

O DESENVOLVIMENTO DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

The development of arbitration in Brazilian Law
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 70/2021 | p. 279 - 291 | Jul - Set / 2021
DTR\2021\10250

Theophilo de Azeredo Santos

Presidente do Comitê Brasileiro da Câmara de Comércio Internacional. Presidente da Diretoria Executiva do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem. Professor de Direito Comercial da UERJ.

Área do Direito: Internacional; Arbitragem

Resumo: Este artigo – que recentemente completou uma década – aborda o crescimento da arbitragem no Brasil diante da ampliação das construções decorrentes dos Jogos Olímpicos e Copa do Mundo de futebol, os programas de investimentos da modernização do Rio de Janeiro, o programa do Pré-sal, entre outros fatores.

Palavras-chave: Corte Internacional de Arbitragem – Arresto – Código Comercial Brasileiro – Homologação de Sentença Estrangeira

Abstract: This article – which recently completed a decade – addresses the development of arbitration in Brazil considering the expansion of the construction sector because of the Olympic Games and World Cup, the investment programs for the modernization of Rio de Janeiro, the Pre-salt program, and other factors.

Keywords: International Court of Arbitration – Preventive Seizure – Brazilian Commercial Code – Recognition of Foreign Arbitral Awards

Para citar este artigo: Santos, Theophilo de Azeredo . O desenvolvimento da arbitragem no direito brasileiro. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 70. ano 18. p. 279-291. São Paulo: Ed. RT, jul./set. 2021. Disponível em: [inserir link consultado](#). Acesso em: DD.MM.AAAA.

1. Logo¹ após o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Lei 9.307, de 23 de dezembro de 1996, que disciplina a arbitragem, houve receio de que ela poderia levar à “privatização da justiça”, dúvida que não foi suscitada nos demais países dos quatro continentes.

Lembro-me da dificuldade em realizar o primeiro Seminário no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, pois alguns Desembargadores receavam que pudesse ocorrer a perda das custas processuais.

Esse equívoco não teve grande duração e, hoje, aquele Tribunal é o que mais organiza seminários e palestras sobre mediação, conciliação e arbitragem, inclusive com juristas do exterior. E a resolução que concentrou as arbitragens nas sete varas empresariais, proposta da Ordem dos Advogados do Brasil, da Secção do Estado do Rio de Janeiro, certamente será seguida por outros tribunais.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Antônio Dias Toffoli, quando estava à frente da Advocacia-Geral da União, em Seminário organizado pelo Professor Arnoldo Wald, em Brasília, do qual participei como expositor, suscitou, com entusiasmo, o uso da arbitragem pelos diversos órgãos da União, a fim de dirimir seus conflitos e deixou à mostra o enorme prejuízo causado pelo atraso dos processos judiciais.

2. Recente estudo do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) mostra que o Brasil tem hoje 86 milhões de processos em tramitação. Desse total, 25,5 milhões chegaram à Justiça em 2009, o que deixa, inequivocamente, identificado como solução o uso da mediação, conciliação e arbitragem.

O balanço conclusivo da Semana Nacional de Conciliação, promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, em novembro e dezembro, esclarece que foram realizadas 439.945

audiências, com R\$ 1.058 bilhão de valores acordados.

O Presidente do STF, Ministro Cezar Peluso, defende a redução dos julgamentos: "Imagine um tribunal com 11 membros que tenha mais de 100 mil casos por ano para decidir. É praticamente impossível" ("Direito e Justiça", Jornal do Comércio, 18.11.2010. p. B-6).

Na verdade, o tempo passa e as soluções tardam a ser implantadas.

3. A arbitragem, hoje, atinge todas as atividades econômicas

As arbitragens, nos últimos anos, continuam crescendo em quantidade e valores, em grande parte em razão das empresas nacionais e estrangeiras, que não podem ficar paralisadas pelos conflitos contratuais. A tendência nítida de ampliação das construções decorrentes de eventos esportivos – Jogos Olímpicos e Campeonato Mundial de Futebol –, os programas de investimentos da modernização do Rio de Janeiro (capital e interior), o programa do Pré-sal, as importações e exportações, o crescimento do setor agrícola e os investimentos estatais prometidos pela presidenta eleita certamente multiplicarão as diversas modalidades operacionais e necessitarão de medidas rápidas para resolver disputas entre os sócios.

4. Por feliz coincidência, coube ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro fechar e punir organizações arbitrais fraudulentas, antes dos demais Estados.

O primeiro caso ocorreu após debate, na antiga TVE, do qual participaram o Desembargador Marcos Faver, um "Desembargador Presidente de Tribunal Arbitral". Eu estava presente e vi fato atípico: imediatamente o Desembargador solicitou que fosse preso o falso desembargador, que conseguiu fugir, mas teve o seu "tribunal" fechado pela polícia no dia seguinte.

5. Empresário do Rio suscitou arbitragem para decidir sobre cláusula contratual que envolvia sócio estrangeiro em contrato importante e de valor expressivo. Indicou, como árbitro, um brilhante advogado, ex-Presidente da Comissão de Valores Mobiliários, e, para assessorá-lo, outro competente jurista, notando-se que a decisão da diretoria da C.V.M., por unanimidade, era a seu favor. Por interesse didático, li o volumoso processo e concluí que falecia razão à empresa brasileira.

Os árbitros, por unanimidade, decidiram a favor do sócio estrangeiro, pois, consoante, o art. 18 da nossa lei, "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário", e os casos de nulidade estão especificados no art. 32, que não alcançaram aquela decisão.

O desconhecimento do processo arbitral, leva muitos contratantes a pensar que o árbitro que indicar decidirá a seu favor, esquecidos de que, no desempenho de sua função, "deverá proceder com imparcialidade, independência, diligência e discrição" (§ 6º do art. 13).

6. Arresto de navio e arbitragem internacional

A leitura cuidadosa que fiz das argumentações do agravante – E. Marine Private Joint Stock Company (E-Marine) – e das agravadas – a Transnave Navegação S.A. (Transnave) e Navatel Maritime S.A. (Navatel) – no Agravo de Instrumento 2009.002.31688 (711 Câmara Cível do TJ/RJ); Processo de Origem 2008.004.021259-7 (411ª Vara Cível da Comarca de São Gonçalo), confere-me o direito de afirmar que houve evidente tentativa de desvirtuar o tema jurídico central da controvérsia, a fim de escapar de verdades inconcussas: os efeitos do arresto no direito brasileiro e a desconsideração da arbitragem em andamento na "International Chamber of Commerce", cuja a Corte Internacional de Arbitragem, em Paris, apenas administra os procedimentos que lhe são submetidos, não lhe cabendo solucionar as disputas.

O conceito e os efeitos do ARRESTO, no direito brasileiro não oferecem controvérsia doutrinária e repousam em cediça doutrina.

O vetusto Código Comercial Brasileiro – Lei 556, de 25 de junho de 1850 (LGL\1850\1), há 159 anos já protegia o crédito naval, certamente para resguardar a indústria da navegação, importante no tempo de paz (comércio interior e internacional) e no tempo de guerra, para proteger pessoas e bens.

Em meu livro, “Direito da Navegação Marítima e Aérea”, comentei:

“Crédito naval e aeronáutico: distingue-se dos demais por existir tendo por objeto ou razão de existência o navio ou a aeronave, tornando-se a dívida, na linguagem do nosso Código Comercial, em dívida do navio (ou da aeronave). Existe, assim, estreita vinculação entre o crédito e o navio ou a aeronave, atribuindo ao credor o direito de ser pago sobre o valor do veículo. preferencialmente a qualquer outro credor. Aparece o privilégio, em consequência, sob a forma de prelação na execução” (Rio de Janeiro: Editora Forense, 1964).

O Código Comercial, no art. 471, considera como privilégio, ainda no caso de dívidas contraídas anteriormente à última viagem, no inciso I, “as dívidas provenientes do navio e juros respectivos, por tempo de 3 (três) anos, a contar do dia em que a construção ficar acabada”.

Os credores do proprietário do navio podem arrestá-lo ou sequestrá-lo, observando-se, porém, que arresto ou embargo é “a apreensão e depósito de bens suficientes não litigiosos – para a segurança da dívida até decidir-se a causa principal” (OLIVEIRA FILHO, Candido Luis Maria de. “Prática do Processo”, vol. I, nº 2. p. 126). Ao passo que o sequestro é a apreensão judicial da coisa litigiosa.

Assim, enquanto o arresto é medida preliminar, anterior ou preparatória à ação, o sequestro é medida ao lado da ação ou durante o seu curso.

O arresto dar-se-á quando o navio tiver atracado ou ancorado e “esse direito cabe, em princípio, a todos os credores, indistintamente: credores marítimos ou terrestres, por créditos contratuais (é o caso da consulta) ou delituosos, quirografários ou privilegiados” (SIMAS, Hugo. “Compêndio de Direito Marítimo Brasileiro”, Saraiva & Cia., São Paulo, nº 279, 1938, p. 122).

Enquanto durar a responsabilidade da embarcação por obrigações privilegiadas, pode esta ser arrestada em qualquer porto brasileiro onde se achar, mas é necessário que esteja sem carga, ou não tenha recebido a bordo mais de quarta parte da que corresponder à sua lotação, ressalvada a hipótese de a dívida proceder de fornecimentos feitos no mesmo porto e para a mesma viagem. Regra assim justificada por Daniel Danjon:

“En effet, la saisie d’un navire prêt à partir jetterait la perturbation dans les intérêts multiples que se rattachent aux expéditions; en immobilisant le navire, elle entrainerait la rupture de l’engagement des Marins et celle de l’affrètement” (“Traité de Droit Maritime”. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, vol. VI, nº k, 985, 1910. p. 164).

É manso e pacífico na doutrina o reconhecimento da aplicação da Convenção de Bruxelas, segundo a qual os créditos privilegiados estão vinculados à coisa, independentemente de seu detentor, mas a Convenção não se aplica aos navios públicos de qualquer natureza, civis ou de guerra.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “Arresto, ou embargo, como diziam os antigos praxistas, é a medida cautelar de garantia da futura execução por quantia certa. Consiste na apreensão judicial de bens indeterminados do patrimônio do devedor” e

“Sequestro é a medida que assegura futura execução para entrega de coisa e que consiste na apreensão de bem determinado, objeto de litígio, para lhe assegurar a entrega, em bom estado, ao que vencer a causa” (“Curso de Direito Processual Brasileiro” – Processo de Execução e Processo Cautelar. São Paulo: Editora Forense).

O Código de Processo Civil, Lei 25.862, de 11 de janeiro de 1973, em seu art. 814, exige, para a concessão do arresto, a prova literal da dívida líquida e certa, que, no caso da consulta, está provada à exaustão. A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LGL\1996\72), que disciplina a arbitragem no direito brasileiro, esclarece no art. 34, parágrafo único: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Selma M. Ferreira Lemes explica que

“[...] o princípio da autonomia da vontade é erigido à sua quinta essência na Lei de Arbitragem. Com efeito, as partes possuem total liberdade para escolher ou não a instância arbitral quando estiverem presentes direitos patrimoniais disponíveis e para regular o procedimento arbitral” (“Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem”. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999. p. 78).

Francisco dos Santos Amaral Neto esclarece os princípios de autonomia da vontade e da autonomia privada:

“A esfera da liberdade de que, o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos. Seu campo de aplicação é, por excelência, o direito obrigacional, aquele em que o agente pode dispor como lhe aprouver, salvo disposição corrente em contrário. E quando nos referimos especificamente ao poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada. Autonomia da vontade, como manifestação da liberdade individual no campo do direito, pela lógica: autonomia privada, poder de criar, nos limites da lei, normas jurídicas” (“A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica-Perspectiva Estrutural e Funcional”. R. Inf. Legislativa, 109/207-1989).

Exatamente no caso deste processo, inexistente cláusula compromissória/convenção pela qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (vide art. 42, da Lei de Arbitragem).

É falsa, portanto, a sustentação jurídica dos agravantes, que relegaram, propositadamente, à desvalia essa obrigação legal.

J. E. Carreira Alvim – mencionado pelos agravantes – elucida:

“[...] a cláusula compromissória, no direito brasileiro, não exige forma solene, contentando-se a lei em que seja estipulada por escrito (art. 42, § 12, LA), sendo prova apenas ad probationem. Pode a cláusula ser convencionalizada mediante troca de correspondência epistolar entre as partes, telex, telegrama, fac-símile, desde que comprovada a proposta de uma das partes e aceitação da outra’ (“Direito arbitral”. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 179 e 180). O Agravo de Instrumento interposto por E-Marine Private Joint Stock Company falece de substância jurídica e pretende, sem sucesso, afastar do julgador o fato jurídico em debate: a responsabilidade incidente sobre o Arresto da embarcação MPOV Sama, cujas negativas sem substância legal, já provocaram prejuízos indubitáveis à agravada Transnave.

O embargo daquela embarcação já foi consumado e não tem o agravante, a seu favor, nenhum jurista que conheça a legislação marítima brasileira. Também a jurisprudência desfavorece o agravante, sendo suficiente citar-se decisão da 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, relator o Desembargador Arthur Eduardo Ferreira,

que deferiu liminar para impedir a saída de navio, até que seja prestada caução idônea para garantia dos prejuízos, 'sob pena de causar dano irreparável ao agravante', a fim de garantir 'a eficácia de futura indenização para recomposição dos prejuízos decorrentes do acidente' (AI 2007.002.3SS4, 13ª Câmara, j. de 19.12.2007).

O que se esconde atrás da ausência de bom senso jurídico do agravante é pretender que alienação de casco naval destinado à construção do navio, operação concretizada pela NAVATEL SEM QUITAÇÃO DO PREÇO DO CASCO e a transferência a terceiros, com registro nos Emirados Árabes Unidos, afastaria a responsabilidade do agravante, que permanece, conforme se depreende do art. 470 do nosso Código Comercial: 'No caso de venda voluntária, a propriedade da embarcação passa para o comprador com todos os seus encargos, salvo os direitos dos credores privilegiados que nela tiveram hipoteca tácita'; e do art. 471: 'São igualmente privilegiadas, ainda que contraídas fôsses anteriormente à última viagem: I. – as dívidas provenientes de contrato de construção e juros respectivos, por tempo de 3 (três) anos, a contar do dia em que a construção ficar acabada. 2. – despesas do conserto do navio e seus aparelhos, e juros respectivos, por tempo dos dois últimos anos, a contar do dia em que o conserto terminou'."

O caso sob exame é de HIPOTECA TÁCITA E DE LITIGÂNCIA DE MÁ FÉ claramente marcadas nas tentativas sucessivas da agravante em utilizar-se de arbitragem comercial internacional, que não tem aplicação ao caso, para sonegar sua responsabilidade por dívida, que não consegue esconder do julgador.

7. A arbitragem internacional e seus efeitos sobre a embarcação arrestada

É importante e de grande alcance, como iremos demonstrar, o relevo que os Agravantes emprestaram à arbitragem internacional por eles suscitada na Corte de Arbitragem da "International Chamber of Commerce", sendo Presidente o renomado jurista brasileiro Luiz Olavo Baptista. Já lucidamente dizia Lafayette Rodrigues Pereira que a arbitragem é o juízo constituído por uma ou mais pessoas-indivíduos ou governos escolhidos livremente pelas partes contendores para decidirem o litígio ou controvérsia entre elas existente.

Falece, claramente, de qualidade jurídica o desejo dos agravantes, que sustentaram arbitragem que não tem força a alcançar os agravados, merecendo destaque o magistério de Luiz Olavo Baptista: "Decorre da boa-fé a regra pacta sunt servanda, pois é forma de exercício do cumprimento da boa-fé, isto é, segundo o espírito do mesmo ou de acordo com a vontade das partes" ("Arbitragem Doméstica e Internacional". Rio de Janeiro: Forense, 2008 (estudo sobre "Lex Mercatoria"). p. 279 a 289).

A lei brasileira é clara ao indicar os casos de "homologação da sentença arbitral estrangeira", mencionando, expressamente, no art. 38, inciso V, que a hipótese da arbitragem não estará de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória. Ora, já está evidente que inexistente cláusula compromissória aplicável aos agravantes, apesar da ingênua simulação de anexar centenas de p.s de decisão arbitral PARCIAL, que não pode alcançar empresas não identificadas na cláusula compromissória. Não se trata de mera opinião pessoal nossa, pois não há, no direito brasileiro, nenhuma manifestação no sentido de atingir, pela arbitragem, pessoa física ou jurídica não signatária de responsabilidade arbitral.

Ainda para reforçar a posição da doutrina brasileira e internacional, quanto ao reconhecimento da obrigação de efetivar-se a arbitragem, vale lembrar que a nossa lei só considera instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, sempre em número ímpar, se forem vários (art. 13).

Se a agravada – Transnave Navegação S.A. –, não indicou ÁRBITRO, pois não participou da cláusula compromissória sob exame em arbitragem internacional, não pode ocorrer a suspensão dos feitos que envolvem a embarcação arrestada.

Os agravantes pretendem – à margem da lei – inventar modalidade de arbitragem que não existe em nenhum País: arbitragem sem a adesão inequívoca da pessoa jurídica que não integra cláusula compromissória, desvirtuando, propositadamente, essa modalidade de procedimento.

De acordo com o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso, acompanhando a totalidade da doutrina nacional e estrangeira, entre os requisitos legitimadores da arbitragem privada internacional está, com relevo, exigência indispensável: “os que dela participam devem estar regularmente representados (“A Arbitragem no contexto constitucional brasileiro”. Conferência Magna proferida no I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral, realizado em Belo Horizonte, em maio de 2002 e publicada em 2003. p. 17).

Criada em 1923 (há 98 anos), a Corte de Arbitragem da “Câmara de Comércio Internacional” possui REGULAMENTO, que é o mais utilizado em nosso País. Seu art. 42, que trata da instauração da arbitragem, exige, no inciso I: “A parte que desejar recorrer à arbitragem segundo o presente Regulamento, deverá apresentar, segundo o inciso 3-A, “nome ou denominação completo, qualificação e endereço das partes”. Nas centenas de páginas anexadas repetidas vezes não consta como integrante da Cláusula Compromissória a AGRAVADA, que não está submetida à decisão arbitral, que – é conveniente lembrar – foi PARCIAL.

Lembro, ainda, que na doutrina brasileira e estrangeira há controvérsia sobre a validade de decisão ARBITRAL PARCIAL, como ocorreu no caso sob exame.

Tem efeitos jurídicos o reconhecimento de que a “Lei de Arbitragem está centrada em uma pilastra importantíssima que é a autonomia da vontade” (Carlos Alberto Carmona, “O Processo Arbitral”, “Revista de Arbitragem e Mediação”, ano I, nº 1, Janeiro-abril de 2004, p. 22, nº23, Editora Revista dos Tribunais).

É claro que inexistente arbitragem afastada de cláusula compromissória, especialmente em se tratando de contratos internacionais, onde a arbitragem é largamente usada, o que já está ocorrendo no Brasil, com o apoio do Poder Judiciário, notadamente pelas afirmações do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Ministro José Carlos Toffoli, em Seminário que presidi em Brasília, quando foi reconhecida a sua importância também nos contratos administrativos.

Portanto, seja porque as alegações do agravante E-Marine não podem afastar os efeitos do arresto sobre a embarcação MPOV Sarna em favor da Agravada Transnave, seja porque os efeitos da arbitragem internacional havida entre o mencionado agravante e a segunda agravada Navatel não alcançam a referida Transnave, concluo que seu inconformismo manifestado por meio do recurso de Agravo de Instrumento não merece prosperar.

8. Decisão do tribunal

A Exma. Sra. Dra. Desembargadora Maria Henriqueta Lobo, relatora do Agravo de Instrumento 2009.002.31688-73, Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, acolheu a tese deste parecer, em decisão unânime, em 27 de Janeiro de 2010. Observo, finalmente, que o advogado do agravo de instrumento é especialista renomado em direito marítimo e com experiência em arbitragem, mas seus argumentos não prosperam, pois relegaram à desvalia a legislação em vigor.

9. A comissão de valores mobiliários e a arbitragem

Sigilo de procedimentos arbitrais não contraria direito à informação. Em 18 de Janeiro de 2008, Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto – pequeno investidor de companhias listadas no Novo Mercado – encaminhou reclamação à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), alegando que a garantia de sigilo nos procedimentos arbitrais, constante do regimento e do regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), viola o direito essencial dos acionistas de fiscalização dos negócios sociais, previsto no art. 109, inciso III, da Lei

6.404, de 15 de dezembro de 1976 (LGL\1976\12). Na reclamação, o investidor solicitou que fossem determinadas à BM&F BOVESPA: 1) a supressão, tanto no regimento quanto no regulamento citados supra, da previsão de sigilo nas arbitragens perante a CAM; e 2) a disponibilização de meios que possibilitem a obtenção de informações sobre as arbitragens em curso e já extintas e, em casos excepcionais, que o sigilo dos procedimentos possa ser deferido pela CVM, desde que o requerimento das partes e em decisão fundamentada.

A Procuradoria Federal Especializada (PFE) da CVM manifestou-se no sentido de que a confidencialidade do procedimento da CAM é essencial para a proteção das partes contra o uso indevido de informações por terceiros estranhos à relação processual. Acrescentou, ainda, que não há incompatibilidade com as disposições da legislação societária relativas à divulgação de informações e que a sentença arbitral só deveria se tornar pública caso caracterizasse ato ou fato relevante, nos termos da Instrução CVM 358/2002 (LGL\2002\7). Além disso, afirmou que não existe respaldo jurídico para solicitar que a BM&FBOVESPA disponibilize meios para a obtenção de informações sobre as arbitragens em curso e já extintas. A área técnica da CVM, acompanhando o entendimento da PFE, indeferiu os pedidos do investidor.

Não se conformando com o conteúdo da manifestação, o investidor apresentou recurso em 15 de outubro de 2008, no qual reiterou os pedidos formulados. No exame do recurso, o relator Otavio Yazbek destacou que o inciso III, do art. 109, da Lei 6.404/76 (LGL\1976\12), fala em um direito de fiscalização "na forma prevista nesta lei". Desse modo, em várias passagens, a lei estipula o conteúdo do dito direito de fiscalização, além de tratar de hipóteses em que o acionista terá acesso a informações específicas. Em alguns casos, a lei condiciona esse acesso à detenção de determinados níveis de participação no capital social.

Assim, no entendimento do relator, não existe, no Brasil, um direito genérico e absoluto do acionista à informação, o que mostra que não há irregularidade nas disposições do regimento e do regulamento da CAM. Portanto, só ocorreria infração se o sigilo previsto impedisse a prestação de informações obrigatórias ao mercado, o que não aconteceu nesse caso.

Diante disso, Otávio Yazbek, o relator, votou pelo indeferimento do recurso. O Colegiado acompanhou o seu voto, na reunião de 09.02.2010.

10. Os cartórios e a arbitragem

A competência para realizar arbitragens é defendida por muitos notários e registradores, que conseguiram a elaboração de Projeto de Lei, no Congresso Nacional, ainda em tramitação, para alterar o art. 14 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LGL\1996\72).

Pelo texto suscitado, poderá ser árbitro qualquer pessoa capaz, ainda que titular de delegação do poder público e que tenha a confiança das partes.

Citam o "Centro de Mediación, Conciliación y Arbitraje de La Association de Escribanos de Uruguay", mas obtivemos informações, por meio da Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris, que esse procedimento fracassou. Mencionam, também, sugestão do XXIII Congresso Internacional Latino, onde foi apresentada proposta de uso da mediação pelos notários, tese que já funciona na prática e não reclama alteração da Lei 9.307, de que, à margem da lei, cartórios de Mato Grosso do Sul chegaram "à prática e que a experiência foi bem-sucedida", o que não deve ser realidade.

A comunidade jurídica brasileira resiste a qualquer alteração da Lei de Arbitragem, que atende aos objetivos perseguidos, mas exige profissionais competentes nessa matéria.

Embora a lei permita a qualquer pessoa capaz exercer essa atividade, na prática, quase

100% dos árbitros são advogados com o chamado "saber de experiência feito".

A lei brasileira baseia-se em modelo internacional, onde não há a exceção pretendida.

Estou certo de que a Ordem dos Advogados do Brasil combaterá essa inadequada proposição. A consciência jurídica nacional rejeita proposta, que, certamente, será recusada pelo Congresso Nacional.

A solução que atende legalmente os propósitos dos notários não pode ser a arbitragem. Nesta, o árbitro julga a controvérsia e impõe a solução do conflito, ficam as partes obrigadas a respeitar a decisão, contra a qual não cabe recurso.

Ela é consensual: as partes comprometem-se, em contrato ou em documento em separado que a ele se refira, litígios que possam advir.

É a chamada "cláusula arbitral", também conhecida como "cláusula compromissória". Já no "compromisso arbitral", um litígio, já existente, é levado à arbitragem.

É relevante lembrar que a lei considera o árbitro juiz de fato e de direito e não é ele advogado das partes, podendo, assim, decidir contra quem o escolheu.

Convém destacar aspecto pouco conhecido: a constituição de um Centro de Arbitragem de qualidade, hoje, é investimento que poderá gerar prejuízo: pois será difícil competir com instituições que já gozam de justo prestígio.

Basta lembrar que mais de 20 dessas organizações, no Rio de Janeiro não mais existem, o que também ocorreu em São Paulo e Minas Gerais.

11. Acertos e desacertos da arbitragem no Brasil

A experiência revela procedimento ilegítimo, mas utilizado no Brasil: o árbitro, ao verificar logo no início do procedimento e já recebido parte de seus honorários que seria vencido, requer medida cautelar, com o propósito de alargar o prazo da decisão, inclusive solicitando depoimentos e provas.

A nova competência é das varas empresariais, em vigor desde 1º de julho de 2010, pela Resolução 20, editada pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para atuar em temas relativos à arbitragem, observando-se que já atuam, também, nos processos da falência, recuperação de empresas, direito societário, direito marítimo e proprietário e assim poderão recusar pedidos de inequívoca ilegitimidade.

Registram, com razão, os advogados Rodrigo Garcia Fonseca e Fernanda Medina Pantoja:

"Observa-se em primeiro lugar, a partir dos índices de produtividade e dos dados estatísticos disponibilizados pelo próprio TJ, que o volume de processos nas varas empresariais é significativamente inferior ao das varas cíveis, possibilitando ao juiz uma análise mais detida da matéria objeto da lide, com uma gestão mais atenta do processo" (Tribuna do Advogado, outubro de 2010. p. 13).

A ATA DE MISSÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (Paris) não tem força de transformar sentença arbitral proferida no Brasil em sentença estrangeira.

A Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro decidiu, por maioria de votos, no Agravo de Instrumento 0062827-33.2009. 8.19.0000, Agravo de Instrumento:

"Execução de sentença arbitral, proferida por membro do tribunal internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, conquanto tenha a sentença arbitral sido apresentada no Brasil, a mesma deve ser considerada estrangeira, pois emanada de entidade que aqui não é sediada. Observância da vontade das partes que elegeram

órgão arbitral estrangeiro. Necessidade, por consequência, de sua homologação pelo STJ. Recurso provido para extinguir a execução.”

O Relator, Desembargador Loízio Barros Bastos, argumenta:

“E, na verdade, não se pode dizer que a sentença foi aqui proferida. O correto é que a mesma foi apresentada nesta cidade. A execução, portanto, não poderia ser manejada sem antes recorrer-se ao procedimento de homologação de sentença estrangeira, previsto no art. 35 da Lei 9.307/96 (LGL\1996\72).”

Assiste razão ao voto vencido da Desembargadora Lúcia Maria Miguel da Silva Lima ao esclarecer:

“Assim, muito embora as negociações preliminares tenham se iniciado no exterior, a verdade é que a sentença que se pretende ver homologada foi proferida em território nacional, o que afasta a incidência do referido diploma legal, haja vista que a lei de regência conceitua sentença arbitral estrangeira como aquela proferida fora do território nacional, no que é acompanhado pela Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958.”

O parágrafo único do art. 34 da Lei 9.307/96 (LGL\1996\72) não oferece nenhuma dúvida de interpretação, em face de sua clareza: “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

O Decreto 4.311, de 23 de julho de 2002 (LGL\2002\234), que Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”, em seu art. 1, 1, estabelece:

“A presente Convenção aplica-se ao reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas em território de Estado que não o Estado em que se tenciona o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente às sentenças arbitrais, não consideradas como sentença doméstica no Estado onde se tenciona o seu reconhecimento e sua execução.”

O laudo arbitral em discussão esclarece: “Na conformidade do que convencionaram as partes, a cidade do Rio de Janeiro foi o local designado da Arbitragem, e o português o respectivo idioma”.

A Desembargadora Lúcia Maria da Silva Lima conclui de forma incontestável:

“Independentemente da corrente que se adote, certo é que, em nenhuma das hipóteses, a ata de missão da CCI não pode ser considerada ou confundida com a sentença arbitral, que é revelada através do laudo que, a partir da Lei 9.307/96 (LGL\1996\72), passou a receber denominação de sentença, como se infere pelo art. 23: ‘Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro’.”

Não se pode desconhecer realidade inconcussa: o laudo foi lavrado em território brasileiro e em português. Como se pode considerá-lo sentença estrangeira?

Temos a certeza de que a Justiça ainda irá alterar essa decisão equivocada, afastada da legislação em vigor.

12. O Pré-sal e a arbitragem

O Governo brasileiro proibiu o uso da arbitragem para solução de conflitos na exploração do Pré-sal.

A Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, que tem Departamento Jurídico altamente qualificado, utiliza-se, com sucesso, da arbitragem em seus contratos internacionais.

Recentemente, estudo sobre a possibilidade de arbitragem nos conflitos da exploração do Pré-sal foi solicitado pela Casa Civil da Presidência da República, reconhecendo que “Há convergência na ação das companhias de petróleo em torno do uso da arbitragem internacional”.

Mas o parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) foi incisivamente contrário: “Transita-se em nicho de superlativo interesse público, revelador mesmo de instâncias de soberania e de segurança nacional”.

E informa que eventuais conflitos deverão ser solucionados pelas câmaras de conciliação da própria AGU.

Abandonou-se solução que já tem dado certo: a decisão, no caso de conflito, caberá aos árbitros indicados pelas partes, sem qualquer risco de ofensa à soberania e segurança nacional. A experiência internacional identifica que a arbitragem é, tecnicamente, a melhor solução para os sócios que participam da empresa exploradora do Pré-sal.

13. Rui Barbosa e a arbitragem

Convém lembrar fato pouco conhecido: coube ao excelso jurista Rui Barbosa, na Convenção de HAIA, defender o uso da arbitragem por todos os países.

Nota:

Após a realização desta palestra no Conselho Técnico, o Superior Tribunal de Justiça, sendo relatora a Ministra Nancy Andrighi, decidiu que as decisões de Corte Internacional de Arbitragem proferidas no Brasil são decisões nacionais e não estrangeiras.

As discussões contaram com um memorial apresentado pela CCI (Câmara de Comércio Internacional), que entrou no caso como “amicus curiae”, representada pelo Professor Arnoldo Wald e por mim.

Acolheu-se, assim, o artigo 34, parágrafo único, da Lei 9.307, de 1996 (LGL\1996\72).

Sumário:

1 .Publicado originalmente na Carta Mensal, Rio de Janeiro, n. 674, p. 42-62, maio 2011.