

## Alguns Apontamentos sobre os Riscos da Arbitragem no Brasil

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral\*

**Resumo:** Trata-se de estudo que busca analisar questões polêmicas e complexas do instituto da Arbitragem no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, bem como a contribuição do mesmo para o desenvolvimento deste.

**Abstract:** It is a study that seeks to analyse controversial and complex questions about the Instituting of Arbitrage in the context of the Brazilian Legal Ordinance, as well as its contribution and development of the latter.

**Palavras-chaves:** Arbitragem – Processo – Princípios Constitucionais.

**Key Words:** Arbitrage – Process – Constitutional Principles.

### Introdução

A Escola Internacional de Arbitragem de Londres e uma grande auditoria realizaram levantamento apontando que 73% das empresas consultadas preferem a arbitragem, precedida ou não de mediação ou conciliação, do que recorrer aos tribunais judiciais. A pesquisa avaliou mais de uma centena de respostas a questionários e produziu mais de quarenta entrevistas aprofundadas com empresas de grande porte de nove setores diferentes. A maioria sediada nos Estados Unidos e Europa e nenhuma no Brasil.<sup>1</sup>

Não há dúvida de que a Lei nº 9.307, de 23/09/96 (a “Lei de Arbitragem”) introduziu importantes alterações no tratamento do instituto no âmbito doméstico. Aboliu-se a necessidade de homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário e foi instituída a possibilidade de judicialmente ser elaborado o compromisso arbitral, se o réu não comparecer ou, comparecendo a juízo, recusar-se a fazê-lo. Foram duas alterações de especial relevância, tendo em vista que, no passado, o não comparecimento para firmar o compromisso arbitral gerava apenas inadimplência contratual a ser resolvida com perdas e danos. A própria homologação judicial tornava o instituto bastante desinteressante.

\* Professor de Direito Constitucional da Universidade Mackenzie. Master of Laws (LL.M.) pela Harvard Law School. Pós-graduado, com a distinção de excelência, pelo Harvard University International Tax Program. Membro da American Arbitration Association. Presidente da Associação David Rockefeller Center da Universidade de Harvard (Brasil). Presidente da Comissão de Comércio Exterior e Relações Internacionais da OAB/SP e Membro Consultor da Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da OAB. Advogado.

<sup>1</sup> “Empresas preferem a Arbitragem: Justiça Privada – Pesquisa demonstra que método é escolhido para disputas internacionais”, Valor Econômico, São Paulo, 17/5/06, p. E1.

A constitucionalidade da Lei da Arbitragem foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, no processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, no final de 2001. O Código Civil de 2002 previu a arbitragem em seu art. 853, segundo o qual “*admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.*”

Assim, a arbitragem, como solução alternativa aos tribunais judiciais para o contencioso envolvendo direitos disponíveis, normalmente em matéria contratual, ganhou foros de legalidade, abrangência e eficácia no Brasil. No entanto, após uma década de Lei de Arbitragem e quase cinco anos da decisão do STF que a validou, ainda há grandes desafios a serem enfrentados para sua disseminação no país.

### **Arbitragem: avanço ou retrocesso?**

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulgou ao início de 2006 que mais de 57 milhões de ações tramitam nas várias esferas do Poder Judiciário. Nos Juizados Especiais, aponta-se um índice de conciliação de apenas 1/3 das demandas e a solução das controvérsias remanescentes são morosas como na Justiça comum.<sup>2</sup> Os tribunais estão sobrecarregados, sua lentidão é generalizada e, como a aplicação independente da Justiça é um dos vértices do Estado de Direito, a sua denegação em lugar e tempo apropriados torna os conflitos perenes. Reduz, também, a credibilidade do cidadão na capacidade do Estado de bem gerir as políticas públicas e solucionar os conflitos de forma pacífica.

Dai que a solução privada de conflitos por via da arbitragem e outros métodos alternativos, ante a incapacidade estatal de gerir as várias dezenas de milhões de processos – não obstante o esforço valoroso de juizes e funcionários do Poder Judiciário – ganha dimensão relevante quando apreciadas as suas vantagens, ao menos teóricas: *celeridade, especialização do árbitro, menor custo e preservação de sigilo*. Se tais vantagens, na prática, puderem realmente ser alcançadas, então a arbitragem terá muito a avançar no Brasil.

No entanto, por aqui muito haverá de caminhar-se antes que os benefícios sejam universalizados. Isto porque, entre a teoria e a prática domésticas, as vantagens não necessariamente se concretizarão, ao menos de forma abrangente e em curto e médio prazo. Dai que é preciso cuidado e prudência antes de simplesmente se optar pela arbitragem e a respectiva escolha dos árbitros.

<sup>2</sup> “Juizados quase tão lentos quanto Justiça comum”, Valor Econômico, São Paulo, 26/5/06, p. E1.

### **Celeridade, economia e sigilo?**

Considerando que se pode levar mais de uma década para o Poder Judiciário finalizar uma demanda, qualquer solução alternativa que tome, em média, 18 meses, segundo a prática internacional, ou até menos que isso, parece haver um consenso na opção pela arbitragem. Dois pontos devem ser levantados a esse respeito: primeiro, não necessariamente a arbitragem se dará em prazos menores do que três ou quatro anos e, de fato e de direito, o recurso judicial não está excluído. A inafastabilidade do acesso às cortes judiciais decorre de mandamento expreso da Constituição Federal (inc. XXXV do art. 5º).

Embora o mérito da decisão arbitral não deva ser rediscutido em juízo, as causas de nulidade da decisão arbitral são amplas, incluindo aquelas tratadas na própria Lei de Arbitragem, que é norma de ordem pública, tais como: ausência de requisito essencial ou nulidade do compromisso arbitral prévio à instauração da arbitragem; a decisão emanou de quem não podia ser árbitro; a sentença foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem ou não decidiu todo o litígio; foram desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. No mesmo sentido, embora na sua gênese a arbitragem tenha natureza contratual – de direito privado, portanto – como a eficácia da decisão de mérito equivale à de uma sentença judicial, aplica-se ao procedimento arbitral as mesmas exigências judiciárias de fundamentação, pertinência lógica entre premissas e conclusão, devida promoção e apreciação das provas requeridas ou promovidas durante o procedimento, etc. Importante também destacar que as máximas constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório não poderão ser afastadas pelos árbitros.

A arbitragem não excluirá, por si só, o recurso judicial, pois tanto as causas de nulidade são diversas, como a eventual adoção de medidas cautelares dependerá de provocação dos árbitros aos tribunais judiciais, além do que a sentença arbitral, quando condenatória, será executada pelo Poder Judiciário. A eventual ação de nulidade da sentença arbitral também será argüida perante as cortes judiciais.

Quanto à suposta economia, é preciso destacar que o recurso à arbitragem, principalmente em questões complexas e de valores elevados, está longe de ser econômica e pode, em muitos casos, ser inclusive superior ao custo de uma demanda judicial.

O sigilo é também uma vantagem mais teórica do que prática, pois como são várias as possibilidades de recurso aos tribunais e mesmo indispensáveis no caso de execução de sentença arbitral condenatória, se a parte vencida não se conformar com o deslinde da controvérsia, certamente haverá plena publicidade do procedimento e da decisão arbitral.

### Arbitragem sem árbitros?

A legitimidade da arbitragem está atrelada à qualidade dos árbitros, tanto no que se refere à condução justa e equilibrada dos procedimentos, quanto ao acerto da decisão final. Daí, verdadeiramente, “ser o arquétipo do árbitro uma manifestação atual do arquétipo do juiz.”<sup>3</sup>

A justiça, como pressuposto fundamental do Estado Democrático de Direito e virtude social por excelência, não é monopólio dos tribunais judiciais. Os parâmetros abraçados pela civilização ocidental para o “rule of law”, como sabido, englobam o princípio da legalidade, da isonomia e da aplicação independente da Justiça. Assim se opõe a força do direito ao direito da força. E neste valor supremo da independência do Judiciário reside a proteção maior ao cidadão que se vê perante uma pretensão injustamente resistida. A arbitragem é uma alternativa não menos rígida e importante da aplicação independente da Justiça e nisto reside, pois, a obrigação dos árbitros em procederem com igual seriedade e competência tal como o magistrado judicial e prestarem rigorosa observância da constitucionalidade e legalidade de seus atos e da decisão arbitral correspondente.

É quase um truísmo afirmar que a vantagem fundamental da arbitragem se dá pela possível especialização do árbitro quando comparada à formação geral do juiz, que no mais das vezes não conhece as peculiaridades naturais e ordinárias das matérias levadas à apreciação judicial. Assim, na medida em que o árbitro for um especialista no tema controvertido, deveria haver maior adequação da realidade concreta à solução dada à disputa. Ao menos é o que se espera.

Destacado especialista mundial em arbitragem, Robert Coulson, em renomada publicação da *American Arbitration Association*, intitulada *ADR in America*,<sup>4</sup> sublinha que, para minimizar a possibilidade de erros, no contencioso judicial a ênfase é na “revisão das decisões”, tanto na forma como no mérito, pelo sistema de apelação. Espera-se, pois, que o sistema judicial de revisão corrija os erros e é isto que protege as partes. Na arbitragem, o especialista norte-americano destaca que, para evitar os erros, a ênfase se dá na “qualidade dos árbitros”, ou seja, na capacidade das partes – como expressão da autonomia da vontade – de fazerem a escolha de árbitros “baseada na experiência e reputação”.

Ora, se entre nós a experiência com a Lei de Arbitragem e a sua validação constitucional pelo STF é relativamente recente, é pública e notória a ausência de árbitros “com experiência e reputação”. Conseqüentemente, é certo que se benefícios serão seguramente alcançados com a disseminação da arbitragem no Brasil, os erros também ocorrerão, com maior ou menor gravidade e com variados níveis de danos.

<sup>3</sup> ALMEIDA PRADO, Lídia Reis de. In *Novos Rumos da Arbitragem no Brasil* (Luiz Fernando do V. <sup>o</sup> Guilherme, coord.) São Paulo: Fiúza, 2004. p. 252.

<sup>4</sup> CULSON, Robert, *ADR in America*. Nova Iorque: American Arbitration Association, 1993, p. 24.

Como já dito,<sup>5</sup> se na Europa e nos Estados Unidos há décadas de experiência e contam-se aos milhares os árbitros passíveis de serem chamados a decidir uma ampla variedade de questões nos mais diversos setores e matérias, no Brasil há, por outro lado, uma evidente escassez de profissionais experimentados na arbitragem. Não se transformam advogados, químicos, engenheiros, farmacêuticos ou agrônomos, por mais cultos e bem conceituados que sejam nas respectivas áreas de especialidade, em bons e experientes árbitros do dia para a noite. Da mesma forma que os bons juízes, no plano judicial, são formados ao longo de anos de experiência, com as suas decisões sendo passíveis de correção pelas instâncias superiores, no caso da arbitragem, embora, em linha de princípio, o mérito não deva ser reavaliado, sem dúvida a experiência judiciária com os princípios constitucionais e legais do sistema normativo nacional não poderá ser desprezada.

#### **Arbitragem não é panacéia**

Ora, se celeridade, menor custo, sigilo e especialização do árbitro são vantagens muitas vezes mais teóricas do que práticas, ao menos na realidade atual do Brasil, com certeza a arbitragem não é remédio para todos os males. Sem dúvida, a sua disseminação é importante para os negócios privados, especialmente em se tratando de uma economia globalizada. Mas também, enquanto não se firmar uma linha jurisprudencial consistente no país, ou seja, sem o crivo do Poder Judiciário dando contornos precisos ao conteúdo e alcance dos preceitos de ordem pública consagrados na Lei de Arbitragem e aos parâmetros constitucionais relevantes – assuntos que há décadas são discutidos nos tribunais judiciais norte-americanos e europeus – estamos apenas nos limiar de uma nova era de solução privada de controvérsias.

A experiência internacional não é, portanto, padrão ou limite hermenêutico de como se deve interpretar a arbitragem no Brasil. A experiência judiciária pátria certamente contribuirá não para o afastamento dos métodos alternativos à solução de controvérsias, mas para a sua consolidação. Isto na medida em que se faça bem observar pelos árbitros tanto os inafastáveis mandamentos de ordem pública da própria Lei de Arbitragem, como as máximas constitucionais voltadas à aplicação independente, eficaz, adequada, razoável e certa da justiça na órbita privada pelo árbitro, como se espera no plano estatal pelo juiz.

<sup>5</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; YAMASHITA, Douglas, *in Direito do Comércio Internacional – Aspectos Fundamentais* (Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, coord.). São Paulo: Lex Editora e OAB/SP, 2006, no prelo.

### Princípios constitucionais e legais de regência da arbitragem

Pela relevância do tema e a fim de se propugnar pelo desenvolvimento da arbitragem no Brasil, neste tópico se retomará pequena parcela de estudo doutrinário elaborado em co-autoria com Douglas Yamashita, doutor pela USP e mestre em Direito pela Universidade de Colônia (Alemanha), sem prejuízo de recomendar ao leitor a referência ao texto integral,<sup>6</sup> em que se analisou a fruição dos princípios constitucionais e legais de regência do procedimento e da sentença arbitral.

Se por um lado é certo que, nos termos da Lei de Arbitragem, as partes têm a liberdade de escolher as regras processuais de direito que serão aplicadas na arbitragem, por outro lado esse mesmo diploma submete tal liberdade à observância dos bons costumes e da ordem pública. Não resta dúvida de que a ordem pública está albergada tanto na própria Lei de Arbitragem, como nos direitos e garantias fundamentais das partes, protegidos pela Constituição Federal de 1988. É evidente que, como lei ordinária, a Lei de Arbitragem jamais teria o condão de impedir a eficácia dos direitos e garantias constitucionais das partes no procedimento arbitral.

Na medida em que há cada vez maiores repercussões dos interesses privados sobre o público e vice-versa, o direito público privatiza-se e o direito privado publiciza-se. Assim, a Constituição, com seus valores fundamentais, projeta-se como uma unidade e é o primeiro elo de toda uma cadeia de normas regentes das relações jurídicas no plano infraconstitucional,<sup>7</sup> dela não se podendo afastar o conteúdo e os limites da arbitragem, tanto no seu procedimento como na sua decisão. É inconcebível tratar a arbitragem sem ter presentes os valores constitucionais.

É pelo prisma constitucional que se deve compreender e harmonizar cada um dos princípios fundamentais da arbitragem, entre eles: o da autonomia da vontade; o da boa fé entre as partes; o do devido processo legal; o da imparcialidade e o do livre convencimento do árbitro; o do contraditório e o da motivação da sentença arbitral.

O princípio do devido processo legal, em especial, aplica-se plenamente à arbitragem, na medida em que o procedimento indicado pelas partes deverá ser respeitado pelo árbitro e o contraditório garantido. Note-se que ao assegurar o contraditório e a ampla defesa, o art. 5º, LV, da CF/88 refere-se não apenas "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo...", mas também "*aos acusados em geral...*", aplicando-se, portanto, ao procedimento arbitral.

Aliás, ao ordenar que "serão, *sempre*, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, § 2º, da Lei de Arbitragem), é manifesto que tal obrigatoriedade reflete aplicação direta do princípio constitucional do devido processo

<sup>6</sup> *Op. cit.*

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 27.

legal, constante do art. 5º, LIV, da CF/88. Do ponto de vista formal ou processual, o “*due process of law*” projeta-se nas garantias constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. Do ponto de vista do “*substantive due process of law*”, segundo pacífica jurisprudência do STF,<sup>8</sup> ele traduz-se no princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*) ou princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*), da doutrina alemã. Ele encontra fundamento constitucional também no princípio da igualdade,<sup>9</sup> isto é, na igualdade de eficácia de direitos e garantias fundamentais das partes em litígio, de tal modo que a eficácia de tais valores constitucionais seja proporcionalmente igual. Em outras palavras, “*àqueles chamados a decidir [...] impõe-se, portanto, a tarefa de identificar os valores pertinentes em colisão, ponderando-os, para encontrar a melhor solução possível para o problema*”.<sup>10</sup> Um direito, garantia ou bem jurídico não pode ser completamente preferido a outro, se essa preferência prejudica desigual e, assim, desproporcionalmente outro legítimo direito, garantia ou bem jurídico. Nisso consiste o princípio da proporcionalidade.

A violação dos mandamentos de ordem pública da Lei de Arbitragem e os princípios legais (art. 32, VIII, da Lei 9.307/96) ou constitucionais (art. 5º, *caput*, II, XXXV, XXXVI, LIV e LV) acarretará a nulidade do procedimento arbitral, pleiteável em juízo (art. 33 da Lei 9.307/96).

### Lições apreendidas em uma década de lei de arbitragem

As principais lições apreendidas com a realidade prática da arbitragem no país, como visto acima, não afastam as virtudes teóricas do instituto mas, sem dúvida, a ausência de árbitros com experiência no Brasil deverá refletir-se em freqüentes discussões judiciais quanto ao procedimento e à própria decisão arbitral. Tanto na Europa como nos Estados Unidos as controvérsias arbitrais são há décadas levadas aos tribunais judiciais. Daí que já se consolidou uma ampla jurisprudência sobre os contornos, conteúdo e alcance, no plano constitucional e legal, tanto do procedimento como da própria sentença arbitral.

<sup>8</sup> RE 18.331, RE 18.976, RE 76.455, RE 100.918, RE 106.759, RE 115.452, RE 202.313, RE 203.954, MS 21.154, RMS 21.046, ADIMC 855, ADIN 958, ADIMC 1.407, ADIMC 1.753, ADIMC 1.922, ADIMC 1.976, ADIMC 2.290, ADIMC 2.317, SS 1.320, HC 45.232. Para um comentário completo a respeito de tais acórdãos vide GODOI, Marciano Seabra de; SALIBA, Luciana Goulart Ferreira. “Razoabilidade e Proporcionalidade”. In GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). *Sistema tributário nacional na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002, pp. 320 e ss.

<sup>9</sup> HUSTER, Stefan. *Rechte und Ziele*. Berlin: Duncker & Humblot, 1993, pp. 96 e ss.

<sup>10</sup> ARNIM, Hans Herbert. *Gemeinwohl und Gruppeninteresse: die Durchsetzungsschwäche allgemeiner Interessen in der pluralistischen Demokratie; ein Beitrag zu Verfassungsrechtlichen Grundfragen der Wirtschaftsordnung*. Frankfurt a. M.: Metzner, 1977, p. 54 (tradução livre de Douglas Yamashita).

É preciso, todavia, evitar simplesmente se apoiar na experiência internacional ou nas regras institucionais de câmaras arbitrais alienígenas: as grandes multinacionais européias e norte-americanas crêem que se darão melhor na arbitragem justamente por sua experiência e preparo para bem enfrentarem as complexidades dos regulamentos arbitrais e as peculiaridades de tais procedimentos<sup>11</sup>. No entanto, não se pode olvidar que os princípios constitucionais e as normas de ordem pública brasileiras têm substância, abrangência e densidade próprias.

No Brasil, com o acúmulo de processos e a lentidão da Justiça é natural que a arbitragem se desenvolva, mesmo com a carência de árbitros experientes e exígua quantidade de advogados afeitos à matéria. É imprescindível, no entanto, que os tribunais pátrios solidifiquem a exegese judicial dos preceitos constitucionais e legais de ordem pública aplicáveis à arbitragem, até mesmo para que, na busca de soluções alternativas ao Judiciário, não se configure a arbitragem em mera manifestação de arbitrariedade dos árbitros, seja na condução do procedimento ou na prolação da sentença arbitral.

<sup>11</sup> Vide nota 1, *supra*.