árbitros, art. 11 da LM (art. 13 da LAB).

4. Revelação prévia do árbitro de quaisquer fatos que denotem dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência, previstos nos artigos 12 e 13 da LM (art. 14, § 1º da LAB).

5. Os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da competência-competência previstos no art. 16 da LM (art. 8º e § único da LAB).

6. Autorização para o Tribunal Arbitral solicitar medidas cautelares, art. 17 da LM (art. 22, §§ 2º e 4º da LAB).

7. O princípio do devido processo legal, art. 18 da LM (art. 21, § 2º da LAB).

8. Decisão motivada. Os árbitros deverão fundamentar a decisão exarada na sentença arbitral, consoante disposto no art. 31 da LM (art. 26, inciso III da LAB).

9. Escolha das regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, art. 28 da LM (art. 2º da LAB).

10. Procedimento de Revisão pós sentença arbitral, estando prevista em sede (i) de retificação para corrigir erro material ou esclarecer obscuridades, requerida ao tribunal arbitral, nos termos do art. 33 da LM (art. 30 da LAB); e (ii) de ação de anulação de sentença arbitral, conforme art. 34 da LM (arts. 32 e 33 da LAB).

11. Reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira, arts. 35 e 36 da LM (arts. 38 e 39 da LAB).

A regulamentação arbitral brasileira também teve fonte de inspiração na lei francesa de 1981, ao estabelecer a convenção de arbitragem, que também está prevista no art. 7º da LM (art. 3º da LAB), bem como em muitos dispositivos da lei espanhola nº 36/1988, como por exemplo, o art. 56.1, equivalente ao artigo 34 da LAB.

Por derradeiro, gostaríamos de lembrar que uma lei poderá ser boa ou não. Dependerá das pessoas que a utilizarem e dos órgãos incumbidos de sua interpretação e aplicação valerem-se das normas, atentando para seus princípios e origens, ou seja, para os fins a que foram propostas.

(6) - Por exemplo: Canadá, em 1986; Austrália e Hong Kong, em 1989; Escócia em 1990; Peru, México, Federação Russa, Bermudas e Tunísia, em 1993; Egito e Ucrânia, em 1994. Vários estados americanos, tais como Flórida, Oregon, Califórnia e Texas. A Inglaterra, neste ano, (1996) vem de editar nova lei arbitral inspirada em vários dispositivos da LM. A Alemanha está revendo sua legislação arbitral coadunando-a com a LM. Enfim, poderíamos muito nos estender nesta relação, contudo fôge à brevidade inerente ao objetivo deste trabalho.