

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

Fundadores

1.ª Fase: WALDEMAR FERREIRA

Fase Atual: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA (†)
PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

Supervisor Geral: PROF. WALDÍRIO BULGARELLI

Comitê de Redação: MAURO RODRIGUES PENTEADO, HAROLDO D. VERÇOSA,
JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, ANTONIO MARTIN

7.30,00

D

Instituto Mackenzie
Biblioteca George Alexander
Direito

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,
respectivamente anexos aos
Departamentos de Direito Comercial e de
Direito Econômico e Financeiro da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Nova Série - Ano XXXV • n. 103 • julho-setembro de 1996

© Edição e distribuição

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

LIVRARIA TRIBUTARIA
Rua Cel. Xavier de Toledo, 210
7o. Andar - Conj. 74 - CEP 01048-000
Fone/Fax: 214-3716

3120.3761
Diretor de Produção: ENYL XAVIER DE MENDONÇA

MARKETING E COMERCIALIZAÇÃO

Gerente de Marketing: MELISSA CHBANE

Gerente de Administração de Vendas: KUNJI TANAKA

CENTRO DE ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR: Tel. 0800-11-2433

Diagramação eletrônica: EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA. - Rua Tabatinguera, 140, Térreo, Loja 1
Caixa Postal 678 - Tel. (011) 3115-2433 - Fax (011) 606-3772 - CEP 01020-901 - São Paulo, SP, Brasil.
Impressão: EDITORA PARMA LTDA., Av. Antonio Bardella, 280 - CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

Impresso no Brasil

SUMÁRIO

HOMENAGEM <i>POST MORTEM</i> – PHILOMENO J. DA COSTA – CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA	3
--	---

DOCTRINA

A revitalização da arbitragem no Brasil sob um enfoque realista e um espírito diferente – MARISTELLA BASSO	15
Análise do regime jurídico do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA	25
→ Desenvolvimento da teoria da empresa – Fim da distinção entre sociedades civis e comerciais – JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA	33
C direito do acionista de participação nos lucros sociais – PEDRO A. BATISTA MARTINS	40
Aumentos arbitrários de lucros como abusos do poder econômico – Interpretação da Constituição e sugestão de alteração – MAURO GRINBERG	51

ATUALIDADES

Nota sobre a independência dos Bancos Centrais – ANTÓNIO JOSÉ AVELÁS NUNES	59
Dos conceitos de financiamento e pré-financiamento – ARNOLDO WALD	74

MERCOSUL

Circulação de capitais em perspectiva brasileira – Entrada e saída de divisas e moeda nacional – PAULO BORBA CASELLA	79
--	----

TEXTOS CLÁSSICOS

→ Origem do Direito Comercial (Capítulo 1.º do <i>Corso di Diritto Commerciale – Introduzione e Teoria dell' Impresa</i> , 3.ª ed., Milão, A. Giuffrè, 1962, de Tullio Ascarelli), tradução e notas de Fábio Konder Comparato	87
---	----

JURISPRUDÊNCIA

Responsabilidade civil do Estado – Banco Central do Brasil – Falta de cumprimento do serviço de fiscalização em instituição financeira – Inocorrência da responsabilidade – Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa	101
---	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO REMISSIVO	111
-----------------------------------	-----

CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO

ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

Professor catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra.

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Paris; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ; Presidente do grupo brasileiro da Associação Henri Capitant; Ex-presidente da Comissão de Valores Mobiliários – CVM – Ex-membro do Conselho Monetário Nacional.

CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA

Advogado em São Paulo; Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

FÁBIO KONDER COMPARATO

Doutor pela Universidade de Paris; Prof. Titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA

Professor Doutor do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP.

JORGE RUBEM FOLENA DE OLIVEIRA

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

JOSÉ JÚLIO BORGES DA FONSECA

Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

MARISTELLA BASSO

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

MAURO GRINBERG

Advogado; Ex-conselheiro do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

PAULO BORBA CASELLA

Doutor e Livre Docente de Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Mestre em Direito do Comércio Internacional (Paris X); Professor Associado de Direito Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Sócio de Amaral Gurgel Advogados.

PEDRO A. BATISTA MARTINS

Professor de Direito Comercial nas Faculdades Cândido Mendes e da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ.

DOCTRINA

A REVITALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL SOB UM ENFOQUE REALISTA E UM ESPÍRITO DIFERENTE

MARISTELA BASSO

SUMÁRIO: 1. Acesso à justiça e arbitragem: 1.1 O direito à justiça; 1.2 Principais obstáculos; 1.3 O reconhecimento oficial da crise do judiciário; 1.4 Propostas de solução: a arbitragem como alternativa – 2. A arbitragem sob um enfoque realista e um espírito diferente: 2.1 A arbitragem na legislação e jurisprudência brasileiras; 2.1.1 Diferença entre cláusula arbitral e compromisso; 2.2 Arbitragem *ad hoc* e arbitragem institucionalizada; 2.3 Cláusula arbitral nos contratos internacionais – 3. Bibliografia.

1. Acesso à justiça e arbitragem

1.1 O direito à justiça

A atividade jurisdicional, como se sabe, preexistiu mesmo à legislativa, à formação de normas jurídicas. A primeira preocupação dos homens foi a formação de tribunais de justiça. Se considerarmos os mais antigos e importantes monumentos jurídicos: o Código de Hamurabi da Babilônia, as Leis de Manú da Índia, as Leis das XII Tábuas Romanas e a Lex Sállica dos Francos, veremos que todos se voltaram à matéria judicial.

Desde sua origem, portanto, aos juízes se delega a tarefa de sancionar a conduta dos grupos sociais, aplicando a justiça como se somente eles tivessem acesso ao que o homem busca.

Nas organizações sociais modernas, esta realidade não se alterou. O Estado reserva para si o poder de prover aos particulares dos órgãos que resolverão aquelas situações de conflito que possam perturbar a paz social – é o Estado que detém os instrumentos através dos quais se procura manter a ordem.

No entanto, as estruturas previstas nas organizações sociais modernas não são eficazes e não conseguem cumprir a sua função, dificultando cada vez mais o exercício do direito à jurisdição, a princípio assegurado pelo Estado e que hoje se converteu em ficção, ou mera concessão teórica. Razão pela qual, a busca de novas fórmulas alternativas de solução de conflitos torna-se imperiosa.

1.2 Principais obstáculos

Os fatores atuais que contribuem impedindo e dificultando o acesso à justiça são muitos e, ao mesmo tempo, tão diversos que sua apresentação aqui fugiria dos objetivos que nos propomos neste trabalho. Daí porque apresentaremos, superficialmente, apenas alguns que apresentam relação mais direta com o tema proposto e possam melhor corroborar nossa tese.

Um dos principais obstáculos do acesso à justiça é, sem dúvida, a lentidão do processo judicial. Apesar dos grandes esforços que se tem feito, não só no Brasil, mas em grande parte dos países do mundo, o problema é angustiante e com

tendências sempre a piorar, mesmo considerando as reformas constantes pelas quais passam os códigos de processo civil. O excesso de causas que tramitam em primeiro, segundo e terceiro graus, é um dos elementos que contribui negativamente a boa administração da justiça, mas não é, entretanto, o único.

Remanejando pessoal, ou aumentando o número de juízes, não resolveria o problema, porque o trâmite dos expedientes continuaria igualmente ritualista e excessivamente burocrático. A crítica que se faz aqui não é apenas ao ritual dos procedimentos descritos nos códigos e regulamentos que procuram garantir o princípio de defesa em juízo, que acaba levando a toda série de tolerâncias e artimanhas processuais, mas também aos próprios advogados impregnados da concepção de que o processo judicial é um fim em si mesmo e não um instrumento para se chegar a uma conclusão, e que raramente têm presente que em juízo o que importa são os conflitos humanos, e estes é que devem ser resolvidos, e não os conflitos de papéis.

O alto custo dos pleitos também é um dado importante e que dificulta o acesso à justiça, as causas de menor quantia acabam se tornando excessivamente onerosas frente aos gastos e percentagens que lhe são acrescentados, e as de maior magnitude, acabam atingindo cifras exorbitantes.

A demora nas decisões traz um risco adicional às partes, que já convivem com as incertezas de terem suas questões decididas por juízes, muitas vezes inexperientes, e sobrecarregados de processos.

O excesso de formalismo e ritualismos manifesto de todos aqueles que participam do sistema e os procedimentos emperrados, descritos nos nossos códigos, fazem com que o processo perca seu objetivo, que é conhecer a verdade dos fatos e determinar, em função disso, os direitos que cada uma das partes em

conflito possui, afastando qualquer artimanha, medida protelatória ou conduta intolerável.

Finalmente, a falta de consciência do valor do tempo, também repercute na ineficiência e lentidão do serviço de prestação da justiça.

1.3 O reconhecimento oficial da crise do judiciário

Hoje se reconhece amplamente que o serviço estatal de administração da justiça se encontra numa situação tal que tornou-se impossível ao próprio Estado dar uma resposta adequada às necessidades plantadas pela comunidade em matéria de solução de conflitos.

Se tomarmos como exemplo somente o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, veremos uma situação calamitosa. Lá estão 33 mil processos represados à espera de distribuição, sem considerar os cerca de 5.200 que o Tribunal recebe todos os meses. O tempo de espera na fila da distribuição é de dois anos. No final do ano de 1995, o número de processos que aguardavam distribuição chegava a 43 mil. O exame de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários demora, em média, um ano. Os juízes estão sobrecarregados. Esse TAC tem 60 juízes efetivos e 24 substitutos, divididos em 12 Câmaras. Cada juiz efetivo recebe 13 processos por semana para relatar, mais 8, já relatados, para revisar. Os juízes substitutos recebem 17 processos por semana para relatar. É difícil julgar bem tendo que ler mais de 13 processos por semana, sem considerar a revisão. Como se vê a tarefa desses juízes é extremamente dura.

Tais problemas sempre existiram, porém nos últimos anos atingiram dimensões alarmantes, chegando a níveis insuportáveis e gerando na população uma sensação geral de descrença na justiça, reconhecida, até mesmo, pelas autoridades governamentais.

A morosidade dos processos civis e comerciais repercute, como é sabido, desfavoravelmente na produção e nos investimentos de capitais, paralisando atividades, gerando gastos improdutivos e ocasionando perdas econômicas significativas. A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar. A justiça que chega atrasada, deixa de ser justa.

Em contrapartida, para dar solução a crise, até não muito tempo atrás, insistia-se na busca de soluções tradicionais, como, por exemplo, aumentar o número de cartórios, câmaras, secretarias; redistribuição de competências por matéria; aumento das previsões orçamentárias para o Poder Judiciário; constantes e sucessivas modificações nos códigos processuais; mais tecnicidade e informatização da justiça.

No entanto, nada disso tem trazido os resultados desejados. Todos esses esforços não têm sido suficientes para reverter a crise instaurada: as deficiências ainda persistem e se tornam mais agudas com o transcurso do tempo.

O congestionamento da justiça, devido à acumulação de processos, exige que deixemos de lado as soluções do tipo convencional, antes referidas, e busquemos novas fórmulas, caminhos novos capazes de trazer a esperada melhoria da justiça.

Uma dessas fórmulas é, sem dúvida, revitalizar os sistemas extrajudiciais, sejam de autocomposição dos conflitos, como a mediação e a conciliação, como os heterocompositivos, como a arbitragem. Esses métodos, alternativos à jurisdição judicial, tendem a descongestionar os tribunais tradicionais e solucionar conflitos jurídicos no menor tempo possível.

1.4 Propostas de solução: a arbitragem como alternativa

Como bem colocou o professor Octavio Bueno Magano, “antes que o povo brasileiro queira submeter-se a deuses estranhos, melhor será que o livre-mos de suas frustrações, acenando-lhe com formas expeditas de solução de contendas. Dentre as diversas formas de que se possa excogitar, a mais expedita é a da arbitragem. Daí desejarmos encorajar a sua prática. Referimo-nos ao incentivo da arbitragem voluntária, para dar solução dos dissídios individuais” (“A arbitragem como elemento que contribui para aliviar o Poder Judiciário”, in *Anais do Conjur* – vol. VIII, do Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, 1987, p. 9-10).

A arbitragem revela-se, assim, como o meio extrajudicial de solução de conflitos que pode contribuir decisivamente para o descongestionamento do Poder Judiciário.

A importância e significado da arbitragem, como método heterocompositivo, ficam evidenciados na Exposição de Motivos da Lei espanhola de Arbitragem, de 23.12.1953:

“Acaso ninguna institución de las que encierra el ordenamiento jurídico de un país, revele con más hondo significado, el sentido que el Derecho ocupa en su vida social, como la institución del arbitraje. El conjunto de normas que tienen por misión científica repartir, con criterio de justicia, los distintos bienes humanos entre los miembros de una colectividad está destinado, por la propia naturaleza de las cosas, a sufrir la ruda prueba que los conflictos de los intereses afectados le plantean diariamente. Y puestos frente a la necesidad de ordenar igualmente esos conflictos e intereses, el Derecho, antes de llegar al puro mecanismo coactivo de la intervención inapeable del Poder público, idea una serie

de mecanismos de conciliación que tratan de restabelecer, en la medida de lo posible, el interrumpido orden de la convivencia social. Tal es precisamente el papel que asume el arbitraje dentro del problema general de las instituciones jurídicas”.

Sempre foram conhecidos, como bem se vê dessa passagem do direito espanhol, os princípios básicos da arbitragem e suas vantagens práticas. Porém, nunca como agora, a arbitragem assumiu papel tão importante no aprofundamento das reformas do procedimento judicial.

A arbitragem apresenta muitas vantagens comparativas frente à jurisdição estatal, que as colocam hoje como a melhor alternativa ao congestionamento do judiciário. Vejamos algumas dessas vantagens:

a) Celeridade: a arbitragem é essencialmente mais rápida que o judiciário, que se caracteriza pela sua rigidez e morosidade.

b) Confidencialidade: esse é um dos fatores que se leva a preferir a arbitragem. Ao contrário do que ocorre com o judiciário, o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional. As provas, a natureza da controvérsia, seu valor e a decisão através do laudo arbitral não são divulgados, como ocorre com o procedimento e a decisão judiciais.

c) Propicia a Conciliação: a confidencialidade do procedimento cria uma atmosfera capaz de gerar um clima de colaboração entre as partes, dentro do qual elas podem autocompor o conflito através da conciliação ou mediação, encerrando, assim, elas mesmas, o problema.

d) Garantia de Tratamento Equânime: esta vantagem fica evidente nos casos de arbitragens internacionais, envolvendo partes de países diferentes. A garantia de tratamento igualitário entre as partes,

sustentada pela arbitragem, afasta a natural incerteza quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros domiciliados no exterior.

e) Especialização: diferentemente do judiciário, os árbitros podem ser técnicos na matéria controversa.

f) Possibilidade de Decisão por Equidade: os árbitros desenvolvem o mesmo raciocínio lógico dos juízes, porém se o compromisso o autoriza, eles poderão não ficar adstritos à aplicação do direito positivo e poderão decidir por equidade.

g) Confiança: o juiz tradicional não é escolhido pelas partes, enquanto que os árbitros o são. Razão pela qual a arbitragem se baseia na confiança das partes, na possibilidade delas terem o conflito resolvido por alguém que elas mesmas escolheram.

Vê-se, portanto, que a arbitragem, através de seus procedimentos mais simples e econômicos, pode ter um efeito direto e imediato no descongestionamento do judiciário. Todavia, esse não é o único mecanismo que pode colaborar no processo de transformação e melhora do acesso à justiça, mas, com certeza, pode representar muito, atuando como um filtro, retendo grande parte das situações litigiosas, deixando a justiça ordinária como o reduto final, reservado para os conflitos que não obtêm solução por arbitragem, conciliação, ou mediação.

2. A arbitragem sob um enfoque realista e um espírito diferente

É importante ter presente que a arbitragem é uma alternativa extremamente eficaz e válida de solução de conflitos, qualquer que seja a situação pela qual atravessa o Poder Judiciário. Certamente, a crise que enfrenta a administração da justiça hoje desperta o instituto da arbitragem do estado de letargia em que se encontrava no Brasil. Segundo Roque Caivano, “el arbitraje no es una suerte de

mal necesario". Segundo ele, "no es el mal menor por el que pueda optarse ante la disyuntiva de acudir a una justicia estatal que no brinda respuestas, o probar con un sistema privado. Si se lo aborda sin convicciones, con prejuicios o recebelos, pensando que es 'menos malo' que la justicia, se estará minimizando su verdadero alcance" (in *Arbitraje – su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Buenos Aires: *Ad Hoc*. 1992, p. 38).

O que propomos é a revitalização da arbitragem através de postulados realistas e com a intenção de fazê-la perdurar e sedimentar-se definitivamente como uma alternativa a que se pode recorrer, mesmo quando a justiça funcione sem problemas. Essa afirmação parte de um espírito diferente que encara a arbitragem como uma alternativa claramente vantajosa para grande parte das questões que se nos apresentam diariamente.

É verdade que existem diferentes tipos de arbitragem, e que esta pode não ser a alternativa indicada para alguns casos específicos. Razão pela qual, convém sempre examinar suas características e conveniências caso-a-caso.

As dificuldades que a justiça enfrenta hoje, exige a mudança de mentalidade por parte dos advogados habituados a resolver os conflitos de interesses de seus clientes perante os tribunais tradicionais. A responsabilidade pelo instituto da arbitragem não ter prosperado no Brasil, como contrariamente ocorreu em outros países, não é exclusivamente da lei, como afirmam alguns, nem mesmo dos juízes, como querem outros. O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados, que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de autocomposição voluntária. Daí porque, o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de

controvérsias dependerá de mudanças profundas de mentalidade de todos os operadores jurídicos.

Essa mudança de mentalidade põe em confronto a confortável posição legalista do juiz tradicional, e realça uma nova modalidade de julgar, mais moderna e transformadora, baseada nos critérios de funcionalidade e praticidade.

Não se pretende defender aqui a substituição do juiz togado tradicional pelo árbitro privado escolhido pelas partes. O que propomos é a mudança de mentalidade no modo de encarar a resolução dos conflitos e uma predisposição diferente, um espírito novo sem o qual não encontraremos solução para o congestionamento do judiciário. Por outro lado, esse novo espírito que resgata e reapresenta a arbitragem com todas as suas vantagens, não condiciona sua validade e efetiva vigência como método extrajudicial de solução dos conflitos à crise do judiciário. Tal vinculação minimizaria sua importância.

Dentre os métodos extrajudiciais de solução dos conflitos, é importante termos presente a diferença entre os autocompositivos, anteriormente mencionados, como a *mediação* e a *conciliação*, e os heterocompositivos, como a arbitragem. A *mediação* é um sistema de solução de conflitos no qual as partes não atuam como adversárias, e as controvérsias não são resolvidas por um terceiro, mas sim pela própria vontade comum das partes que chegam a um acordo com o auxílio de alguém, chamado mediador, que facilita o acordo; o mediador empenha seu trabalho ou diligência para obter o acordo ou aproximar as partes. A *conciliação* é o acordo entre as partes obtido também com o auxílio de um terceiro, conciliador, que propõe o entendimento entre as partes, considerando os argumentos de uma e de outra. Diz-se que a mediação e a conciliação são métodos autocompositivos porque as partes chegam ao acordo espontaneamente, seja

através do auxílio do mediador, como do conciliador. A *arbitragem*, por outro lado, é método heterocompositivo porque as partes não logram obter o acordo sozinhas, e por isso buscam sua solução através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como juiz privado. Daí porque recomenda-se que o árbitro escolhido pelas partes não seja o mesmo que tenha atuado anteriormente como mediador ou conciliador, porque somente assim ele poderá desempenhar sua função com total isenção.

2.1 A arbitragem na legislação e jurisprudência brasileiras

O instituto da arbitragem é conhecido no Brasil desde há muito tempo, todavia jamais foi efetivamente empregado como deveria. Desde o Decreto 737, de 25.11.1850, sobre solução de litígios entre comerciantes, há em nossa legislação previsão sobre arbitragem. Esse Decreto previa tanto a arbitragem voluntária, como a obrigatória, qualificada como necessária para certos casos. Essa última, considerada obrigatória, acabou sendo revogada pela Lei 1.350, de 14.11.1866, porque nunca se reconheceu sua utilidade, desaparecendo, assim, sem deixar saudades, como observou Carvalho de Mendonça (in *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. VIII, n. 599, p. 75).

O juízo arbitral obrigatório, segundo José Carlos de Magalhães, “repugna à própria natureza do instituto, lastreado, fundamentalmente, na vontade das partes”, daí porque, segundo ele, “nunca teve grande aceitação no direito brasileiro” (in *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 8 – obra escrita com Luiz Olavo Baptista).

A arbitragem voluntária manteve-se no Código Civil editado em 1916, cuja previsão encontra-se nos arts. 1.037 a 1.048. Nesse diploma, o instrumento básico do juízo arbitral é o *compromisso*, não se fazendo qualquer menção à *cláu-*

sula arbitral ou *cláusula compromissória*, reafirmando, assim, a tradição consagrada no Decreto de 1850. O Código Civil, fixa, portanto, os requisitos essenciais do compromisso arbitral, cuja inobservância poderá acarretar a nulidade do juízo arbitral.

Sem dúvida, quando o Código Civil afastou a cláusula arbitral, referindo-se apenas ao compromisso, manteve a tradição mas ao mesmo tempo, pela timidez com que tratou do instituto, desestimulou a arbitragem porque, como todos sabemos, é muito difícil para as partes, durante o conflito, celebrarem o compromisso arbitral, assim como qualquer outro acordo.

2.1.1 Diferença entre cláusula arbitral e compromisso

A *cláusula arbitral* é aquela inserida dentro de um contrato (interno ou internacional), cuja função é determinar que eventuais e futuros conflitos entre as partes, originados da relação contratual, deverão ser resolvidos por juízo arbitral. É com base no princípio da autonomia da vontade que as partes podem optar pela arbitragem, ao invés de remeter seus problemas ao judiciário tradicional. Nessa cláusula já se poderá fazer a previsão de como se desenvolverá o juízo arbitral, chamado *ad hoc*, ou se poderá determinar que a arbitragem será feita segundo o regulamento de alguma instituição ou câmara de arbitragem, como a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, por exemplo, chamada arbitragem institucionalizada. A *cláusula arbitral*, portanto, integra o negócio jurídico que poderá dar causa à instauração do juízo arbitral.

O *compromisso arbitral*, por outro lado, é o acordo que se faz de se resolver aquele problema específico e já instaurado por arbitragem. É, por conseguinte, instrumento jurídico autônomo com relação ao negócio que lhe deu causa.

O Código de Processo Civil, como é sabido, seguiu a mesma linha do Código Civil, referindo-se, única e exclusivamente, ao compromisso arbitral como condição essencial à validade da arbitragem no Brasil, arts. 1.078 a 1.102.

Não basta, como se vê, à luz da legislação brasileira, a cláusula arbitral para que se instaure válida e eficazmente o juízo arbitral de causas internas. Faz-se imprescindível a celebração do subsequente compromisso arbitral.

Recentemente, constatamos uma tentativa de revitalização da arbitragem no Brasil, com a promulgação do Decreto Presidencial 1.902, de 09.05.1996, que promulgou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, celebrada no Panamá, em 1975. Essa introduz nova mentalidade acerca da arbitragem, determinando, no art. 1.º: "é válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex".

Vemos, portanto, que para as arbitragens internacionais não se faz mais distinção entre cláusula arbitral e compromisso, qualquer um é suficiente para instaurar o juízo arbitral, de acordo com a lei. Entretanto, persiste a limitação, a nosso ver, no que se refere às arbitragens internas, que continuam submetidas às regras do Código Civil e do Código de Processo Civil, ou seja, às exigências do compromisso. Acerca disso voltaremos mais adiante em tópico específico sobre as arbitragens internacionais.

Se a lei brasileira não é fator de estímulo à arbitragem, o mesmo não se pode dizer com relação à jurisprudência que, mesmo em decisões polêmicas, tem reconhecido as arbitragens, evidenciando a ausência de qualquer preconceito

do judiciário contra sua prática, como bem demonstrou José Carlos de Magalhães, em obra já citada, p. 9-16.

É bem verdade que a jurisprudência impõe como condição para a validade do laudo arbitral, com vistas à sua homologação e conseqüente execução, a existência de compromisso para as arbitragens que envolvam problemas submetidos apenas ao direito interno, não basta a cláusula arbitral, exige também a homologação do laudo no país onde foi proferido, se advindo do exterior.

2.2 Arbitragem ad hoc e arbitragem institucionalizada

Como já foi dito, o modo como se realizará a arbitragem pode ser descrito em forma geral ou detalhada pelas partes, que assim agindo elaboram um verdadeiro regulamento para o juízo arbitral que decidirá o problema presente ou futuro, ou, podem não fazer esta descrição utilizando-se de uma instituição especializada em mediação e arbitragem. A primeira modalidade onde as partes descrevem como deve se desenvolver a arbitragem, e como se escolherá o árbitro, chama-se de *arbitragem ad hoc*, cujo regulamento fixado pelas partes é para aquele, e somente aquele, caso, presente (se compromisso) ou futuro (se cláusula arbitral, quando possível). A segunda modalidade, em que as partes se utilizam de uma instituição que já possui seu próprio regulamento, e até mesmo lista de árbitros, se intitula *arbitragem institucionalizada*.

É surpreendente o número de entidades dedicadas à arbitragem comercial que estão surgindo, tantos nos países de tradição romano-germânica, como nos da *Common Law*. Razão pela qual, em 1985, foi criada uma Federação de Instituições de Arbitragem Comercial, cuja finalidade principal é de incentivar e estreitar relacionamento entre seus mem-

bro e facilitar a troca de informações. Além dessa, existe também, em Londres, a *Chartered Institute of Arbitrators*, cujo propósito é promover a coordenação e cooperação entre instituições arbitrais internacionais.

Luiz Olavo Baptista cita como importantes instituições a American Arbitration Association (AAA), a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a London Court of Arbitration, no Brasil, cita o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e, com certeza citaria a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (in *Arbitragem comercial*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 40 — obra escrita com J. C. de Magalhães).

No âmbito do MERCOSUL, visando agilizar a solução dos conflitos individuais está sendo criado o Tribunal de Mediação e Arbitragem do COADEM — Colégio e Ordem dos Advogados do MERCOSUL, órgão que congrega os advogados dos países do Mercado Comum do Sul.

2.3 Cláusula arbitral nos contratos internacionais

Já tratamos aqui das diferenças entre cláusula arbitral e compromisso.

Mas vejamos isso melhor.

A cláusula arbitral, previsão de problemas futuros e a sua submissão ao método extrajudicial de solução, em direito interno tem efeito de mera obrigação de fazer, que se resolve em perdas e danos, não importando na instituição automática do juízo arbitral, dependente que fica do compromisso elaborado segundo os requisitos do art. 1.039 do CC e art. 1.074 do CPC.

Todavia, cumpre-nos indagar se, nos contratos internacionais do comércio, a cláusula arbitral também tem a mesma natureza. Com certeza a resposta é negativa. Nos contratos internacionais, a

cláusula arbitral obriga à execução específica da obrigação, exatamente por envolver um negócio jurídico que gera efeitos em mais de uma ordem jurídica em que o princípio da boa-fé é a pedra basilar.

Se havia alguma dúvida quanto a isso, a mesma desaparece em decisão recente do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial n. 616-RJ), que reconheceu:

“Cláusula de arbitragem em contrato internacional — Regras do Protocolo de Genebra de 1923.

1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral.

2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art. 244, do CPC, se a finalidade for atingida” (in *R. Sup. Trib. Just.*, Brasília, a. 4, (37): 261-585, setembro 1992).

A discussão que envolveu este caso (Lloyd Brasileiro x Ivarans Rederi) é extremamente interessante.

Como se sabe, em 22.03.1932, pelo Decreto 21.187, o Brasil promulgou o Protocolo de Genebra sobre Arbitragem Comercial Internacional, onde não se faz qualquer distinção entre cláusula arbitral e compromisso, reconhecendo-se a validade do juízo arbitral instaurado como base na primeira ou no segundo, para resolver conflitos de caráter comercial internacional.

Com o Código Unitário de 1939, e em especial, diante do disposto nos arts. 1.072 a 1.074 e 1.100 do CPC vigente, a validade do juízo arbitral ficou vinculada ao compromisso, afastando-se, portanto, a cláusula arbitral, cuja validade estava prevista no Protocolo de Genebra.

Instaurou-se a discussão se o CPC havia ou não revogado o Protocolo de Genebra, por ser posterior. Ascendeu-se antiga, e sempre viva, discussão acerca do conflito entre as fontes: lei interna e ato internacional.

Alguns defendiam que o CPC teria revogado o Decreto 21.177, ou seja, o Protocolo de Genebra. Outros, contrariamente, sustentavam que, como lei interna posterior não revoga ato internacional, o Protocolo continuava em vigor para as arbitragens comerciais internacionais, e o CPC, por ser lei especial, posterior, disciplinaria as arbitragens internas, estas, sim, condicionadas ao compromisso.

Com a decisão do STJ, no caso acima referido, a questão ficou definida: o Protocolo continua em vigor para as arbitragens comerciais internacionais, onde a cláusula arbitral prescinde do compromisso e, por si só, valida o juízo arbitral.

Qualquer dúvida que ainda possa ter ficado depois desta decisão, deve ser definitivamente afastada frente a recente promulgação da Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, através do Decreto 1.902, de 1996, antes mencionado, que reconhece a validade do “acordo das partes”, isto é, da cláusula arbitral e/ou compromisso.

Em conclusão: para os problemas puramente internos, que não geram efeitos em outra ordem jurídica, a validade do juízo arbitral está condicionada a validade do compromisso, de acordo com as previsões do Código Civil e do Código de Processo Civil brasileiros. Para os problemas de caráter privado internacional, ou seja, que geram efeitos jurídicos em mais de uma ordem jurídica, o juízo arbitral pode ter sua origem tanto na cláusula arbitral, como no compromisso, segundo o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção do Panamá de 1975, ambos ratificados e em vigor no Brasil, e o Recurso Especial n. 616, RJ.

Da mesma forma precisamos considerar que a cláusula arbitral possui autonomia e independência relativamente às demais cláusulas do contrato internacional, e comporta execução específica, frente os instrumentos jurídicos acima referidos.

A mesma possibilidade conferida aos contratos internacionais, de poderem ser submetidos à arbitragem, com base em cláusula arbitral ou compromisso, deve ser estendida aos negócios jurídicos internos. Nesse sentido merece destaque o Projeto de Lei 4.018 A, de 1993, do Senado Federal, cujo art. 3.º prevê: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”. Da mesma forma, merece destaque o art. 2.º, do mesmo projeto, *verbis*:

“A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes;

§ 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública;

§ 2.º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Certamente, a transformação deste projeto em lei, significaria a revitalização da arbitragem no Brasil, o incentivo aos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, contribuindo para o descongestionamento do judiciário, facilitando a desobstrução do acesso à justiça. Para tanto, precisamos retomar o tema da arbitragem através de uma visão realista, prática e dinâmica, onde a realização do homem é a meta e, isso exige, fundamentalmente, a mudança de espírito do operador jurídico.

3. Bibliografia

- CAIVANO, Roque J. Arbitraje. *Su eficacia como sistema alternativo de resolucion de conflictos*. Buenos Aires, AD HOC, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1993.
- CONJUR – Conselho Superior de Orientação Jurídica e Legislativa. *A arbitragem como elemento que contribui para aliviar o poder judiciário*. São Paulo, FIESP, CIESP, 1989.
- DI VIGNANO, A. Tommasi e Solina, M. *Profili di diritto internazionale: com questionário ed. exercitazioni ad uso degli studenti universitari*. Torino, UTET, 1990.
- LIMA, Claudio Vianna. *Arbitragem a Solução*. RJ, EMERJ, Forense, 1994.
- MAGALHÃES, José Carlos de e BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. RJ, Freitas Bastos, 1986.
- MEDICINA, José Ma Chillón e MERCHAN, José Fd. Merino. *Tratado de arbitragem privada interna e internacional*. Madrid, Ed. Civitas, 1978.
- MIRABELLI, Giuseppe. “Contratti nell’arbitrato: con l’arbitro; con l’istituzione arbitrale”. In *Se contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo Padova*, Cedam, 1992.
- RESCIGNO, Pietro. “Arbitrato e autonomia contractuale”. In *Il contratto: silloge in onore di Giorgio Oppo Padova*, Cedam, 1992.