

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

ABRIL JUNHO 1993 • BRASÍLIA • ANO 30 • Nº 118

 SENADO FEDERAL
SECRETARIA DE DOCUMENTAÇÃO E INFORMAÇÃO
SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS

A Nova Regulamentação das Arbitragens

Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do
Senador Marco Maciel

OTTO EDUARDO VIZEU GIL

Advogado

O Projeto de Lei do Senado n.º 78/92, do Senador Marco Maciel, que dispõe sobre a instauração e o processo das arbitragens, regulados atualmente pelos artigos 1.075 e seguintes do Código de Processo Civil, é o objeto de nossa análise. A pretexto de que a legislação vigente traz grandes limitações à utilização da via arbitral para a solução de divergências ocorridas na execução dos contratos, ele se propõe a revogar todo o Capítulo XIV do Título Único do Livro III do Código de Processo Civil, substituindo-o por um texto que melhor adapte aquele instituto às necessidades da sociedade moderna. Esclarece-se que o Projeto teria recebido a valiosa colaboração de ilustres juristas, o que não impediu, vênha devida, a repetição de alguns sérios equívocos, responsáveis pela ineficiência da lei vigente e que bastam, de si sós, para reverter o quadro otimista idealizado pelo eminente Senador por Pernambuco. De qualquer forma, e porque tenho sempre lastimado o desprestígio atual das arbitragens, louvo a iniciativa meritória, com as ressalvas que seguem abaixo deduzidas.

O juízo arbitral, para que possa ser melhor recebido e aceito pela sociedade brasileira, há de se vincular diretamente ao implemento de duas

condições inafastáveis, infelizmente desapercibidas pela nossa legislação processual. A primeira delas, a celeridade na conclusão do feito, o que jamais será possível enquanto a sentença arbitral (nacional) estiver sujeita à homologação pela autoridade judiciária. Esse é um dos equívocos mais condenáveis da legislação vigente, e são poucas as sentenças cujo mérito não seja, a propósito de alguma eventual nulidade ocorrida no processo arbitral, rediscutido no juízo de homologação. No Brasil, não obstante o convencimento bastante generalizado acerca da lentidão da máquina judiciária e da duvidosa capacitação técnica de alguns magistrados — circunstâncias que normalmente atrairiam para o foro arbitral um bom número de desavenças que hoje deságuam no foro comum —, o juízo arbitral permanece desprestigiado exatamente pelo receio de que a solução do dissídio não vai se esquivar nem da morosidade costumeira de nossa justiça comum e nem das surpresas e reviravoltas que ali ainda podem ocorrer na fase homologatória do julgado.

O Projeto andou certo, portanto, ao proibir a interposição de recurso (cláusula com recurso) e ao dispensar a intervenção do Poder Judiciário para a homologação da sentença arbitral (nacional), o que representa um passo seguro para a revitalização do instituto. Mas sucede que nem sempre o juízo arbitral se instaura com a celeridade desejada, e malgrado a inserção no contrato de cláusula compromissória, é muito freqüente a postura evasiva do contratante receoso de um julgamento desfavorável, que retarda propositadamente a instauração da lide ou mesmo desatende ao chamamento, frustrando a arbitragem e compelindo seu co-contratante a buscar amparo na justiça comum. O Projeto ensaiou uma solução para o problema, mas, por timidez, ficou em meio do caminho. Instituído a executoriedade, no foro comum, da cláusula compromissória (artigo 7.º), o Projeto quis impedir que o contratante, que se obrigou no contrato pela solução arbitral (cláusula compromissória), dificulte ou impeça a instauração da arbitragem, recusando-se a discutir a respectiva regulamentação. Essa recusa, segundo o Projeto, confere à parte tergiversante legitimidade passiva para responder ao ajuizamento da medida prevista no artigo 7.º, a ser decidida em processo sumário cuja sentença se limitará à fixação do conteúdo da arbitragem e à nomeação do árbitro: a sentença que julgar o pedido valerá como compromisso arbitral.

A execução judicial da cláusula compromissória, ainda que sujeita, até à sentença que fixará as dimensões da arbitragem, a um rito presumivelmente célere, não vai impedir todos os incidentes que podem vir a ocorrer no curso desse processo e nem obstar a interposição dos recursos autorizados na lei processual, com todas as delongas imagináveis. A antevisão de todo esse complicador vai servir de estímulo eficiente para afugentar

da solução arbitral, que deve ser necessariamente rápida e segura, um contingente enorme de contratantes dissidentes.

Eu penso que todo esse risco poderá ser evitado se a nova lei, ao invés de estatuir a executoriedade da cláusula compromissória com vistas à regulação judicial da convenção arbitral, dispuser, de forma acentuadamente mais pragmática, que o juízo arbitral só poderá ser validamente instaurado se as partes, ou no próprio contrato, seja ele qual for, ou em pacto adjeto, estabelecerem a cláusula compromissória, ou seja, o compromisso pelo qual se dispõem a resolver suas desavenças no foro arbitral, e a própria convenção arbitral, ou seja, o conjunto de normas que vão reger o processo, até final decisão. Assim, a parte que houver se comprometido a discutir suas divergências pela via arbitral, sob regras fixadas na convenção arbitral, terá de se submeter à decisão que ali vier a ser proferida, ainda que, devidamente notificada por correspondência epistolar, deixar de nomear árbitro e recusar-se a participar da arbitragem, que seguirá seu curso e será julgada à revelia: a sentença que vier a ser proferida produzirá os mesmos efeitos da sentença emanada da justiça comum e constituirá título executivo judicial. Não vejo outro sistema que melhor contribua para dar às arbitragens a serventia desejada. As partes que aceitarem o compromisso arbitral e, concomitantemente, as regras do processo arbitral, ficam desde logo sabendo que as suas divergências contratuais serão *soberanamente* discutidas e resolvidas no juízo arbitral, e que os órgãos do Poder Judiciário não intervirão senão para conhecer da execução da sentença que ali, naquele foro, houver sido proferida.

A celeridade do processo arbitral está diretamente condicionada à sua soberania. A alternativa sugerida no Projeto, de se dar força executória ao compromisso arbitral, não vai resolver o problema. E isso pela só razão que o Poder Judiciário, se houver esquiwa de qualquer das partes, terá de ser acionado para compor as regras da arbitragem, que só depois disso se instaurará. Essa não é a melhor alternativa. Se a opção pelo foro arbitral (compromisso arbitral) vier a ser feita à vista de regras que as próprias partes selecionaram, e escolheram, e que por isso mesmo induziram e condicionaram a assunção daquele compromisso, e se a lei determinar que a arbitragem será obrigatoriamente processada na conformidade daquelas regras (convenção arbitral) e se instaurará pela só aceitação daquele compromisso e mediante simples provocação de qualquer dos co-contratantes, e se a lei ainda estipular que a arbitragem, uma vez instaurada, ainda que à revelia, seguirá o seu curso normal, debaixo das regras convencionadas, até sentença final, que terá a força de um título executivo judicial, e que prescindirá de homologação — se a lei assim dispuser, as arbitragens compromissadas serão obrigatória e automática-

mente instauradas, e não terão o seu curso dificultado ou obstado por medidas judiciais protelatórias.

O juízo arbitral não pode prescindir de um outro atributo essencialíssimo, que é o da segurança da sentença, e que nada tem a ver com a imparcialidade e competência dos árbitros no exercício de sua função. É preciso considerar que a sentença arbitral não difere da sentença proferida pela justiça comum, e os princípios que são essenciais à segunda, e lhe dão validade, hão por igual de reger a primeira, que ambas são títulos executivos e ambas ensejam o processo executório previsto nos artigos 566 e seguintes do Código de Processo Civil. O Projeto falhou, no meu entender, ao repetir a mesma fantasia que está no Código de Processo Civil — a de permitir que a arbitragem, a critério das partes, possa ser de direito ou de equidade (Projeto, art. 2.º; Código de Processo Civil vigente, art. 1.075, IV; Código de Processo Civil de 1939, art. 1.045, IV). O legislador brasileiro sempre teve o vezo de repetir certas antiquilhas, reproduzindo-as apenas porque leis anteriores as acolheram, sem mesmo procurar a razão pela qual certos princípios se intrometeram no direito brasileiro, ali permanecendo por tanto tempo.

Esse é o caso típico da equidade, noção difusa, nebulosa, vazia de objetividade, e ao propósito da qual já se entrecrocaram um sem-número de doutrinas imaginadas por pensadores os mais diversos, entre os muitos que labutam no campo da filosofia do direito. Para que a lei pudesse autorizar o julgamento por equidade, ou de equidade, como quer o Projeto, seria indispensável que a palavra tivesse um significado preciso, um só alcance, uma abrangência única, e que não suscitasse interpretações descontraídas, variadas, conflitantes mesmo, e pelo subjetivismo incontrolado, e pelo arbítrio — não viesse a gerar sentenças desconcertantes ou estapafúrdias. Afinal de contas, o que vem a ser um julgamento por equidade? Embora o Projeto não esclareça o alcance da expressão, a explicação está na lei vigente (CPC, art. 1.075, IV); é o julgamento fora das regras e formas de direito. Isso equivale a dizer que a sentença arbitral, ainda que a lei não seja omissa, poderá decidir *contra legem*, orientando-se pela reação dos árbitros às suas próprias emoções, aos seus sentimentos mais recônditos, às suas inclinações mais íntimas ou pelo belo, ou pelo justo, ou pelo verdadeiro, ou pelo útil, tudo, enfim, muito vago e muito impreciso. E em que ficamos em relação à segurança de que deve se revestir a sentença arbitral?

Dispõe o artigo 26 do Projeto que são requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (a) o relatório, (b) a fundamentação e (c) o direito em que se lastreou, sendo nula a sentença a que faltar qualquer desses requi-

sitos (art. 32, III). Mas se a arbitragem, à opção das partes, for de equidade, podendo ser processada e julgada "fora das regras e formas de direito", há que se entender que a sentença não vai carecer de fundamentação e nem vai precisar se atrelar a algum dispositivo de lei. Esse é o julgamento por equidade, no seu mais escancarado subjetivismo. Mas sucede que tanto num quanto noutro caso, ou seja, tanto na arbitragem de direito quanto na arbitragem de equidade, a sentença que ali for proferida terá a força de um título executivo judicial, com todas as conseqüências que lhe dá a lei processual. Mas, antes disso, como decidirá o árbitro, nos processos de equidade, em que está desobrigado das regras e formas de direito, os inúmeros incidentes que podem ocorrer no curso da arbitragem? Acresça-se que, segundo o Projeto, *pode ser árbitro qualquer pessoa capaz* (art. 13), e conquanto se lhe exija imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição no desempenho da função (art. 13, § 6.º), não se lhe exige a formação jurídica indispensável ao manuseio de uma instrumentação (jurídica) capaz de solucionar os problemas (jurídicos) incidentes.

As arbitragens, de regra, envolvem questões relevantes, de alta complexidade jurídica, e não devem por isso mesmo ser dirigidas por pessoas inabilitadas para o trato de matéria jurídica. Imagine-se que se imponha, no curso de alguma arbitragem, uma medida provisória indispensável ao acautelamento da lide. Se o árbitro estiver dispensado de observar as regras e formas de direito, que não está, de resto, obrigado a conhecer — quais as regras e formas da equidade que o auxiliarão no exercício de suas funções? Se a equidade não tem regras, e nem formas — vocábulo sonoro, no dizer de Correia Teles —, como coibir a prepotência, os abusos, os desmandos e impedir o arbítrio despolicidado? Pois de nada vale dizer-se que os árbitros deverão proceder com *imparcialidade e competência* se não existem regras e formas de cujo descumprimento se irradiem, e se tornem perceptíveis, a parcialidade e a incompetência!

Esse apelo à equidade não é uma inovação do Projeto. O Código Civil, em pelo menos dois dispositivos, permite o julgamento por equidade (arts. 1.040, IV, e 1.456), e o Código de Processo Civil (art. 127) determina que "o juiz só decidirá por equidade nos casos expressos em lei". Esse princípio, com redação mais equívoca, já vem do artigo 144 do CPC de 39, onde se dizia que o juiz, quando autorizado a decidir por equidade, poderia aplicar a norma que estabeleceria se fosse legislador. Essa autorização está, por exemplo, no artigo 16 do Decreto n.º 24.150, de 20-4-34 (renovação de contrato de locação comercial): "o juiz apreciará, para proferir a sentença, os princípios da equidade, tendo sobretudo em vista as circunstâncias especiais de cada caso concreto, para o que poderá conver-

ter o julgamento em diligência a fim de melhor se elucidar". Para o legislador de 1934 a equidade está na apreciação das particularidades de cada caso, das circunstâncias especiais que possam induzir o juiz, em construção puramente metafísica, a julgar segundo suas próprias emoções ou sentimentos, e ainda que essas emoções e esses sentimentos o conduzam à margem da lei, tudo como se a lei já não formulasse, de forma generalizada, como é de sua essência, as circunstâncias que o juiz pode validamente considerar no julgamento do feito ou omitisse as que devem ser levadas em consideração: *ubi lex voluit, dixit; ubi non voluit, non dixit*. Se o legislador pretende realmente reformular toda a sistemática das arbitragens, armando-as de uma instrumentação que lhes dê a serventia desejada e a respeitabilidade que a legislação vigente não lhes pode conferir — deve exigir que o juízo arbitral se faça sob o império da lei, sepultando, de vez, um modelo que não tende senão a desmoralizar a esvaziar tão meritório instituto.

É certo que existem instituições cujas regras facultam o julgamento arbitral por equidade, dos *amiable compositeurs ou aequo et bono*, quando a lei aplicável ao processo assim o autoriza. Essa é a norma do art. 33, 3, do Regulamento da *Inter-American Commercial Arbitration Commission*. De qualquer forma, o que se disse sobre a equidade nas arbitragens nacionais também vale para a equidade nas arbitragens a cargo dessas organizações internacionais, que têm as suas próprias regras procedimentais e por isso mesmo sentem-se muito mais à vontade para compor a lide fora das regras e formas de direito. A Câmara de Comércio Internacional, cujas regras não têm a mesma complacência das adotadas pela *Inter-American Commercial Arbitration Commission*, ao julgar um caso sob nosso patrocínio, decidiu, por equidade (não expressamente declarada), que todas as custas e despesas do processo, que eram elevadíssimas, e os honorários advocatícios, deveriam ser repartidos entre os litigantes — isso não obstante a sentença arbitral ter desacolhido integralmente a pretensão de uma das partes. Nesse caso, e sob inspiração de uma equidade que a sentença não explicou, negou-se aplicação ao Código de Processo Civil da França, que as partes elegeram para a regência do litígio e que impõe ao litigante vencido as custas e despesas do processo. Esse é um dos muitos absurdos que podem resultar dos sentimentos e dos impulsos de equidade.

Existem outros dispositivos do Projeto que devem ser corrigidos. É o caso do § 2.º do art. 2.º, que permite às partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito. O artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, é certo, autoriza o juiz, em caso de omissão da lei, a decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não vejo nenhuma razão para que um

juiz, embora não togado, *mas com poderes para emitir um título judicial executivo*, seja autorizado a decidir, ainda que a lei não seja omissa, com base na analogia e nos princípios gerais de direito. Compreende-se que, silente a lei, possa o juiz, togado ou não, valer-se dos recursos da analogia. Mas não se compreende que um juiz, qualquer que seja, possa julgar de acordo com princípios que ele não conhece e nunca lhe foram explicitados. A questão se agrava na hipótese do juízo arbitral, em que os tais princípios gerais de direito são aplicáveis por convenção das partes e ainda que a lei não seja omissa quanto à matéria do litígio. É preciso considerar que a sentença arbitral, ainda que emanada de uma autoridade não judiciária, deve responder aos mesmos requisitos de uma sentença da justiça comum, entre eles, em primeiríssimo plano, o de sua fundamentação. Valem, aqui, os reparos que fiz a respeito da equidade: como fundamentar uma sentença cujo lastro, todo ele subjetivo, e variável, por isso mesmo, é composto de uma massa nebulosa e indeterminada? Uma sentença calcada em princípios gerais que não estão na lei é uma sentença *extra legem* ou *contra legem* e não pode valer apenas porque decorre de uma opção dos litigantes. Prevalece, à cavaleiro dessa opção, o interesse público pela segurança do julgado, que tem a força de um título executivo e pode interferir com interesses de pessoas que não participaram da relação processual e que não devem ficar sujeitos aos efeitos de uma opção temerária.

A menção aos tais princípios gerais de direito não tem qualquer sentido prático e vale apenas como deferência a uma velha quimera que até hoje ainda ninguém soube explicar, e que assume os foros de um axioma apenas pela freqüência com que vem sendo há muito tempo apreendida. Quais são esses princípios, que não estão na lei mas que podem ser aplicados se as partes assim convencionarem? Eu penso que esses princípios gerais, ou são de direito, e hão de estar na lei, ou não estão na lei, não são, portanto, princípios de direito, e não podem ser aplicados. A lógica elementar nos ensina que uma coisa não pode *ser e não ser* ao mesmo tempo. Imagine-se o perfil caótico de uma arbitragem cujo julgamento, à opção das partes, devesse obedecer aos princípios gerais de direito: dependendo das preferências filosóficas do árbitro a sentença pode muito bem se inclinar na direção da ética, da moral, do justo, da equidade, ou se envolver nas elucubrações do direito natural — tudo como se não houvesse lei adequada à regência do litígio.

O Projeto também não foi feliz no que toca à regulamentação da escolha dos árbitros (arts. 13 e segs.) Se se pretende dar ao juízo arbitral uma celeridade que o torne mais atraente, e essa finalidade parece res-

saltar da norma que consagrou a irrecorribilidade da sentença arbitral e a dispensa de sua homologação pelo Poder Judiciário, então não há porque deferir-se ao Poder Judiciário a competência para a indicação de um terceiro árbitro em caso de divergência quanto à escolha do desempatador. Embora essa indicação deva ser feita segundo o rito previsto para a execução da cláusula compromissória, o Projeto não vai impedir o atravessamento de medidas judiciais protelatórias e o retardo na instauração da arbitragem. Acreditado de melhor conveniência a adoção de um sistema que não envolva o Poder Judiciário na questão da nomeação desse terceiro árbitro, que deve ser pessoa inteiramente desvinculada da magistratura, tudo por forma a que se evite o comportamento condenável de certos juízes que costumam indicar seus peritos em razão da amizade que os vincula. O terceiro árbitro, em caso de dissidência, deverá ser indicado, por sorteio, dentre uma lista de seis nomes, sigilosamente organizada pelo Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, que terá a responsabilidade, que não carece, por razões óbvias, vir ressaltada na lei, de integrar a relação com pessoas de reputação ilibada e elevado saber jurídico.

O árbitro não deve ser apenas uma pessoa capaz, na acepção que lhe dá o Código Civil, e que tenha a confiança das partes. Para participar de uma arbitragem, e proferir sentença irrecorrível, que não carece de homologação pelo Poder Judiciário, o árbitro terá de ser alguém com formação jurídica elevadíssima, excelente renome e vasta experiência, que são os predicados que condicionam o exercício independente, imparcial e competente de uma função estritamente jurídica, e que será sempre jurídica seja qual for a matéria submetida a julgamento. Uma pessoa leiga, ainda que respeitável, e renomada, não tem a aptidão indispensável à condução de um processo arbitral, e à solução de seus inúmeros incidentes.

Em conclusão, entendo que a iniciativa do eminente Senador Marco Maciel deverá ser prestigiada, inclusive e principalmente pelo Instituto dos Advogados Brasileiros e pelos ilustres profissionais que ali têm assento. Entre alguns reparos de maior monta, estou em que deve ser suprimida do texto a permissibilidade do julgamento por equidade ou segundo os princípios gerais de direito. Demais disso a nova lei deverá exigir, como condição da ação arbitral, o compromisso das partes quanto à via escolhida e o acordo quanto às regras da arbitragem, inclusive quanto às que digam respeito à designação dos árbitros, que terão de ser profissionais da advocacia, com larga experiência e elevado saber jurídico. A utilidade do instituto está condicionada à soberania que a lei souber lhe dar; a sua credibilidade, à celeridade e à segurança dos julgados.