

## 3. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil

---

### History and perspectives of Arbitration in Brazil

(Autor)

CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO

*Árbitro e Advogado.*

#### Sumário:

- 1 Da Independência à entrada em vigor da Lei 9.307/1996
  - 1.1 Legislação
  - 1.2 Tratados e convenções internacionais
  - 1.3 Escassa adoção da arbitragem
  - 1.4 Casos de repercussão anteriores à vigência da Lei de Arbitragem
  - 1.5 O clima de descaso pela arbitragem
  - 1.6 O crescimento da economia na década de 1950 e seguintes
  - 1.7 A mobilização pela arbitragem e a Lei 9.307/1996
  - 1.8 A questão da constitucionalidade de Lei de Arbitragem
  - 1.9 A ratificação da Convenção de Nova Iorque
  - 1.10 Os tempos atuais
  - 1.11 Desburocratizar o processo arbitral
  - 1.12 Arbitragem nos contratos administrativos
  - 1.13 A cláusula compromissória estatutária

**Área do Direito:** Arbitragem

#### Resumo:

O cenário antes da Lei 9.307/1996: Cláusula compromissória concebida como mera promessa de contratar o compromisso. Homologação do laudo arbitral. Consequente descaso pela arbitragem. O desenvolvimentismo, a industrialização e o crescimento da economia. Movimento por uma lei de arbitragem moderna nos meios empresariais e jurídicos. A Lei 9.307/1996 finalmente promulgada e o reconhecimento da constitucionalidade pelo STF. Implantação definitiva da arbitragem no Brasil.

Perspectivas que se abrem para a expansão. Necessidade de desburocratizar. Arbitragem na administração pública e no mercado acionário.

### **Abstract:**

The scenario before Law 9307/1996: arbitration clause conceived as a mere promise to contract arbitration in a separate and formal agreement; arbitral decision subject to approval by a judge to be enforced; consequent disregard to arbitration. Development, industrialization and economic growth. Campaign for a modern arbitration law by business and legal communities. Law 9307/96 finally approved and the decision of STF recognizing its compatibility with the Constitution. Definitive implantation of arbitration in Brazil. Opened perspectives for expansion. Need to decrease bureaucracy. Arbitration in the public administration and in the stock market.

**Palavra Chave:** Lei 9.307/1996 - Arbitragem no Brasil - Arbitragem na administração pública - Arbitragem no mercado acionário.

**Keywords:** Law 9307/1996 - Arbitration in Brazil - Arbitration in the public administration - Arbitration in the stock market.

## **1. Da Independência à entrada em vigor da Lei 9.307/1996**

### **1.1. Legislação**

A Constituição do Império de 1824 já dispunha sobre a arbitragem no art. 160. <sup>2</sup>

O Código Comercial de 1850, no art. 294, <sup>3</sup> determinou fossem necessariamente resolvidas em juízo arbitral as causas societárias e as relativas a locações comerciais. O Regulamento 737, publicado quatro meses após o Código Comercial, disciplinou o procedimento arbitral minuciosamente, em nada menos do que 66 artigos, dispendo sobre o compromisso, a formação do tribunal arbitral, os deveres e impedimentos dos árbitros, os requisitos formais do laudo arbitral. Não dispensou, todavia, a homologação do laudo pelo juízo estatal competente.

Dezesseis anos depois, a Lei 1.350, regulamentada pelo Dec. 3.900, de 26.06.1867, estabeleceu a disciplina jurídica do juízo arbitral em termos pouco diferentes do que já constara do Regulamento 737. O Dec. 3.900, que tinha força de lei, sobreviveu ao Império e vigeu no âmbito federal e nos Estados que não regulamentaram a arbitragem em seus códigos processuais. Somente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil federal de 1939, o Dec. 3.900/1867 veio a ser revogado, juntamente com os códigos de processo civil dos Estados. <sup>4</sup>

O Código Civil de 1916 disciplinou o compromisso nos arts. 1.037 a 1.048, por considerá-lo matéria de direito substantivo. Clóvis Bevilacqua, refletindo entendimento então unânime, enfatizava a semelhança entre o compromisso e a transação, tendo ambos como fim a extinção de obrigações. <sup>5</sup> Quanto à cláusula compromissória, tinha-a como simples pacto preliminar, cujo objeto é a obrigação de celebrar o compromisso arbitral. No direito então vigente, o inadimplemento de pactos preliminares, não dava lugar a execução específica: resultava meramente em indenização por perdas e danos.

Com fulcro nas Constituições de 1934 e 1937, que determinaram a competência exclusiva da União Federal para legislar sobre processo civil, foi publicado o Código de Processo Civil de 1939, para vigor em todo o país. O novo código federal disciplinou o juízo arbitral em seus arts. 1.031 a 1.046, pouco inovando em relação ao que já haviam estabelecido o Regulamento 737 e o Dec. 3.900.

O Código de Processo Civil de 1974 manteve em linhas gerais a disciplina do juízo arbitral adotada pelo de 1939.

### **1.2. Tratados e convenções internacionais**

O Protocolo de Genebra de 1923 determinava o reconhecimento e validade das cláusulas compromissórias firmadas entre partes submetidas a jurisdições de Estados contratantes diferentes, as quais teriam o efeito de excluir a jurisdição estatal (efeito negativo). Esse tratado internacional foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Dec. 21.187/1932, tornando-se, portanto, norma de direito interno, posto que aplicável apenas em arbitragens nas quais pelo menos uma das partes fosse domiciliada no exterior.

A Convenção de Genebra, de 1927, que aperfeiçoou o Protocolo de 1923, sequer foi assinada pelo Brasil.

Em 1958, a Convenção de Nova Iorque foi publicada sob os auspícios da ONU. Ratificada por quase todos os países importantes do mundo, até hoje constitui documento básico da arbitragem comercial internacional. Todavia, a Convenção de Nova Iorque só veio a ser ratificada pelo Brasil 44 anos depois, tendo sido promulgada pelo Dec. 4.311, de 23.07.2002, ou seja, quando já em vigor a Lei de Arbitragem.

Em 1975, foi assinada a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ratificada pelo Brasil em 27.12.1995 e promulgada pelo Dec. 1.902, de 09.05.1996, às vésperas da entrada em vigor da Lei de Arbitragem.

O Brasil é parte em outras convenções internacionais sobre arbitragem no âmbito do Mercosul.

### 1.3. Escassa adoção da arbitragem

No Direito então vigente, a cláusula compromissória era entendida como um pacto preliminar, cujo objeto era a celebração do compromisso.<sup>6</sup> No caso de descumprimento, não havia meio de obter a execução específica, resolvendo-se a inadimplência em perdas e danos. Todavia, a indenização pecuniária sempre se afigurou inadequada para reparar a lesão causada pela inadimplência da cláusula compromissória, razão por que esse pacto não apresentava na prática maior eficácia do que a de um acordo de cavalheiros.<sup>7</sup> Como apurar o *quantum* das perdas e danos causados pela recusa de cumprir a cláusula compromissória, ainda mais tendo em mente que a parte lesada sempre poderia recorrer ao Poder Judiciário e obter a proteção jurisdicional do seu direito? A estipulação de pena convencional não seria suficiente para desencorajar a inadimplência da parte recalcitrante nem para reparar a lesão por ela causada. Acresce que a sentença arbitral só se tornava título executivo depois de homologada pelo juiz estatal competente. O processo de homologação requeria mais delongas, com arrazoados e contestações, e da sentença homologatória ainda cabia apelação com efeito suspensivo, além dos demais recursos processuais. Como as partes querem a execução prestada das obrigações contratuais, a necessidade de homologação as desanimava de recorrer à arbitragem.

Dessa forma, apesar da regulação copiosa, não foi possível construir-se no Brasil uma cultura de arbitragem. O compromisso era pactuado em casos especiais e a cláusula compromissória pouco aparecia nos contratos. A jurisprudência sobre arbitragem era rarefeita e a doutrina desinteressada de examiná-la em profundidade. Não havia condições para a implantação e o funcionamento de instituições de arbitragem.

A cláusula compromissória teve alguma importância no campo das concessões de serviço público, apesar do ambiente geral desencorajador. Os contratos seguiam o modelo europeu e era comum a presença neles de cláusula compromissória. Tendo em vista as diversas concessões relativas à construção de estradas de ferro, o Dec. 7.959, de 29.12.1880, que veio uniformizar os termos dos respectivos contratos de concessão de serviços públicos, previa a cláusula compromissória. Assim, alguns litígios importantes entre o Poder Público e concessionárias, muitas delas controladas por capitais estrangeiros, foram submetidos a juízo arbitral no Brasil.<sup>8</sup>

Também em contratos internacionais, em que figuravam como partes sociedades brasileiras, praticava-se a arbitragem com sede no exterior. Havia, entretanto, uma dificuldade para obter o reconhecimento dos laudos arbitrais no Brasil: o STF não reconhecia laudos arbitrais, razão pela qual era necessário obter a homologação de juiz ou tribunal estatal competente no país sede da arbitragem. Apresentava-se, então,

mais um problema, pois alguns países mais avançados na prática da arbitragem não dispunham de leis prevendo a homologação do laudo.

Essas e outras dificuldades impediam que a arbitragem se tornasse um meio socialmente relevante de resolução de conflitos no Brasil. Pouquíssimos foram os casos importantes de arbitragem observados no longo período entre 1824 (quando o art. 160 da Constituição do Império previu a arbitragem) e 1996 (quando a Lei de Arbitragem entrou em vigor).

#### 1.4. Casos de repercussão anteriores à vigência da Lei de Arbitragem

Dentre esses casos, cabe citar, a título de curiosidade, a arbitragem proposta, em 1873, pelo filho de Lord Cochrane,<sup>9</sup> então já falecido, contra o governo imperial brasileiro, para haver a parcela, que cabia a seu pai, das presas de guerra obtidas nos combates para expulsar as forças lusas resistentes à independência. O Tribunal Arbitral, composto pelos embaixadores dos Estados Unidos e da Itália, decidiu por equidade e condenou o governo imperial a pagar ao herdeiro do almirante uma quantia bem menor do que a reclamada.

Outro caso digno de nota é o processo arbitral proposto, em 1913, pelo Dr. Américo Werneck contra o Estado de Minas Gerais a propósito da rescisão unilateral por este do contrato mediante o qual o Estado arrendara ao Dr. Werneck a estância hidromineral de Lambari. A rescisão se deu quando decorridos apenas três anos de vigência do contrato, cujo prazo era de 90 anos. Proposta ação judicial pelo arrendatário, celebraram as partes um compromisso arbitral para decidir sobre o pedido de indenização por perdas e danos e lucros cessantes. A decisão dos árbitros foi no sentido de condenar o Estado de Minas Gerais a pagar ao Dr. Américo Werneck uma vultosa indenização, levando em conta que o contrato só foi cumprido por três dos 90 anos de seu prazo de vigência. O Estado de Minas Gerais apelou ao STF, sob a alegação de que o laudo havia ultrapassado os limites do compromisso, ao incluir lucros cessantes no *quantum* da indenização. A apelação não foi provida, sendo rejeitados os embargos propostos pelo apelante.

É de se destacar também o processo arbitral instaurado sobre a incorporação ao patrimônio nacional das empresas de Henrique Lage. Esse caso é apontado como precedente pelos que defendem a arbitrabilidade dos litígios da administração pública, mas, em verdade, destaca-se pela excelência do voto do relator, Min. Bilac Pinto. A controvérsia referia-se ao *quantum* da indenização devida pela União Federal, motivo de longa discussão entre o Ministério da Fazenda e o espólio do empresário. Com o objetivo de pôr fim à controvérsia, o Governo Federal publicou o Dec.-lei 9.521/1946, dispondo que o *quantum* da indenização seria fixado mediante juízo arbitral especialmente instituído para esse fim, cuja sentença arbitral constituiria decisão definitiva e irrecorrível, executável independentemente de homologação. Entretanto, proferido o laudo arbitral fixando o *quantum* da indenização, o seu cumprimento foi frustrado por decisão do Presidente da República.<sup>10</sup> Inconformado, o Espólio de Henrique Lage ingressou em juízo contra a União, para haver a indenização fixada pelo juízo arbitral. Sucumbindo em primeiro e segundo graus, a União interpôs recurso extraordinário para o STF, em que alegava a nulidade de juízo arbitral sob os fundamentos de que: (i) o Dec.-lei 9.521/1946 criara um tribunal especial, de exceção, com jurisdição sobre o litígio em espécie exclusivamente; (ii) ao se prever que o laudo a ser proferido prescindiria de homologação judicial, afrontava-se o preceito constitucional de que não pode a lei excluir qualquer litígio do exame do Poder Judiciário; (iii) alegava-se ainda que o Poder Público não poderia sujeitar-se a juízo privado.<sup>11</sup> Essas alegações foram rebatidas uma a uma no acórdão da lavra do Min. Bilac Pinto, datado de 14.11.1973. A fundamentação do decisório deriva da concepção de que a arbitragem se institui por força do mútuo consenso das partes em conflito, sendo certo que o Estado pode celebrar compromisso arbitral, valendo-se de sua capacidade para contratar. O acórdão ressaltou que o juízo arbitral em questão não fora criado pelo Dec.-lei 9.521/1946, mas pelo mútuo acordo das partes em conflito, como é da essência da arbitragem. O decreto-lei simplesmente autorizou a União Federal a manifestar seu consenso. Tanto é assim que, se o Espólio de Henrique Lage não tivesse anuído, o juízo arbitral não teria sido constituído, apesar de previsto no citado decreto-lei. Por seu turno, o decreto-lei tinha força de lei, consoante a Carta

Constitucional de 1937, então vigente, sendo, portanto, legítima a dispensa de homologação do laudo, até por que, observou o Min. Bilac Pinto, tal providência se afigura como “formalidade inútil”, desprezada pelas legislações mais avançadas. A alegação de que o Poder Público não poderia sujeitar-se a juízo privado foi refutada sob o fundamento de que a interdição do juízo arbitral nas causas contra a Fazenda Pública importaria restrição à autonomia contratual do Estado de vincular-se em negócios de direito privado de que é parte.

Finalmente, seja conferido lugar especial ao chamado Caso Ivarans, decidido pelo acórdão da 3.<sup>a</sup> T. do STJ no REsp 616/RJ, que constituiu passo importante para o reconhecimento da força vinculante da cláusula compromissória para constituir a arbitragem. Tratava-se de decidir sobre a homologação de sentença arbitral concernente a litígio entre, de um lado, diversas linhas marítimas brasileiras e argentinas e, de outro, a empresa norueguesa de navegação, Ivarans Rederi. A arbitragem foi instituída sob as regras da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, mediante troca de correspondência, na qual se preencheram os requisitos essenciais do compromisso, elegeu-se a cidade do Rio de Janeiro como sede da arbitragem e a lei brasileira como lei substantiva a ser aplicada. O laudo arbitral foi desfavorável à Ivarans e homologado por sentença do juiz competente de primeiro grau.<sup>12</sup> A sentença homologatória foi, contudo, reformada pelo TJRJ, que entendeu não poder configurar-se o compromisso arbitral mediante troca de correspondência, sem a assinatura de duas testemunhas. O recurso interposto dessa decisão (REsp 616/RJ) foi julgado por acórdão publicado em 24.04.1990, redigido pelo Min. Gueiros Leite, que proferiu o voto vencedor, divergindo do voto do relator, que confirmava a decisão recorrida.<sup>13</sup> O relator, vencido, entendeu que no Direito pátrio só se instaura o juízo arbitral se lavrado o compromisso, que é ato formal, não podendo ser firmado por correspondência como qualquer negócio comercial. O voto vencido ainda rejeitou o argumento das Linhas Marítimas, que invocou o Protocolo de Genebra, por entender que as disposições dessa convenção internacional haviam sido revogadas pelo Código de Processo Civil de 1939, que conferiu disciplina abrangente ao juízo arbitral. O Min. Gueiros Leite discordou do relator e votou pela homologação do laudo, em primeiro lugar, por entender que o Protocolo de Genebra não fora revogado pelo Código de Processo Civil de 1939, por ser lei especial, versando sobre arbitragens internacionais entre partes domiciliadas em diferentes países contratantes. Em segundo lugar, porque a Ivarans submeteu-se voluntariamente à arbitragem em foco e participou ativamente de todos os seus trâmites, sem impugnar-lhe a validade; somente anos depois, diante da decisão desfavorável, veio alegar vício na instauração do juízo arbitral. A maioria vencedora votou de acordo com a conclusão do voto vencedor por concordar com o seu segundo fundamento, que se baseava no princípio da boa-fé. Todavia, discordou quanto ao segundo, relativo ao Protocolo de Genebra, por entender que, a partir do Código de 1939, a celebração do compromisso voltou a ser o único meio de instituir o juízo arbitral, inclusive em arbitragens internacionais realizadas no Brasil.

A ementa do acórdão alude ao argumento fundado no Protocolo de Genebra, sem esclarecer que, nesse ponto, o voto do Min. Gueiros Leite fora vencido. Essa decisão foi saudada pelos prosélitos da arbitragem; uns, porque entenderam que o STJ havia consagrado a equiparação da cláusula compromissória ao compromisso, ao menos nas arbitragens internacionais; outros, porque perceberam que a prevalência do princípio da boa-fé sobre a idolatria da forma já constituía um progresso importante, que vinha desanuviar o “clima jurídico no Brasil” em favor da arbitragem e abrir as portas para a aprovação de uma lei moderna sobre a matéria.<sup>14</sup>

### 1.5. O clima de descaso pela arbitragem

A exposição acima revela que até bem pouco tempo, no Brasil, a arbitragem foi encarada com desinteresse. Exemplo disso é o descaso que o poder público brasileiro dedicou aos tratados internacionais relativos à arbitragem: o Protocolo de Viena só foi assinado e ratificado graças aos esforços pessoais de Afrânio de Melo Franco;<sup>15</sup> a Convenção de Viena sequer foi assinada pelo Brasil; a Convenção de Nova Iorque, de 1958, só foi ratificada em 2002. A arbitragem era lembrada para solucionar alguns casos excepcionais, sem que fosse percebida a sua qualidade de constituir um meio socialmente relevante de resolver litígios. No geral, a arbitragem era alvo de suspeitas e reservas pelos que consideravam que a prestação jurisdicional

era atividade privativa do Poder Público.

O pouco caso em relação à arbitragem, que frequentemente chegava à hostilidade, tinha muito a ver com a cultura reinante no país, herança de uma sociedade escravocrata e extremamente desigual, cujas elites mais se interessavam pela retórica e a ilustração improdutiva do que pela solução objetiva de problemas concretos. Com efeito, até a década de 1930 a economia brasileira era eminentemente agrícola, dominada pela exportação de monoculturas. Somente com o fim da Segunda Guerra Mundial, nos meados da década de 1940, surgiram a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia Hidroelétrica do São Francisco e a Companhia Vale do Rio Doce, todas com forte presença estatal, pois, ao empresariado nacional, salvo raras exceções, faltavam capitais e expertise para empreender projetos de infraestrutura e indústria pesada.

#### **1.6. O crescimento da economia na década de 1950 e seguintes**

Na década de 1950, o país foi empolgado pelo desenvolvimentismo, consolidado no Plano de Metas do Governo Kubistcheck (1956 a 1961). Nessa década, foi fundado o BNDES, o único banco de investimentos do país; foram implantadas as indústrias automobilística e siderúrgica, adotada a política de substituição de importações e conferidos incentivos à fabricação de bens de produção. O desenvolvimentismo prosseguiu com força nos governos militares das décadas seguintes, quando ingressaram no Brasil vultosos investimentos estrangeiros, consolidaram-se grandes empresas e realizaram-se obras estruturais de construção civil pesada.

Essa passagem de uma economia agrícola, basicamente monocultora e tradicional, para uma economia desenvolvimentista com forte inclinação industrial, ensejou a preponderância de empresas de grande porte no cenário econômico. Tornaram-se mais frequentes a associação a capitais estrangeiros e a importação de tecnologias e práticas gerenciais internacionais. Fortaleceu-se o mercado de valores mobiliários, contrataram-se financiamentos de longo prazo, projetos industriais complexos e de elevado montante foram negociados e executados. O país aumentou sua presença no mercado internacional.

Todo esse progresso alterou profundamente a atitude dos operadores do Direito diante dos problemas jurídicos relacionados às empresas. Os juristas foram desafiados a incursionar na faixa de fronteira entre o Direito e a Economia, em que trafegavam as empresas, suas clientes. A definição do direito aplicável ao fato passou a exigir familiaridade com questões alheias ao campo estritamente jurídico e a compreensão do fato econômico e social, entendido finalmente como dado indispensável para a subsunção da regra de direito. Tornou-se indispensável a compreensão de práticas e técnicas de gestão administrativa, financeira e operacional importadas do exterior.

#### **1.7. A mobilização pela arbitragem e a Lei 9.307/1996**

Era impossível esperar que essa efervescência de inovações fosse absorvida em tempo hábil pelos órgãos do Poder Judiciário, já assoberbados pelas causas cíveis, que aumentavam vertiginosamente na sociedade em expansão e se acumulavam sem solução, nos escaninhos dos cartórios e das secretarias dos Tribunais.

Diante desse quadro tornou-se inarredável, na década de 1980, a necessidade de se organizar no Brasil um sistema de resolução de litígios mediante arbitragem.

O próprio Governo Federal, em três ocasiões, publicou anteprojetos de lei de arbitragem para receber sugestões. O primeiro, em 1981, por iniciativa do Ministério da Desburocratização, o segundo e o terceiro, pelo Ministério da Justiça, respectivamente, em 1986 e 1988. Todos caíram no esquecimento sem ter sido encaminhados ao Congresso Nacional.

Mobilizam-se, então, em favor da arbitragem, as lideranças empresariais e os advogados que as assistiam, no sentido de criar uma cultura de arbitragem no país, da qual resultasse a elaboração de um anteprojeto de lei de arbitragem. Nesse sentido, foram promovidos estudos doutrinários, seminários, congressos, publicação de artigos em revistas jurídicas e outros meios de divulgação da doutrina arbitral. Com o apoio

de entidades e lideranças empresariais, a ideia mereceu, no campo acadêmico, a adesão de eminentes juristas e de advogados interessados em Direito de Empresa, tornando-se uma verdadeira campanha em favor da arbitragem.

Em 1989, advogados e empresários ligados ao Instituto Liberal de Pernambuco reúnem-se com o objetivo de lançar um movimento, denominado *Operação Arbitrer*, destinado a mobilizar lideranças empresariais, jurídicas e políticas no sentido da elaboração e encaminhamento ao Congresso Nacional de um anteprojeto de lei de arbitragem. O movimento cresceu e atingiu âmbito nacional, recebendo apoio e colaboração de entidades, empresários e juristas de outros Estados. Em novembro de 1991, realiza-se em São Paulo uma reunião, com a participação da FIESP, de professores da USP, de grandes escritórios de advocacia e de juristas eminentes. Nessa reunião encarregou-se uma comissão, integrada pelos juristas, Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, para elaborar um anteprojeto de lei de arbitragem. Em dezembro de 1991 é aprovado o anteprojeto, que mereceu notável repercussão e interessantes sugestões. A versão final foi apresentada ao Congresso Nacional, tendo-se convertido, com mínimas alterações, na Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem).

### 1.8. A questão da constitucionalidade de Lei de Arbitragem

Todavia pairavam ainda dúvidas sobre a constitucionalidade de dispositivos da Lei de Arbitragem referentes à cláusula compromissória, justamente os que vinham propiciar viabilidade à difusão da arbitragem no Brasil: os arts. 6.º e 7.º, que asseguram execução forçada específica à obrigação de constituir o juízo arbitral, e os arts. 41 e 42, que conferem o efeito negativo à cláusula compromissória, afastando a competência do Poder Judiciário dos litígios por ela abrangidos.

O STF, em sessão plenária de 12.12.2001, ao julgar a SE 5206 AgRg, decidiu por maioria de votos pela constitucionalidade das disposições da Lei de Arbitragem, vencendo o último óbice que se antepunha ao desenvolvimento da jurisdição privada no Brasil.

A inconstitucionalidade foi arguida mediante o argumento de que a cláusula compromissória se refere a litígios futuros e indeterminados, portanto *in abstracto*. A combinação dessa indeterminação com o efeito negativo atribuído à cláusula ofenderia a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, consagrada no inc. XXXV do art. 5.º<sup>16</sup> da CF. A citada garantia não impede que as partes confiem, por consenso, a um juiz privado, a solução de um conflito determinado entre elas existente, como fazem no compromisso; mas veda a renúncia prévia à jurisdição estatal em relação a conflitos não determinados, sendo certo que conflitos futuros são por natureza indeterminados. Prevaleceu, entretanto, o entendimento da maioria, que não viu indeterminação na cláusula compromissória, que se refere a conflitos determináveis por sua relação com um contrato. A condição de ser determinável limita o âmbito da renúncia tanto como a condição de ser determinado, pelo que não se configura ofensa ao preceito constitucional em tela.

Essa decisão do STF libertou a arbitragem da suspeita de inconstitucionalidade e, assim, conferiu segurança jurídica aos que optassem por resolver suas disputas pelo juízo privado. A partir daí a cultura arbitral experimentou grande progresso e hoje pode considerar-se definitiva e inarredavelmente implantada no Brasil.

### 1.9. A ratificação da Convenção de Nova Iorque

Como se disse acima, a Convenção de Nova Iorque só foi ratificada pelo Brasil em 2002. De se observar, todavia, que desde 1996, a Lei de Arbitragem garantia a observância das normas daquela convenção internacional pela justiça brasileira, no que se refere ao reconhecimento das sentenças arbitrais estrangeiras, reproduzindo-as *ipsis litteris* no capítulo pertinente. Com a ratificação, assegurou-se a recíproca, tornando a sentença arbitral proferida no Brasil de reconhecimento obrigatório pelos inúmeros países que aderiram à Convenção de Nova Iorque.

### 1.10. Os tempos atuais

Daí em diante, a arbitragem não para de crescer no Brasil. Multiplicam-se as instituições de arbitragem; revistas jurídicas especializadas divulgam estudos de alta qualidade sobre arbitragem; decisões da justiça estatal cada vez mais prestigiam e respeitam a via arbitral; cursos superiores incluem a arbitragem entre as disciplinas ministradas; tratados e compêndios de arbitragem são editados; congressos, seminários e simpósios realizam com notável presença de interessados. Hoje, temos no país uma comunidade numerosa e competente de árbitros e advogados especializados. As diversas instituições de arbitragem em funcionamento disponibilizam regulamentos adequados e assistência eficiente aos tribunais e às partes. Não mais vige o preconceito de invocar impensadamente o Código de Processo Civil nos processos arbitrais.

Pode-se afirmar então que a arbitragem está definitivamente enraizada no Brasil, como meio socialmente relevante de resolver conflitos. Sim, mas apenas entre grandes empresas e sobre grandes contratos. Restam campos férteis ainda inexplorados ou pouco explorados, como, por exemplo, o da administração pública, o do mercado de capitais, o das empresas médias e pequenas.

Para atingir essas novas paragens e outras que possivelmente surgirão, a arbitragem terá de adaptar-se às respectivas peculiaridades. Adiante falaremos de duas perspectivas, que se abrem presentemente: o setor público (Lei 13.129/2015) e as companhias (cláusula compromissória estatutária).

### 1.11. Desburocratizar o processo arbitral

Antes, cabe apontar um fato, que vem prejudicando a tão decantada celeridade do procedimento arbitral. Trata-se da burocracia excessiva, que se introduziu na prática do procedimento arbitral, sem que tivesse sido convidada pela lei ou pela teoria do processo.

Como o apego à burocracia é fenômeno cultural, impõem-se conscientização e esforços conjuntos das câmaras, árbitros e advogados para afastá-la da arbitragem. É preciso evitar que alguns hábitos da burocracia inútil se arroguem a condição de padrões de qualidade. Cumpre diminuir a quantidade e a extensão das manifestações das partes; evitar repetições dos mesmos argumentos; simplificar os atos interlocutórios dos árbitros, que não carecem da solenidade própria do Poder Judiciário; renunciar à juntada de documentos de escassa pertinência à prova; reprimir a difusão de mensagens eletrônicas irrelevantes; estancar a pulverização de dezenas de cópias destinadas a advogados de um mesmo escritório; evitar a tendência, que se generaliza, de o sucumbente invariavelmente apresentar pedido de esclarecimentos de sentença clara e completa, repetindo argumentos já rejeitados. Tais hábitos daninhos tornam o procedimento arbitral mais trabalhoso, mais custoso e mais lerdo do que poderia e deveria ser na realidade. Acabarão por embaraçar o desenvolvimento da arbitragem.

### 1.12. Arbitragem nos contratos administrativos

Não obstante a reprovação da doutrina, era comum no seio da administração pública o entendimento de que, de regra, não podiam ser arbitrados os litígios em que figurasse como parte um ente público, salvo nas hipóteses especialmente permitidas por lei. Em termos de direito positivo, invocava-se, como regra geral impeditiva da arbitragem nos contratos administrativos, o § 2.º do art. 55 da Lei 8.666, de 21.06.1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).<sup>17</sup> O entendimento era reforçado pelo fato de o próprio art. 55 citado prever uma exceção à regra geral do *caput* ao permitir a arbitragem em relação a certos contratos firmados com entidades financeiras internacionais.<sup>18</sup> Acresce que havia diversas leis especiais, que cuidavam de ressaltar expressamente a possibilidade de solução por arbitragem a litígios oriundos de contratos nelas previstos.<sup>19</sup>

Daí a enorme importância do § 1.º do art. 1.º da Lei 13.129/2015 que abriu as portas de acesso à solução por arbitragem dos conflitos entre a administração pública e os particulares, com relação à generalidade dos contratos administrativos.

É de se esperar que, com a liberação proporcionada pela recente lei, a arbitragem experimente um grande desenvolvimento no âmbito da administração pública, pois é incontável a quantidade, crescente em progressão geométrica, de litígios relativos a contratos administrativos, que aguardam solução pela justiça estatal. É razoável supor que as partes interessadas, tanto os particulares como as entidades estatais, procurem solução para essas disputas irresolvidas, ou para as que venham a suceder, mediante a celebração de convenções de arbitragem. A enorme acumulação de pendências, própria de uma economia em que é forte a presença estatal, como a nossa, emperra a gestão da coisa pública e desanima investimentos.

Certo que ainda há algo a fazer para que se instale nos meios governamentais uma cultura de arbitragem a ponto de os agentes públicos não se constrangerem de submeter suas controvérsias à decisão de tribunais privados. Será de toda conveniência, para esse efeito, dentre outras medidas, a expedição de um regulamento, consolidando instruções aos agentes públicos sobre os diversos pontos a considerar na negociação da convenção de arbitragem. Dentre esses pontos, ressalta a definição precisa dos elementos que caracterizam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, conferindo segurança jurídica à arbitrabilidade dos dissídios. Também devem ser contemplados nessa regulamentação os critérios a serem adotados para: (i) a designação da instituição de arbitragem que administrará o procedimento, a ser feita necessariamente em conjunto com a contraparte, e (ii) para a formação do tribunal arbitral ou nomeação de árbitro único. Nesse sentido, o Dec. 8.465, de 08.06.2015, ainda que com omissões e defeitos, deu um passo pioneiro, ao estabelecer instruções aos agentes da administração portuária sobre a contratação de convenções de arbitragens.<sup>20</sup>

Sob a égide do Dec. 8.465 citado, foi firmado o termo de compromisso entre, de um lado, a Secretaria de Portos da Presidência da República e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), com a interveniência da Agência Nacional de Transportes Aquáticos (Antaq), e de outro lado, a Libra Terminal 35 S.A. e a Libra Terminais S.A. Por esse compromisso foram extintos oito processos judiciais, nos quais as partes litigavam há 10 anos, sendo certo que a própria Advocacia-Geral da União estimou em mais oito anos o tempo adicional a ser consumido até a solução dos litígios, caso se perseverasse na esfera judicial.<sup>21</sup>

De se notar o interesse demonstrado pelas procuradorias dos estados no estudo de questões relativas a arbitragem no âmbito da administração pública. Nesse sentido, mencione-se o vol. 26 (2006) da *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, que publica trabalhos de elevada qualidade sobre o tema.

### 1.13. A cláusula compromissória estatutária <sup>22</sup>

A Lei 10.303/2001 acrescentou o § 3.º ao art. 109 da Lei de Sociedades Anônimas (Lei 6.404/1976), dispondo que o estatuto da sociedade anônima pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas minoritários e os controladores poderão ser solucionadas por arbitragem, nos termos em que especificar.<sup>23</sup>

Trata-se de disposição de elevado alcance no sentido de difundir o uso da arbitragem como meio de resolver conflitos societários no âmbito das companhias, abertas ou fechadas. Por ser norma estatutária, a cláusula alcança todos os acionistas da classe a que se refere<sup>24</sup> com o que assegura a intervenção no processo arbitral a todos os interessados na lide, pois nenhum será excluído por não estar vinculado à convenção de arbitragem pertinente. A cláusula compromissória estatutária poderá constituir um meio importante de controle da legalidade dos atos societários e de proteção das minorias acionárias. O estabelecimento de um sistema jurisdicional eficiente de proteção de minorias acionárias é de grande valor estratégico para o desenvolvimento do mercado de capitais.<sup>25</sup> A cláusula compromissória estatutária pode propiciar a implantação de um sistema jurisdicional privado familiarizado com questões relativas ao mercado acionário e às relações que se tecem no âmbito da companhia e seus acionistas. Por isso mesmo, a Bovespa condicionou o acesso das companhias abertas ao segmento Novo Mercado à inclusão nos respectivos estatutos sociais da cláusula compromissória estatutária.

---

### **Pesquisas do Editorial**

- A TRADIÇÃO DA ARBITRAGEM E SUA VALORIZAÇÃO CONTEMPORÂNEA, de Dalmo de Abreu Dallari - Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação 1/2014/881
- ARBITRAGEM E PODER PÚBLICO: DA CONVENÇÃO ARBITRAL À INSTAURAÇÃO DA ARBITRAGEM, de Isabella Moreira de Andrade Vosgerau - ReDAC 1/2013/185
- O CENÁRIO ATUAL DA ARBITRAGEM NO BRASIL- OITO ANOS DA LEI DE ARBITRAGEM, de Selma Maria Ferreira Lemes - RArb 3/2004/129