

CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO-AMCHAM

CENTRO DE ARBITRAGEM DA AMCHAM

**SEMINÁRIO – 8 ANOS DA LEI N. 9.307/96 – O CENÁRIO
ATUAL DA ARBITRAGEM NO BRASIL**

24.05.04

Oito Anos da Lei de Arbitragem

*Selma Ferreira Lemes**

Agradeço o convite para proferir a palestra inaugural deste seminário. É sempre um grande prazer participar de eventos como este, organizado pelo Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio, para discorrer e efetuar avaliação destes quase 8 anos de vigência da Lei Brasileira de Arbitragem, a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei Marco Maciel).

No início de 1996, exatamente seis meses antes da Lei de Arbitragem ser promulgada, participávamos no Superior Tribunal de Justiça – STJ de "*Painel de Debates sobre Soluções Alternativas de Controvérsias*," que contou com o apoio da Embaixada dos EUA e de instituições americanas, no qual tive o privilégio de ser debatedora do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, que tratara do tema "*Perspectivas Brasileiras no Campo da Solução Alternativa de Conflitos*." O cenário mudou radicalmente desde aquela época, pois tratávamos da matéria como uma quimera, como meras conjecturas para o futuro, já que não tínhamos previsão de quando o Projeto de Lei seria finalmente votado e a Lei sancionada. Todavia, as proposições que efetuamos naquela oportunidade continuam válidas, mas sob outras óticas. Apontamos quatro fatores que contribuiriam para a correta e eficaz **consolidação**, ousamos dizer "**consolidação**", pois naquela oportunidade falamos em "**desenvolvimento**" da arbitragem entre nós. São os quatros pilares, que sustentam e concederão perenidade à arbitragem. São eles:

1. A Segurança Jurídica.
2. A Difusão Cultural.
3. A Conscientização dos Advogados.
4. A Manutenção de Regras Flexíveis.

1. A Segurança Jurídica

Temos um texto de Lei constituído por um arcabouço lógico de conceitos, que como toda elaboração legislativa alicerça-se na sociologia do direito e, neste sentido, o legislador brasileiro ao estabelecer as novas diretrizes do estatuto arbitral nacional, fez opções e exerceu seu direito e dever de considerar e enaltecer as pautas sociais e os valores jurídicos que entendeu deveriam estar albergados na Lei, ¹no exercício de seu poder soberano e constitucional de legislar, tendo como norte orientador as diretrizes sistemáticas, éticas, sociais e de operabilidade (concretidade) que deveriam estar presentes na nova normativa. ²

Assim, a Lei de Arbitragem, em seus 44 Artigos e VII Capítulos estabelece o arcabouço arbitral brasileiro que, no frontispício, define o caráter voluntário da arbitragem, quando e quem pode utilizá-la, as regras aplicáveis, etc. No Capítulo II, trata do seu nascedouro: a convenção de arbitragem, que se subdivide em cláusula compromissória (ou cláusula arbitral) e compromisso arbitral (art. 3º), arbitragem institucional (art. 5º) o caráter vinculante da cláusula compromissória e a competente ação judicial para instituir a arbitragem diante de cláusula arbitral em branco ou vazia (art.7º), o princípio da autonomia da cláusula compromissória (art.8º) e o da competência dos árbitros (art. 8º,§ único), requisitos do compromisso arbitral, etc.

O Capítulo III refere-se aos árbitros, a figura-chave da arbitragem, quem pode atuar como árbitro (art. 13), requisitos a serem observados, código de ética (art.13, § 6º), recusa e exceção (arts. 14 e 15), responsabilidade civil e penal (art. 17), que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a sentença arbitral não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18), etc. ³ O Capítulo IV, dispõe sobre o procedimento arbitral e declara o momento em que a arbitragem está instituída (art. 19), argüição de suspeição ou impedimento do árbitro; a *lex legum* da lei de arbitragem, que reside nos princípios do devido processo legal (art. 21 § 2º); a conciliação; a fase probatória em que poderá solicitar o auxílio do judiciário, inclusive na execução de medidas coercitivas e cautelares (art. 22, 4º), etc. O Capítulo V é dedicado ao desiderato da arbitragem: a sentença arbitral nacional, seus requisitos e específicas formas de impugnação. Por sua vez, o Capítulo VI, dispõe sobre a sentença arbitral estrangeira, requisitos para homologá-la com o fito de dar-lhe reconhecimento, eficácia e força executiva. As disposições finais previstas no Capítulo VII representam o elo de concatenação com as demais normas do ordenamento jurídico nacional, em especial, a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, revogando disposições em contrário e outras providências.

Com a nova Lei podemos dizer que inauguramos o **Direito da Arbitragem Brasileiro**. O modelo é ordenado e lógico. Todavia, para sua efetiva inserção, assim como de qualquer outro diploma legal, precisa ter a confirmação do intérprete originário que, no Estado Democrático de Direito, é atribuição do Judiciário. É o Judiciário que imprime a segurança jurídica ao instituto. A jurisprudência gerada será o guia para sua aplicação e utilização. Carlos Maximiliano, em obra precursora de interpretação legal, salientou que "a segurança jurídica, objeto superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas, do que da roupagem mais ou menos apropriada em que se apresentam." ⁴

É indubitável que a Lei n. 9.307/96 introduziu no ordenamento nacional novos princípios e conceitos, que ainda demandarão algum tempo para serem devidamente assimilados pela comunidade jurídica. Mas alguns desses conceitos, nestes quase oito anos de vigência da Lei, já se encontram referendados pelo Judiciário, a seguir arrolados:

1. Constitucionalidade de Dispositivos da Lei de Arbitragem – Apreciados pelo Supremo Tribunal Federal -STF que, entre outras matérias, referendou o efeito vinculante da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso) e a eficácia da cláusula arbitral cheia. Reconheceu que quando as partes fornecem os elementos para dar início à arbitragem, havendo resistência da outra parte e diante de cláusula compromissória que elege uma instituição arbitral para administrar o procedimento, não há a necessidade de acorrer ao Judiciário para instituí-la, pois isso só seria necessário se a cláusula arbitral nada dispusesse a respeito (cláusula arbitral vazia).⁵ Os Tribunais de Justiça de São Paulo e de Brasília exararam idêntico entendimento, bem como diversos precedentes de primeira instância, pois os juízes, ao depararem com a alegação da existência de cláusula compromissória, consideram-se impedidos para analisar a demanda, remetendo as partes à arbitragem. Todavia, ainda que esporadicamente, referido entendimento encontra resistência, pois alguns juízes aplicam equivocadamente o conceito da lei revogada e negam eficácia à cláusula compromissória, declarando-se competentes para apreciar a matéria. Mas, seguramente, quando estas questões chegarem às instâncias superiores serão revistas.

2. Concessão de Liminares em Medidas Cautelares prévias à instauração da arbitragem e o entendimento que a ação principal será a propositura da demanda arbitral, bem como que não há incompatibilidade entre as instâncias.

3. Indicação da Lei Aplicável – A 7ª. C.C. do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, reconheceu a possibilidade de as partes elegerem lei diversa da brasileira para dirimir a controvérsia, desde que não viole a ordem pública brasileira e os bons costumes (art. 2º § 1º). Este precedente é de suma importância, pois há mais de seis décadas pairava a dúvida na doutrina nacional se as partes em contratos internacionais podiam indicar livremente a lei aplicável, ou se o disposto no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC (que estabelece que a lei aplicável ao contrato seria a do local onde foi firmado), era de observância obrigatória. O precedente jurisprudencial citado esclarece que a LICC tem natureza supletiva, além, evidentemente, de reforçar o disposto no art. 2º, § 1º da Lei nº 9.307/96. Este precedente reitera o caráter vinculante da cláusula compromissória inserida em contrato, impedindo o exame da controvérsia pelo Judiciário, que somente pode manifestar-se posteriormente e, se for o caso, em sede de ação de nulidade da sentença arbitral.⁶

4. Cláusula Compromissória e a Boa-fé - Decisão que passa a representar um *leading case* da arbitragem no Brasil no que concerne ao efeito vinculante da cláusula compromissória e a boa-fé, foi proferida pelo juiz Dr. Alexandre Alves Lazzarini, da 16ª Vara Civil de São Paulo, confirmada e elogiada pelo Tribunal de Justiça paulista em 13 de novembro de 2003.⁷

5. Arbitragem Institucional - A decisão acima confirma também a arbitragem institucional regularmente pactuada pelas partes.

6. Aplicação de Preceito de Ordem Pública não se Confunde com Direitos Patrimoniais Indisponíveis – interessante precedente firmado em sede de ação de nulidade de sentença arbitral proferido pelo juiz Rodrigo Marzola Colombini, da 6ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, em 16 de setembro de 2003, que versava sobre representação comercial. A sentença arbitral teve diversas passagens reproduzidas pelo ilustre juiz que, ao entendê-la absolutamente correta, manteve-a integralmente.⁸

7. Aplicação Temporal da Lei - ainda temos algumas divergências de interpretação quanto à aplicação da Lei para contratos que elegeram a arbitragem antes da

sua vigência. O entendimento predominante é o de aplicar a Lei em vigor no momento da instauração da arbitragem, consoante posicionamento unânime do STF, quanto à homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, inclusive as que estavam em curso por ocasião da vigência da Lei, mas há dois precedentes que entendem que a lei não retroage, um de primeira instância em São Paulo e outro do STJ.⁹

No Estado do Paraná, por um provimento do Tribunal de Justiça foi designada Vara específica para apoio da arbitragem, quanto às medidas cautelares, instituição judicial da arbitragem, etc.

Esta jurisprudência que, paulatinamente vem sendo produzida,¹⁰ demonstra a altivez e serenidade com que as Cortes Judiciais brasileiras recebem a arbitragem, numa flagrante demonstração que justiça arbitral e justiça estatal são irmãs gêmeas.¹¹ Igualmente, o Judiciário se faz presente para coibir eventuais abusos, quando necessário, para a correta aplicação da arbitragem.

Enfim, passo a passo a jurisprudência judicial contribui para outorgar segurança jurídica ao arcabouço legal da arbitragem no país, que inclusive recebeu o reforço das Convenções Internacionais que ingressaram no direito interno, neste período posterior ao início de vigência da Lei.¹²

2. A Difusão Cultural

A difusão cultural, no sentido de conscientizar a sociedade da existência de métodos extrajudiciários de solução de disputas, inclusive a mediação, a conciliação, a negociação e a arbitragem. Essas formas de solução de conflitos demandam ampla divulgação na sociedade e nos meios de comunicação. Inclusive deveriam alcançar os ensinamentos fundamental e médio, pois todas contribuem para a pacificação social. Com exemplo, lembramos a difusão e consolidação do tema sobre o meio ambiente na sociedade.

A arbitragem demanda maior divulgação nos meios empresariais. Igualmente haverá de se desmistificar a crença de que arbitragem só serve para as grandes demandas em razão de ser custeada pelas partes. Para tanto, basta as partes indicarem Câmara ou Centro de Arbitragem idôneo e que tenha custos compatíveis com o valor do contrato.¹³

3. A Conscientização dos Advogados

É absolutamente imprescindível que os operadores do direito se afeiçoem com os novos princípios e conceitos da Lei de Arbitragem, o que vimos salientando com certa frequência, pois apesar de a Lei facultar a presença do advogado é praticamente impensável em conduzir corretamente um processo arbitral sem ele. A prática demonstra que as partes conturbam o processo, procrastinam as providências necessárias; enfim, o advogado é um efetivo colaborador do árbitro. Mas não é só na condução do processo arbitral que o advogado é imprescindível. Também por ocasião da redação da cláusula compromissória, quando os contratos são elaborados. Os profissionais do direito devem estar convenientemente preparados para auxiliar seus clientes neste sentido, pois deve evitar a redação das denominadas cláusulas patológicas ou doentes, que representam o "calcanhar de Aquiles" no correto instaurar da arbitragem. Deve-se redigir a cláusula compromissória que seja completa e permita o regular processamento da arbitragem. Por isso, recomenda-se a adoção de cláusulas modelo de instituições arbitrais. É importante que se reitere que o art. 7º da Lei somente deve ser instado diante de cláusula arbitral vazia ou que careça de alguma complementação, geralmente condicionada a posterior exaustão das partes.¹⁴

O profissional do direito deve estar preparado para esta nova e promissora demanda, conhecendo o produto a ser ofertado ao seu cliente. Felizmente, atualmente, já

estamos com a disciplina arbitral sendo incluída nas grades curriculares de diversos cursos de bacharelado (direito, administração de empresas, etc), algo praticamente inexistente até o advento da Lei de Arbitragem, bem como de diversos cursos de especialização e extensão universitária.

Não se pode olvidar, igualmente, que se espera do profissional jurídico uma mudança de postura e comportamento. O perfil para do advogado do nosso século exige que o profissional seja antes de tudo um negociador, um gerenciador de conflitos. Não se afeiçoa mais à nossa profissão o advogado excessivamente beligerante. Costumo sugerir, com todo o respeito, que devemos efetuar uma introspecção a permitir que estejamos abertos e possamos adaptar-nos às novas mudanças, e procurar superar o adágio de que "o cachimbo faz a boca torta." As técnicas processuais, muitas vezes procrastinatórias, os infundáveis recursos, não encontram guarida no procedimento arbitral.

Aqui reside um ponto extremamente importante para a arbitragem. Compete ao profissional do direito refletir e ponderar com seu cliente as conveniências ou não em se optar pela via extrajudiciária de solução de conflitos. O advogado deve estar absolutamente consciente que a arbitragem visa a celeridade e que para tanto o procedimento é naturalmente reduzido, sem evidentemente deixar de velar pela aplicação do devido processo legal (art. 21, p. 2). Costumo respeitosamente observar que no procedimento arbitral não temos o agravo de instrumento. O procedimento arbitral é todo ele consensado pelas partes e pelos advogados, não apenas na sua essência (opção pela arbitragem), mas durante todo o procedimento arbitral. Não é sem razão que na arbitragem não temos autor e réu, mas demandante e demandado. Pretendemos transmitir esses eflúvios positivos na Lei de Arbitragem, tanto é que os senhores podem observar que não existem essas referências na Lei.

Vale observar, que a *American Bar Association- ABA*, a Ordem dos Advogados americana ao elaborar opúsculo sobre a Propriedade Intelectual recomendou aos advogados que estes têm o dever ético de aconselhar seus clientes sobre as amplas possibilidades da resolução apropriada de disputas, que não necessariamente seria a judicial.

A necessidade em conhecer os princípios e conceitos da nova sistemática arbitral é de suma importância, pois não faz o menor sentido apegar-se aos conceitos antigos e ultrapassados. Assim, cláusula arbitral tem efeito vinculante, impede a submissão da controvérsia ao judiciário, honrando ao *pacta sunt servanda* e a boa-fé, que na atual sistemática do Código Civil, faz surgir a responsabilidade contratual por acarretar dano material e moral.¹⁵

Enfim, processo arbitral não é processo judicial e o advogado precisa estar consciente que na arbitragem se enaltece, a todo instante essa diferença, o que nos faz reportar ao quarto tópico a ser abordado.

4. Manutenção de Regras Flexíveis

Enfatizo que, não necessariamente, no procedimento arbitral, autoriza-se a analogia com conceitos e princípios da legislação processual civil. Isto, pois, a arbitragem pressupõe a adoção de normas mais flexíveis, adstritas aos princípios da autonomia da vontade, do devido processo legal, da não violação da ordem pública e dos bons costumes, da diligência e operabilidade dos árbitros e de suas decisões, que nos obrigam a romper com o elo da processualística forense, aferrada às formas e ritos, que vêm recebendo os eflúvios da modernidade, com a aplicação do princípio da efetividade e o da facilitação do acesso à Justiça. Não tem o antagonismo verificado nas lições forenses e os árbitros têm mais flexibilidade para agir do que os juízes.

As regras flexíveis que privilegiam os princípios objetivam que o processo atinja sua finalidade: proferir rapidamente a sentença arbitral. O desvirtuamento da arbitragem com táticas processuais desnecessárias tem recebido no exterior acirradas críticas e há movimentos que clamam para o retorno da arbitragem às suas origens e simplicidade. Por esta razão vêm-se adotando outros procedimentos, tais como "arbitragem de via rápida" (*fast truck*), ou "o procedimento abreviado" (*short form procedure*).¹⁶

Uma das principais características da arbitragem é a de não ser uma litigância agitada, tem o potencial de ser uma via rápida procedimental. Assevera-se que a flexibilidade não pode ser um mero atributo da arbitragem, mas é a característica de um bom árbitro, que deve ter a iniciativa, a habilidade e o objetivo de seguir uma linha e estabelecer o ritmo do procedimento. Há de ser asseverado que as partes ao escolherem a via arbitral devem ter como objetivo e norte a obtenção de uma sentença arbitral alicerçada no direito ou por equidade e que reflita bom senso.¹⁷ A propósito, em precedente jurisprudencial originário da 44ª Vara Cível do Rio de Janeiro, integralmente confirmado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro a ilustre juíza Márcia de Carvalho, com acuidade atestou e asseverou estas qualidades da arbitragem mantendo integralmente sentença arbitral, afastando a alegação da parte inconformada de que era *extra ou ultra petita*.¹⁸

Conclusão

Como balanço destes quase 8 anos de vigência da Lei de Arbitragem, analisando o passado e mirando o futuro enfatizo que *"uma Lei só pode cumprir com seus objetivos, ser útil aos cidadãos e engrandecer as instituições jurídicas de um país, quando interpretada e operacionalizada de acordo com os critérios e princípios que justificam a sua existência."*

Agradeço a atenção de todos.

* *Advogada. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem. Coordenadora e Professora do Curso de Arbitragem do GVLAW da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo e Rio de Janeiro. Membro do Grupo Latino-Americano da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – Paris. Sócia Titular de Selma Lemes Advogados Associados.

¹ Cf. Gregório ROBLES, *Sociologia del Derecho*, Madrid, Civitas, 1993, p. 112. Na literatura jurídica nacional Eros Roberto GRAU, analisa a questão sob a ótica do direito legítimo, vale dizer, é o produzido pela autoridade de modo a expressar os padrões de cultura, os sentidos (princípios) forjados pela sociedade como expressões das aspirações e rumos que a sociedade pretende seguir, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 60.

² Cf Miguel REALE, *O Projeto de Código Civil*, São Paulo, Saraiva, 1986, p. 7/13.

³ Cf Selma M. Ferreira LEMES, *Árbitro. Princípios da Independência e da Imparcialidade*, São Paulo, LTr, 2001, 239 p. www.ltr.com.br

⁴ Cf nosso artigo “ A Jurisprudência Brasileira sobre o Uso da Arbitragem”, *Jornal Valor Econômico*, 26.08.03, p. E-8. Reproduzido em www.mundojuridico.adv.br

⁵ Cf Marcio Martins BONILHA, “Do Efeito Vinculante da Cláusula Arbitral,” *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, nº 20, p. 107/110, mar./abr., 2004.

⁶ Cf nossos comentários sobre o referido precedente *Escolha da Lei Aplicável na Arbitragem é Confirmada pelo 1º TACSP*, em www.camarb.com.br

⁷ Cf nossos comentários na *Revista de Arbitragem e Mediação (RT)* n. 2.

⁸ Sentença publicada na *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, 22: 430/433

⁹ CF os citados precedentes em www.cbar.org.br

¹⁰ Note-se que inclusive na área trabalhista as Cortes Oficiais vêm auxiliando e confirmando as decisões arbitrais, bem como, quando se trata de coibir abusos na área trabalhista. CF nosso artigo O Uso da Arbitragem nas Relações Trabalhistas, Valor Econômico, 15.08.03, p. E-2. reproduzido em www.mundojuridico.adv.br

¹¹ Importa observar que a jurisprudência arbitral não é originária somente dos Tribunais Estatais, mas também deflui dos Tribunais Arbitrais, coligida em compêndios e revistas, especialmente no exterior, representando norte orientador para os profissionais da área. Os precedentes da Corte de Arbitragem Internacional - CCI, por exemplo, freqüentemente são invocados nas sentenças arbitrais, citados por seus números, haja vista que a identidade das partes é mantida em sigilo.

¹² Cf nossos artigos A Arbitragem no Brasil e a Convenção de Nova Iorque, Carta Internacional do Núcleo de Pesquisas Internacionais da USP – NUPRI/USP, n. 117, nov. 2002 e Reconhecimento da Sentença Arbitral Estrangeira, Jornal Valor Econômico, 08.08.03, p. E-4. Ambos artigos reproduzidos em www.mundojuridico.adv.br

¹³ Cf www.conima.org.br

¹⁴ Cf nosso artigo Cláusulas Arbitrais Ambíguas ou Contraditórias e a Interpretação da Vontade das Partes, “Reflexões sobre Arbitragem - In Memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima”, Pedro Batista MARTINS e José M. Rossani GARCEZ (orgs.) São Paulo, LTr, 2002 p.188/208.

¹⁵ Cf Enéas Costa GARCIA, Responsabilidade Pré e Pós-Contratual à Luz da Boa-Fé, São Paulo, Juarez de Oliveira, p. 102/ 282, 2003.

¹⁶ Cf 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, “ Arbitration”, 61/6, fev., 1995.

¹⁷ Cf nosso artigo Arbitragem Institucional e Ad Hoc, in “Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem,” Pedro Batista Martins, Selma M. Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, Rio de Janeiro, Forense, p. 315, 1999.

¹⁸ Cf nosso artigo Ação de Anulação de Sentença Arbitral. Improcedência. Impossibilidade de Reexame do Mérito, “Revista de Direito

LEMES, Selma Ferreira. **O cenário atual da arbitragem no país.** Disponível em:

http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/evento_palestra.php

Acesso em: 15.ago.2006.