

ISSN 1808678-0



COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR
01330-000 SÃO PAULO SP
www.fgv.br/direitogv
publicacoes.direitogv@fgv.br

v.7 n.2 : março 2010

Cadernos DIREITOGV

PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?

Camila Villard Duran (coord.)

SEMINÁRIO **34**
v.7 n.2 : março 2010

CADERNOS DIREITO GV

v.7 n.2 : março 2010

PUBLICAÇÃO DA **DIREITO GV**
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

ISSN 1808-6780

OS CADERNOS DIREITO GV TÊM COMO OBJETIVO PUBLICAR RELATÓRIOS DE PESQUISA E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES DA DIREITO GV.

EDITOR

DESDE 2004, **JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

DIREITO – PERIÓDICOS. I. São Paulo. DIREITO GV
Todos os direitos desta edição são reservados à **DIREITO GV**

DISTRIBUIÇÃO
COMUNIDADE CIENTÍFICA

ASSISTENTE EDITORIAL
FABIO LUIZ LUCAS DE CARVALHO

PROJETO GRÁFICO
ULTRAVIOLETA DESIGN

TRANSCRIÇÃO DE ÁUDIO
TECNOTEXTO - TRANSCRIÇÕES EDITORIAIS

PREPARAÇÃO DE TEXTO
ELVIRA CESÁRIO CASTANON

REVISÃO DE TEXTO
AUGUSTO IRIARTE

IMPRESSÃO E ACABAMENTO
COPIBRASA

DATA DA IMPRESSÃO **MARÇO/2010**

TIRAGEM **500**

PERIODICIDADE **BIMESTRAL**

CORRESPONDÊNCIA
PUBLICAÇÕES DIREITO GV
RUA ROCHA, 233 - 11º ANDAR
01330-000 SÃO PAULO SP
WWW.FGV.BR/DIREITOGV
PUBLICACOES.DIREITOGV@FGV.BR

CADERNOS DIREITO GV

v.7 n.2 : março 2010

PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?

Camila Villard Duran (coord.)



SEMINÁRIO **34**
v.7 n.2 : março 2010

APRESENTAÇÃO

A Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV), buscando contribuir para o debate sobre a arbitragem no Brasil, organizou por meio da Coordenadoria de Prática Jurídica e Atividades Complementares, sob a coordenação de Camila Villard Duran, o colóquio “Para onde vai a Arbitragem no Brasil?”, realizado ao longo do dia 3 de junho de 2009. O evento contou com a parceria da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e a participação de membros do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).

A Coordenadoria de Prática Jurídica e Atividades Complementares é a instância responsável pela gestão das disciplinas de formação prático-profissional do aluno da DIREITO GV (oficinas e clínicas de prática jurídica). O tema dos meios alternativos de resolução de conflitos é especialmente importante para o currículo da Escola e a aproximação com o mercado é vista como algo essencial. A organização desse evento e, agora, sua divulgação por meio dos Cadernos DIREITO GV denotam a especial atenção da Escola a essa temática.

O presente caderno traz a transcrição do debate desenvolvido em três mesas do evento.¹ A abertura do colóquio foi conduzida pelo professor Ary Oswaldo Mattos Filho (diretor da DIREITO GV e árbitro da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem) e por Luiz Fernando Teixeira Pinto (diretor conselheiro do CBAr).

Na primeira mesa (“Para onde vai a arbitragem no Brasil?”), o debate contou com a importante exposição de Eduardo Damião Gonçalves (presidente do CBAr - 2005/2009) e Pedro Batista Martins (membro da Comissão Redatora da Lei de Arbitragem e também ex-aluno de Philippe Fouchard, autor do texto que inspirou o tema do colóquio e do primeiro painel, especialmente). A mesa contou ainda com a moderação do professor Clávio Valença.

A segunda mesa, por sua vez, concentrou-se no debate do tema da arbitragem em setores específicos (energia e aviação). O professor Salem Hikmat Nasser coordenou a exposição e o debate entre os convidados Fúlvio Luiz Delicato Filho (árbitro da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem), Pablo Gay Ger (diretor

jurídico de uma companhia energética) e Gilberto Giusti (advogado especialista em arbitragem).

A terceira mesa (“Arbitragem e Poder Judiciário”), coordenada pelo professor Paulo Eduardo Alves da Silva, discorreu sobre o papel do Judiciário na consolidação da arbitragem no Brasil. Rafael Francisco Alves (membro do CBAr) e Selma Ferreira Lemes (membro da Comissão Redatora da Lei de Arbitragem e do Grupo Latino-Americano da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comercio Internacional - CCI) trouxeram exposições bastante valiosas para a problematização desse tema.

Por fim, importante mencionar que a realização desse evento não teria sido possível sem a valiosa e especial contribuição de Julian Alfonso Magalhães Chacel e Pedro Paulo Cristofaro, respectivamente, diretor executivo e diretor jurídico da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, e dos professores Paulo Eduardo Alves da Silva, Salem Hikmat Nasser e Clávio Valença, a quem somos muito gratos.

ÍNDICE

ABERTURA	7
ARY OSWALDO MATTOS FILHO	7
LUIZ FERNANDO TEIXEIRA PINTO	9
PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?	11
CLÁVIO VALENÇA	11
PEDRO BATISTA MARTINS	13
EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES	23
DEBATE	35
ARBITRAGEM NO ÂMBITO DE ENERGIA E AVIAÇÃO:	
CONTEXTO, ATORES E ENTRAVES	41
SALEM HIKMAT NASSER	41
FÚLVIO LUIZ DELICATO FILHO	43
PABLO GAY GER	49
GILBERTO GIUSTI	55
DEBATE	65
ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO	67
PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA	67
SELMA FERREIRA LEMES	69
RAFAEL FRANCISCO ALVES	77
DEBATE	87
PROGRAMA	99
NOTAS	103

PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?

Camila Villard Duran (coord.)

ABERTURA

ARY OSWALDO MATTOS FILHO

Minha tarefa é iniciar o colóquio dando a todos – às senhoras e aos senhores – as boas-vindas, em nome da DIREITO GV e da Fundação Getúlio Vargas. Primeiramente gostaria de avisar que o professor Julian Alfonso Magalhães Chacel precisou ficar no Rio de Janeiro e não estará presente.

Além das boas vindas, queria enfatizar a importância que a Fundação Getúlio Vargas atribui ao tema, por intermédio da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e da DIREITO GV; esta, sempre em busca da inovação, tem trabalhado muito com os alunos de graduação e pós-graduação com formas alternativas para solução de conflitos, na medida em que estas são eficientes e, mesmo sem comparar com os problemas que, sabemos, afligem o Poder Judiciário, são mais especializadas. Com todos esses qualificativos, por meio dos quais a escola busca desenvolver, saúdo, não só as senhoras e senhores, mas também à mesa, ao professor Pedro Batista, ao Eduardo Damião Gonçalves, ao Luiz Fernando Teixeira Pinto e ao Clávio Valença.

PEDRO BATISTA MARTINS

Agradeço a presença de todos. Passo a palavra a Luiz Fernando Teixeira Pinto, que está aqui representando Julian Alfonso Magalhães Chacel, que não pôde comparecer.

LUIZ FERNANDO TEIXEIRA PINTO

Bom dia a todos. Estou aqui representando o professor Julian Chacel, que não pôde comparecer por motivos de ordem pessoal. Pediu-me ele que, como membro do corpo permanente de árbitros da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, o representasse na abertura deste evento.

Gostaria de dar a vocês algumas informações que me foram passadas pelo professor Chacel com relação à Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Nossa Câmara foi constituída em 2002, justamente no momento em que a situação da arbitragem no Brasil passou a ser efetiva devido a um processo que tramitou no Supremo Tribunal Federal em que se arguia a inconstitucionalidade da lei de arbitragem. Essa situação foi resolvida, e hoje a arbitragem está devidamente institucionalizada e aceita em nosso regime jurídico.

É interessante notar que uma das primeiras arbitragens da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem envolveu uma empresa pública como requerida, e, naquele momento, a arbitragem ficou sobrestada, pois o Tribunal de Contas da União entendeu que os direitos patrimoniais envolvidos na controvérsia eram direitos indisponíveis. Hoje, sabemos, o assunto está superado, existem várias decisões do STJ e do próprio Tribunal de Contas da União, que já mudaram seu entendimento em relação à participação de empresas públicas e sociedades de economia mista em arbitragem.

Passarei a vocês alguns dados estatísticos. O progresso da arbitragem na Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, inicialmente, foi lento. Na verdade, a Câmara ganhou uma dinâmica maior a partir de 2007, quando administrou, no correr do ano, seis arbitragens. Em 2008, esse número subiu para 16 e, até a última semana, final do mês de maio de 2009, 10 novos pedidos de arbitragem foram instituídos. Atualmente, existem 21 processos arbitrais em andamento, e de todos que já passaram pela Câmara, 13 tiveram sentenças condenatórias e, em alguns casos, as partes chegaram a um acordo no curso da arbitragem.

O valor médio dos litígios tem sido bem expressivo e é interessante observar que a arbitragem doméstica mais importante foi levada a cabo na Câmara FGV. Como o grande número de arbitragens tem sede em São Paulo, as instalações da DIREITO GV têm

sido utilizadas para assinatura de termos de compromisso e, também, para as audiências que se fazem necessárias. É dessa forma que se consegue fixar uma imagem da Fundação como um todo.

Uma das linhas de cooperação que vale a pena mencionar é a elaboração de ementas de sentenças feitas pelos alunos da DIREITO GV – sempre sob orientação de seus professores.

Essas são algumas das informações que queria passar a vocês. Desejo que todos aproveitem bem o dia de hoje, no qual teremos apresentações de juristas e advogados renomados. Temos dois deles aqui, à minha direita, e Clávio Valença fará as apresentações. Muito obrigado.

PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?

CLÁVIO VALENÇA

Obrigado, Luiz Fernando [Teixeira Pinto]. Agradeço à professora Camila Duran Ferreira e ao professor Salem Hikmat Nasser, ambos da DIREITO GV, pela competente organização desta jornada. Dado o tema, os palestrantes para o presente painel só poderiam ser o Dr. Eduardo Damião Gonçalves, ex-aluno de Philippe Fouchard, o autor do texto que inspira o presente painel e lhe serve de fio condutor; e Pedro Batista Martins, membro da Comissão Redatora da Lei de Arbitragem, expoente da Operação Arbiter e, portanto, conhecedor das dificuldades superadas para o estabelecimento do instituto no Brasil, que, ademais, indicará a existência de eventuais nuvens no horizonte. Inicialmente, passo a palavra a Pedro Batista Martins.

PEDRO BATISTA MARTINS

Obrigado a todos, é um prazer estar aqui na DIREITO GV. Anos atrás, tive a oportunidade de participar de reuniões na serra do Rio de Janeiro com o Ary Oswaldo Mattos Filho e seu grupo, e com o grupo do Joaquim Falcão, para estabelecermos certas diretrizes do que se pretendia com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, que ainda estava por nascer. Agradeço ao convite feito por Clávio Valença e Salem Hikmat Nasser para participar desta mesa.

Trouxe umas anotações, mas a fala de Clávio Valença me fez relembrar uma série de coisas com relação à arbitragem, à elaboração da lei etc. Para entendermos para onde vai a arbitragem, acho que vale a pena saber de onde ela vem, por que surgiu e conhecer os problemas que tivemos no passado. Fico muito espantado quando retomamos a história do país e percebemos que, já em 1824, a primeira Constituição, a Constituição Política do Império, previa a arbitragem. E previa a arbitragem com a cláusula sem recurso. Sempre fiquei muito indignado em notar que o Brasil não teve o avanço que poderia ter tido com o instituto da arbitragem. Paramos no tempo durante muitos e muitos anos, décadas e décadas, e séculos. Já tivemos a arbitragem em 1824, 1830, 1836; tínhamos arbitragens obrigatórias. Em 1850, o Código Comercial, arbitragem obrigatória, inclusive para casos de direito societário, para casos de quebra, que era a falência, o Código Civil, o Código Civil de 1916 (costumo confundir com o da ex-lei de cotas) já previa a arbitragem, e os Códigos de Processo Civil Estaduais. É interessante notar que o de Minas Gerais previa a arbitragem já no art. 1º, talvez como uma indução do próprio legislador de levar as partes – antes de irem ao Poder Judiciário perquirir, tentar solucionar determinada questão por uma via extrajudicial de solução, de conflito.

Com o Código unitário de 1939, a arbitragem teve seu espaço reservado, e o Código Civil de 2002 está posto, mas acho redundante, não deveria nem ter sido mantido, mas foi. Não entrarei no mérito, mas vivenciei essa situação, mantida por uma questão extremamente política em que se tentava, com a introdução do Código Civil, acabar, eliminar com a eficácia da cláusula compromissória. O resultado foi que, no Código Civil de 2002, havia um dispositivo tratando do compromisso, mas ele ficou mais por uma

questão de estratégia política, para se evitar o debate, novamente, do instituto da arbitragem.

Vimos que a arbitragem é um instituto que gera amor e ódio, é impressionante. Desde 1824 o direito positivo estabeleceu a arbitragem, mas a arbitragem não tem vingado por uma razão muito simples: em 1866, José Tomás Nabuco de Araújo – pai do Joaquim Nabuco –, uma espécie de Ministro da Justiça, acabou com a arbitragem obrigatória. No ano seguinte, 1867, por meio do Decreto 3.900, nomeadamente o art. 9º, estabeleceu a dicotomia, no caso fala-se invalidade, mas é da eficácia. A eficácia da cláusula compromissória ficava dependendo da assinatura de um novo instrumento. Na realidade, em 1867, por meio desse Decreto 3.900, o desenvolvimento do Instituto da Arbitragem no Brasil foi posto por terra; instituto esse que era sempre exigido. Outro dia, no Rio de Janeiro, vi no *Jornal do Commercio* – ele sempre traz notas de 50, 100, 150 anos atrás – uma notícia de 150 anos atrás em que um comerciante pedia que a Corte, ou melhor, que o Registro de Comércio voltasse a estabelecer regras sobre o juízo arbitral. Com o Decreto nº 3.900 a arbitragem não se desenvolveu. Ele foi grande embaraço para seu desenvolvimento. Não só a necessidade da homologação da decisão arbitral, mas, principalmente, a ineficácia da cláusula compromissória.

Quando a lei de arbitragem foi posta sob análise constitucional, o ministro Sepúlveda Pertence – com base no mesmo entendimento do pai de Joaquim Nabuco – alegou a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º e mais um artigo correlato da Lei de Arbitragem, pois ele entendia que fixar um dispositivo que estabelecesse a solução dos conflitos contratuais por arbitragem, antes do surgimento da controvérsia, violava o direito de ação. Felizmente, esse entendimento não prevaleceu e, pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal, o ministro Sepúlveda Pertence, em grandes debates, ficou ao lado do ministro Moreira Alves e [ambos] foram vencidos.

Tivemos um atraso muito grande devido a esse decreto de 1867. Em 1930, aproximadamente, o Brasil ratificou e entrou em vigor o Protocolo de Genebra. É interessante como as coisas são feitas e caminham no Brasil. Esse Protocolo é de 1923, e Rodrigo de Melo Franco foi o delegado brasileiro que atuou na elaboração e

discussão do debate. Dez anos depois, ele foi para o Ministério das Relações Exteriores e, uma vez ali, indagou do Protocolo de Genebra, que tanto trabalho tinha lhe dado uma década antes, e viu que estava engavetado. Como Melo Franco tinha trabalhado na minuta, no debate desse protocolo, puxou-o da gaveta, entregou-o a Clóvis Bevilacqua, que era seu consultor jurídico, e pediu uma opinião. Clóvis Bevilacqua, nesse momento, deu um avanço ainda tímido com relação à eficácia da cláusula compromissória ao dizer: “A cláusula compromissória obriga as partes, mas não obriga o juiz”. O Protocolo foi remetido ao Congresso Nacional, que o ratificou, e ele entrou em vigor no Sistema Jurídico. Passou a integrar o Sistema Jurídico Nacional. Foi esse protocolo que propiciou as duas primeiras decisões, os dois primeiros *leading cases* no STJ, no ano de 1991/1992, se não me falha a memória. Fiz uma análise. Até então tínhamos decisões judiciais extremamente esparsas e raras que validavam e conferiam eficácia à cláusula compromissória.

Existe um livro da década de 1930, de Mendes Pimentel, dedicado à defesa da plena eficácia da cláusula compromissória, dos moldes em que ela era formatada contratualmente. Obviamente ainda era um movimento bastante embrionário. Na década de 1980, começamos a perceber uma participação maior de professores escrevendo e, de certo modo, difundindo a arbitragem. O professor Guido Fernando Silva Soares escreveu sobre arbitragens internacionais. Depois, tivemos um texto de Mendes Pimentel, um livro escrito conjuntamente com Luiz Olavo Baptista e José Carlos de Magalhães, um artigo sobre a arbitragem. Ainda na década de 1980, tivemos três anteprojetos de lei para dispor sobre a arbitragem facultativa no Brasil. Os dois primeiros a participarem dessa comissão – Carlos Henrique Fróes participou de uma segunda comissão, inclusive –, que foi capitaneada por um desembargador, Severo da Costa, do Rio de Janeiro; ambos os anteprojetos também foram levados, solicitados pelo Ministério da Justiça, mas não vingaram, sequer foram encaminhados ao Congresso Nacional.

No final da década de 1990, tivemos um último anteprojeto elaborado a pedido do Ministro Paulo Brossard, mas diria que era muito ruim. Enquanto os dois anteriores dispunham através de uma lei específica, o último modificava o Código de Processo Civil e, de fato, não atendia, efetivamente, aos interesses daqueles que

militavam, os entusiastas da arbitragem no Brasil. O anteprojeto de 1990 sofreu intensa crítica e de tão ruim até hoje não se sabe quem é o “pai” – acho que ele nunca apareceu, nunca quis aparecer. Na época, lembro-me, Carlos Alberto Carmona já se manifestava, eu lhe mandei por telex várias observações com relação ao último anteprojeto. Digamos que talvez já tivéssemos alunos. Não conheci Guido Soares. Por força profissional, por um interesse muito particular, fui tratar da arbitragem. Selma Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona, como tinham sido alunos de Guido Soares, começaram a escrever sobre o tema.

Não posso me esquecer de um artigo extremamente interessante a favor da eficácia da cláusula compromissória, um texto extremamente denso e profundo do querido Celso Barbi Filho, morto em acidente de avião.

Começávamos a perceber um movimento ainda bastante pequeno, mas já um movimento, em prol da arbitragem. Escrevi um livro, e como já disse, o Carlos Alberto Carmona e outras pessoas já escreviam. O pernambucano Petrônio Muniz também se agradou da questão da arbitragem e, por meio do Instituto Liberal, fez uma pesquisa junto aos empresários para saber da utilização desta, como a percebiam no Poder Judiciário. Como todos disseram que viam com bons olhos esse meio alternativo de solução de conflitos, Petrônio Muniz e o Senador Marco Maciel convidaram um grupo de pessoas de São Paulo para uma reunião, e foi formada uma comissão, da qual tive o prazer de participar ao lado de Selma Ferreira Lemes e Carlos Alberto Carmona.

Essa Comissão elaborava minutas, levadas ao plenário para debate e onde compareciam várias pessoas e juristas. Foi uma luta intensa; como Petrônio Muniz diz, é uma lei de cidadania. Ela não é uma simples lei, ela muda a cultura, abre uma porta de acesso à Justiça. Na época da elaboração do anteprojeto, que se tornou projeto, tínhamos muito claro na nossa cabeça que não poderíamos sair inovando, criando, ser muito de vanguarda com relação ao instituto, porque queríamos um projeto que tramitasse de uma forma natural no Congresso Nacional. Queríamos um projeto apartidário, um projeto o mais simples possível.

Hoje vemos certos institutos lançados na Lei nº 9.307 que, confesso, não manteríamos. Está lá o compromisso, a figura do

compromisso foi mantida – lembro-me muito bem dessa discussão –, porque houve um receio de que o único ponto de contato do advogado, do jurista, do professor, com a arbitragem, fosse o compromisso, porque as leis falavam de compromisso. Então, deixou-se o compromisso da Lei, mas com um papel totalmente secundário. A primeira coisa que se quis fortalecer foi a cláusula compromissória.

Diria que hoje a Lei de Arbitragem cria uma blindagem jurídica com relação à eficácia jurídica da cláusula compromissória. Nos contratos de adesão, por exemplo, a cláusula compromissória é eficaz – desculpem, ela é válida e ela é eficaz contra a parte forte. A sua eficácia fica suspensa quanto ao aderente, mas ela, inclusive, é válida; ela não é inválida ou inexistente. Então, a blindagem jurídica foi de tal monta, exatamente para suplantar a barreira posta desde 1867 e, também, para suplantar a cultura de que aquela cláusula de nada valia. Era um *caput mortuum*.

Foi uma briga muito grande. O senador Marco Maciel virou vice-presidente e, como tal, ajudou muito no trâmite dessa lei no Congresso Nacional. No Congresso Nacional, no Senado, ela demorou três meses para ser aprovada, passar por todas as comissões – demorou mais na Câmara dos Deputados, pelo fato de termos passado por uma CPI, a dos “Anões do Orçamento”. Tivemos o *impeachment* do presidente Fernando Collor, mudanças de mandatos e de representantes, o que acabou por atrasar um pouco a tramitação do projeto, até que ele chegou à última comissão, cujo relator, graças a Deus, era o Régis de Oliveira, que tinha sido desembargador de São Paulo, constitucionalista.

No último minuto para ser aprovada, um deputado do PT e um do PC do B propuseram doze emendas na Lei de Arbitragem. Elas não eram necessárias, mas várias delas conseguiam, por incrível que pareça, retroceder a arbitragem a anos anteriores a que se encontrava quando o projeto foi encaminhado para o Congresso Nacional. Entre essas emendas, uma suprimia a questão da revogação do artigo do Código do Consumidor, aquele que diz que anula a cláusula que estabelece, que determina compulsoriamente a utilização da arbitragem, a utilização compulsória da arbitragem. Então, em uma saída política, conseguiu-se rejeitar 11 emendas e apenas manter essa que suprimiu a revogação existente do Código do Consumidor, mas que, de fato, não afetava a sistemática da

Lei de Arbitragem. A Lei foi publicada e, ainda em seu interregno, aguardando o prazo de sessenta dias para entrar em vigor, a *vacatio legis*, o Supremo, em um incidente peculiar, já que tinha um pedido de homologação de uma sentença arbitral estrangeira e que a lei ia entrar em vigor ou não, não se sabe se em um mês, dois meses, decidiu por examinar logo sua constitucionalidade.

Desde o início, quer dizer, desde o passado, a arbitragem gera muita desconfiança.

No momento em que a Lei da Arbitragem é publicada, já é hostilizada. Achei ótimo, porque esse dado da constitucionalidade foi logo decidido, de primeira. Se não fosse assim, guardaríamos uma dúvida. Um juiz – porque temos um controle difuso – diria que é inconstitucional, outro, que é constitucional, e até chegar ao Supremo demoraria muito tempo. Na época o ministro que estava com o caso, o Ministro Relator, era o Sepúlveda Pertence. A comunidade ficou muito espantada com o voto por ele proferido – o segundo ministro, o mais moço, que deveria analisar, era o ministro Nelson Jobim, que, na qualidade de ministro da Justiça, tinha assinado a lei – todos reclamaram. Disseram: “Ele demorou muito para julgar, para apreciar a questão”. Eu vejo de outra forma. Penso que ele utilizou o tempo que tinha e um tempo para, digamos, acalmar um pouco a verve daqueles que se postavam contra a arbitragem. O movimento era grande e, nomeadamente, da Associação de Juízes.

Finalmente, a lei foi julgada em um debate de sete a quatro, o meu próprio presidente também votou, foi julgada constitucional. Hoje, os ministros que julgaram, que entendiam pela sua inconstitucionalidade, estão aí, participando de arbitragem, como árbitro, como parecerista, como advogado. O início foi difícil, mas a luta continuou. Essa luta, acho, deve-se muito à defesa e ao entrincheiramento, ao Petrônio Muniz, ao Marco Maciel [...], e a luta continuou, como mencionei, na aprovação do Código Civil de 2002.

Por muito pouco, mas muito pouco mesmo, não teríamos um dispositivo do Código Civil que poria por terra a eficácia da cláusula compromissória – mas conseguimos avançar porque, na realidade, mesmo enquanto se discutia a constitucionalidade da lei, a população, a sociedade, já tinha encampado a ideia da arbitragem. Posso dizer graças às conferências que tivemos, cursos

realizados, livros editados, publicação de artigos, por causa da atuação dos brasileiros como árbitros nacionais e internacionais. Então, houve um grande avanço.

Depois obtivemos a aprovação da Convenção de Nova York, medidas provisórias vindas do Poder Executivo, incluindo a arbitragem, inclusive, a arbitragem obrigatória. Não acho que seja inconstitucional, é uma visão muito particular [...]. Em 2006, por exemplo, na Corte Internacional de Arbitragem (CCI), o Brasil foi o quarto país em número de arbitragens, como partes em arbitragens, isso na CCI. Passamos o México e ficamos atrás, não sei, da Suíça, dos Estados Unidos, da Inglaterra e da Alemanha.

Isso demonstra muita evolução do instituto, no Brasil. O Poder Judiciário, no meu modo de ver, tem sido bastante cooperativo com a arbitragem. Fiz um exame de cinco anos da lei e fiquei muito impressionado com as decisões que tínhamos, e, hoje, cada vez mais, o Judiciário vem reforçando sua boa visão e sua boa intenção com relação ao instituto da arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça e os seus ministros já têm se manifestado claramente a favor da arbitragem, e não são poucos, é a grande maioria dos ministros. O avanço foi grande.

O que é que temos pela frente? Sob um ângulo estritamente jurídico, com relação ao instituto, temos que evoluir um pouco mais no debate sobre extensão da cláusula compromissória a terceiros. Temos que evoluir sobre a conexão de arbitragens, as consolidações e temos que melhorar, agora sim, os regulamentos das câmaras de arbitragem. Precisamos aperfeiçoar muito o debate sobre a independência de árbitro, uma coisa extremamente sensível na arbitragem, pois ela se pauta na confiança. Então, a independência do árbitro ainda é vista, por muito profissionais, de uma forma particularizada. Parece-me que vamos enfrentar problemas, na Justiça, com relação à anulação de decisões por falta de independência, de revelação dos árbitros. Nesse sentido, devemos nos aprimorar.

Temos que aprimorar, também, a atuação dos árbitros, porque, no primeiro momento, criticava-se e se dizia que eles formavam um clube que, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), aquilo seria condenado. Sempre se procurou abrir, percebe-se que o profissional, muitas vezes, é extremamente qualificado,

mas não tem perfil para ser árbitro, não tem a disponibilidade para ser árbitro; então, hoje, há uma tendência de fechar um pouco mais. São fatores que precisamos evoluir. E temos que evoluir, também, em relação à participação do advogado. Acho que a participação deste na arbitragem se tornará mais harmônica com o instituto quando os juristas estiverem saindo das faculdades de direito, onde têm como disciplina negociação, mediação e arbitragem.

Não podemos transpor para a arbitragem o processo civil. Mediação é um sistema, é um equivalente jurisdicional, como dizia Francesco Carnelutti, mas é distinto de arbitragem; e a arbitragem é distinta, obviamente, de renegociação; e a arbitragem é distinta de contencioso judicial. Mas não é apenas distinta, é muito distinta. As dificuldades que enfrentamos hoje, seja como advogado, seja como árbitro, é quando os advogados acostumados ao contencioso vão para arbitragem com aquela cabeça de litígio, de contencioso. É impensável, no Poder Judiciário, a parte pedir, indicar como testemunho, seu representante legal. Na arbitragem isso é mais do que possível, é plenamente viável. O máximo que nós, arbitraristas, devemos pegar do processo civil são os conceitos, alguns princípios.

Lembro-me das primeiras arbitragens que fizemos; estava em um painel de árbitros e chegou um advogado com sua tropa, todos eles com o Código de Processo Civil. A primeira coisa que sempre fazemos é dizer: “Por favor, o Código de Processo Civil lá na outra sala; aqui não existe Código de Processo Civil, aqui tragam apenas o regulamento da Câmara. De resto, vamos conversar. Será tudo de acordo com a vontade das partes. A única coisa que não vamos violar é contraditório, ampla defesa, essas coisas”.

Existe uma distinção muito grande. Até hoje, o processualista, o advogado de contencioso, não se acostumou com a ausência de recursos; porque temos recursos horizontais e verticais no Poder Judiciário. É como um desembargador comentou: “O problema não é de acesso à Justiça, o problema é sair da Justiça. Porque entrar todo mundo entra, agora sair ninguém sai. O acesso é fácil”. O advogado ainda não se acostumou a não ter recurso e quer recorrer, quer plantar vícios de nulidade para, depois, poder ir ao Poder Judiciário de forma frívola, ou não.

Hoje, a grande maioria das ações anulatórias é por hipóteses que não existem na Lei, por mera frivolidade. Penso que o futuro da

arbitragem está aí, é um nicho que se abre – o Direito é uma coisa muito interessante, muito abrangente.

Meu pai não teve direito tributário na faculdade; eu já tive um direito tributário de certo modo embrionário, à vista do que temos hoje; atualmente há especialista em ICMS, especialista em ISS, especialista em IPI, especialista em imposto de renda de pessoa jurídica ou em imposto de renda de pessoa física, especialista em consumidor, que faz só consumidor. As coisas vão se amplificando. Hoje temos Direito da Defesa Econômica, coisa que não havia antes; temos a arbitragem, Direito do Consumidor. A arbitragem não substituirá o Poder Judiciário. A primeira é uma porta disponível para aquele que deseja dela usufruir, e usufruirá com os ônus e bônus, porque não tem recurso; ela é mais célere, especializada, mas a decisão do árbitro transita em julgado e transita, como diria Frederico Marques, soberanamente em julgado em noventa dias, o prazo decadencial para sua anulação. Ao se perguntar se existe possibilidade rescisória, cria-se um debate incrível, e a grande maioria diz que não tem possibilidade de ação rescisória.

Penso que apresentei uma ponderação muito longa [...], repasso a palavra ao meu amigo Clávio Valença.

CLÁVIO VALENÇA

Muito obrigado, Pedro, pela descrição do que foi enfrentado até agora.

Pedro não gostaria que a Lei de Arbitragem mencionasse o compromisso que entende velho e antiquado. Mas o Código Civil de 2002 estabelece um regime jurídico próprio para o compromisso, aparentemente mais liberal. Será que dessa forma o compromisso não pode ser usado como instrumento de vanguarda, na evolução da arbitrabilidade, a exemplo do que ocorre com a distinção entre arbitragem interna e internacional, em alguns ordenamentos. Não haveria aí uma utilidade para a distinção entre cláusula e compromisso?

EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES

Clávio Valença, você, como sempre, é ótimo, porque fez a pergunta e já deu a resposta. Já podemos guardar sua questão para os debates. Sem dúvida, no Código Civil, o tratamento dado ao

compromisso acaba sendo menos restritivo do que o próprio conceito de arbitrabilidade.

CLÁVIO VALENÇA

Confesso que vi algo em sua tese.

EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES

Pois é, não posso me desmentir!

CLÁVIO VALENÇA

O Pedro [Batista Martins] não concordará. O que você acha? Deixarei com vocês.

EDUARDO DAMIÃO GONÇALVES

A pergunta que o Clávio [Valença] nos colocou, para discutir com vocês hoje, é bastante, digamos, pretenciosa. Ou é pretensioso pedir que venhamos aqui dizer ou que eu venha aqui dizer para onde vai a arbitragem no Brasil. Obviamente, o Pedro [Batista Martins], como vocês viram, participou ativamente da leitura, da redação da Lei de Arbitragem.

Não participei, portanto minha experiência é bem mais recente [...]. Como o Clávio [Valença] bem lembrou no início, essa questão foi colocada pelo professor Philippe Fouchard, no final da década de 1980, em uma palestra proferida no Canadá. O título dessa palestra – que virou um artigo e será publicado em português brevemente – é “Para onde vai a arbitragem internacional”. Obviamente, Philippe Fouchard, que já na década de 1960 fez a sua tese sobre esse tema, podia dizer muitas coisas. O que gostaria de discutir, de debater aqui com vocês parte da mesma linha do que Pedro [Batista Martins] já colocou.

Para poder dizer para onde algo vai é preciso saber de onde veio e onde está, para que possamos começar a refletir – e, ainda assim, não ter a certeza absoluta – de um modo macro. Não entrarei nas questões pessoais, que podemos guardar para os debates. Partirei de um ponto de vista muito mais amplo.

Para onde vai a arbitragem, que teve aquele passado que o Pedro [Batista Martins] descreveu, que tem um presente positivo, interessante – se seu futuro já está garantido, onde esse futuro pode chegar? Acho que todas as ciências fazem um estudo do passado e do presente, para conseguir um entendimento. A genética, é óbvio, a história, e até a meteorologia e a economia, que são ciências mais imprevisíveis, também se valem disso.

O Pedro [Batista Martins] colocou perfeitamente “de onde veio” a arbitragem no Brasil. Ela veio de um regime que não permitia seu uso concreto. Havia no Código Civil, no Código de Processo Civil, uma série de textos tratando de arbitragem, todos como frutos de interpretações baseadas naquela velha interpretação do Clóvis Bevilacqua, que não dava à cláusula compromissória a sua eficácia.

Na verdade, a arbitragem no Brasil ficou durante décadas como letra morta. Falava da cláusula compromissória, dependia

do compromisso, e, se a parte não assinasse o compromisso, não havia nenhuma sanção, possível perdas e danos, por descumprimento de cláusula contratual – também não se tem notícia de que um dia tenha sido pedida, nem que algum juiz tenha dado. Existia um regime internacional, é importante lembrarmos, desde a década de 1930; na época, tínhamos no Brasil uma Convenção Internacional, o Protocolo de Genebra, de 1923, o estado da arte na matéria. Era sobre a cláusula compromissória, o direito internacional, o direito convencional, regendo a arbitragem na maior parte dos países, até que em 1958 fosse elaborada a Convenção de Nova York, que substituiu o Protocolo de Genebra. Era uma Convenção com dispositivos aplicáveis – não era um regime jurídico inaplicável, mas ela ficou dormente até ser resgatada nesse precedente que o Pedro [Batista Martins] citou, em 1990, às vésperas da mudança de todo esse marco regulatório, ocorrido na década de 1990, e da qual ele foi um protagonista essencial. Esse é um fato do nosso passado, é do nosso presente e continuará, no nosso futuro, e é dessa convenção que precisamos nos desvencilhar. Ela foi sempre causa da resistência à arbitragem no Brasil, nossa tradição formalista luso-italiana. Vínhamos daquele formalismo da burocracia ibérica, que herdamos e faz parte do nosso cotidiano e, somado a isso, havia uma forte tradição processualista da escola italiana, que permanece muito forte entre nós [...]. Como disse, é o passado, é o presente e é nosso futuro. E precisamos saber como lidar com ele.

Mas como está a arbitragem hoje? Hoje, obviamente, temos um marco jurídico e um marco regulatório da arbitragem, o que é muito bom. Podemos ter uma ou outra crítica: “Ah, a lei não deveria ter feito isso”.

Com o tempo, compreendemos o que temos hoje; temos uma lei – poderia ser melhor? Sempre poderia ser melhor, mas acho que ela cumpre e vem cumprindo muito bem seu papel, principalmente porque temos um Judiciário que se esforçou e se esforça em compreender a lei. Ainda não compreendeu totalmente, queria deixar isso bem claro. Acho que o Judiciário ainda hesita em certas coisas; quando dá decisões positivas, adota posições um pouco conservadoras, mas está indo por um bom caminho. Não adianta achar que é possível fazer cinquenta anos em cinco, por-

que as coisas demandam um certo tempo para sua evolução. Mas estamos indo por um excelente caminho. Do ponto de vista internacional, temos, hoje, finalmente, apenas há sete anos, a Convenção de Nova York ratificada, em vigor entre nós. É um selo de qualidade um país dizer que fará arbitragem internacional; aquele que não ratificou a Convenção de Nova York é melhor nem ter a pretensão de ocupar um papel decisivo e de destaque na arbitragem internacional.

Com relação à arbitragem, temos advogados em formação – me formei um pouquinho depois do Pedro [Batista Martins], mas não tive arbitragem na faculdade; assisti a uma aula em que alguém falou de arbitragem. Isso tudo é muito recente, mas acho que nós todos tivemos informação. Agora, aprendi muito processo civil, quatro anos de processo civil; a maioria vem dessa formação.

Outra situação que se nos apresenta hoje, quando se fala muito bem da arbitragem, é que temos muitos empresários extremamente ansiosos, ansiedade a qual se nota em algumas cláusulas compromissórias que chegam: a sentença será proferida em vinte dias da data em que o árbitro aceitar a sua missão – obviamente esses empresários são auxiliados por advogados que, talvez, não tenham um conhecimento muito profundo de arbitragem.

“Espere um pouco, então está bem!” “Vamos rasgar o contraditório, vamos rasgar tudo.” “O que é que você acha?” “Você acha que está bom?” “Agora posso decidir, redigir e entregar em 15 dias.” Essa ansiedade, claramente fruto do que o Pedro [Batista Martins] observou – “Pague para entrar e reze para sair” –; o mote do nosso Judiciário é um pouco problemático.

Com base nesse histórico, um histórico negativo de décadas, um presente muito bom pelo passado que tínhamos, mas com algumas questões ainda em aberto. Qual é o caminho? Qual é o futuro? O que nos espera? O que se espera da arbitragem no Brasil? Vou convidá-los a seguir por dois caminhos. Um, na linha do que Philippe Fouchard fez naquele artigo em que ele mostrava uma avenida larga de desenvolvimento da arbitragem, mas com obstáculos e buracos. O meu é um caminho diferente. Gosto muito de cinema e pensei em duas referências cinematográficas, talvez muito antigas, para que a maioria aqui se lembre delas. Uma, nem tão antiga, é o filme *Melinda e Melinda*, de Woody Allen; em determinado trecho, vemos

um comediante e um dramaturgo discutindo sobre uma história. Um comenta: “Isso vai ser uma tragédia” e vemos a história em forma de tragédia. Aí, vemos os mesmos fatos tratados de um modo cômico. Tudo isso para mostrar que, às vezes, as questões estão muito próximas, de um lado e do outro lado.

Mas o filme que realmente gosto, esse é muito antigo, estrelado por James Stewart e dirigido por Frank Capra, é *A felicidade não se compra*. O personagem vive em uma cidadezinha pacata e tem grandes pretensões de ir para o exterior – essa história é baseada na de Ebenezer Scrooge – no Natal e ele mostra o que seria a cidade se ele não tivesse existido – ele está para se suicidar. E aí mostram depois as mesmas coisas – como a interferência dele melhorou e fez com que aquela cidade pudesse evoluir bem. O que pretendo é levá-los a esse mundo sombrio. Um mundo sombrio, que seria o primeiro tratamento que queria dar a vocês em relação ao tema, que se intitula “O fim da arbitragem no Brasil”. Queria – outra vez, é um exercício, não é o que acredito – que vocês enxergassem como alguns retrovisores de carros americanos em que está indicado “Cuidado, os objetos no espelho estão mais próximos do que eles aparecem”. O ponto inicial nessa nossa trajetória, o primeiro passo: os tribunais começam a interpretar a Lei de Arbitragem de modo estritamente restritivo. Um exemplo: eles começam a interpretar o princípio da competência, dizendo que é competência do árbitro definir essa questão, mas eles o fazem em 15, 16 páginas, analisando detidamente toda a cláusula compromissória, para dizer “Não, não é válida, essa cláusula” ou “É válida”, então, remeto o caso para o Judiciário. Esse é o primeiro objeto que não está tão longe. Algumas decisões excelentes de nossos tribunais que, no entanto, se você for entender o que é o princípio da competência-competência, que é o princípio da prioridade cronológica de deixar ao árbitro.

Ao receber um caso com uma cláusula arbitral, salvo se fosse nos termos da Convenção de Nova York, inoperante, ineficaz, inválida, de acordo com a interpretação dos franceses, se fosse uma cláusula manifestamente nula, inoperante, ineficaz, o tribunal poderia decidir ali. Senão, ele deveria extinguir o processo sem julgamento do mérito e deixar que o árbitro, ainda que esteja a analisar, volte a questão para o Judiciário. Há algumas questões

nesse sentido, mas não são tão graves; de modo geral, a coisa vai andando bem. Uma delas é começar a ver uma interpretação equivocada também da Lei de Arbitragem brasileira com relação à exigência do compromisso. É voltar a se entender que o compromisso é válido, e isso, obviamente, acabaria com a nossa Lei de Arbitragem.

Esse espelho, um pouco quebrado, infelizmente, estivemos próximo dele, num caso de decisão ainda pendente no Paraná, Inepar e Itiquira. Os senhores devem conhecer, é uma arbitragem iniciada pela Inepar, que foi até o final; houve um pedido reconvenicional da Itiquira, que ela venceu. O pedido inicial da Inepar foi indeferido. A Inepar, portanto, não só deu início à arbitragem como participou dela integralmente, tentou uma ação de nulidade, que ainda está em curso e, no momento da execução, ela conseguiu barrar a execução, através de embargos da execução, se não me engano – ou foi exceção de pré-executividade, não me lembro.

Na verdade, o Judiciário do Paraná entende que a arbitragem não poderia realmente ter seguido. Em voto de dois a um, o Tribunal de Justiça do Paraná entendeu que não houve compromisso e, como não houve compromisso, a arbitragem não poderia prosseguir, não seria válida. E diz que o que teria faltado no compromisso são alguns pontos, efetivamente ridículos. Começa a haver a anulação por motivos de inconstitucionalidade. Outro ponto que faria parte desse caminho sombrio da arbitragem seria começarmos a ver questões de inconstitucionalidade, de princípios fundamentais de ordem pública sendo citados a rodo e os tribunais, o Judiciário começando a interferir no mérito das questões por causa de princípios constitucionais ou de princípios, aí sim, de ordens um pouco vagas. Outro ponto: haverá uma segunda parte de esperança.

Seria o crescimento de um sentimento nacionalista? Um crescimento de sentimento nacionalista que comece a barrar a arbitragem, envolvendo o Estado? A proximidade desse objeto não está aqui dentro, mas nos rodeia. Ela está presente na Argentina, que obviamente sofreu com a crise de 2001 e é alvo de 40, 42 processos de arbitragem internacional de investimento; é o caso da Venezuela, da Bolívia, do Equador. Portanto, estamos rodeados desses maus exemplos.

Outro ponto, ainda dentro desse cenário negro, seria o incidente de constitucionalidade decidido em 2001, no caso da sentença estrangeira 5.206, que estabeleceu a constitucionalidade no Brasil. Infelizmente, não estudamos em detalhes nosso regime de controle de constitucionalidade, mas, salvo enganos, não houve ali uma decisão do Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes*. Aquela foi uma decisão proferida em um caso concreto, o que poderia deixar em aberto para que daqui a 15 anos, em uma nova formação ou em menos tempo do Supremo, outro caso solicitar constitucionalidade, o Supremo teria que conhecer e poderia ter uma outra visão.

Para nós advogados, que temos essa veia, como já mencionei, ibero-italiana, outra coisa que pode acontecer é: diante de uma questão não bem resolvida na arbitragem, tentarmos burlar o sistema da falta de recursos de apelação, com todo o tipo de manobra no Judiciário, para tentar reverter esse tipo de decisão.

Outra coisa seriam juízes ignorando a Convenção de Nova York e começando, no momento de reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras no Brasil, a extrapolar aquilo que está no art. 5º da Convenção de Nova York, que são as causas de recusa de reconhecimento de homologação de sentença arbitral estrangeira. Outro caminho muito ruim seria aquele em que as instituições de arbitragem no Brasil não se modernizassem, não continuassem investindo e, principalmente, o que seria muito ruim, se continuasse aparecendo uma instituição de arbitragem em cada esquina.

Outro pilar importante para arbitragem, que poderia nos levar para o caminho das sombras, seria o de árbitros despreparados. Vários deles têm entrado na arbitragem. Às vezes são excelentes juristas, mas não conhecem absolutamente nada da arbitragem, são pressionados por advogados e começam a tratar a arbitragem pior do que o Judiciário a trata, fazendo que o procedimento fique complexo, inseguro, indeciso. Por isso vemos uma demora de quatro ou cinco anos sem que um caso chegue a uma boa conclusão.

Outro cenário nefasto seria a criação, por lei ou por decreto, de mecanismos esdrúxulos: credenciamento de instituições de arbitragem – imaginem esse absurdo; criação da profissão de árbitro, outro absurdo. Esses objetos não estiveram muito longe de nós, em um passado muito recente, recentíssimo.

A essa altura, o James Stewart estaria pulando da ponte. O currículo do Pedro [Batista Martins] já estaria circulando por aí, ele é um bom advogado corporativo, e todos vocês se levantariam e deixariam de assistir o restante do seminário.

Não é esse o cenário que nos espera. O cenário descrito até agora é importante para se refletir para onde vai a arbitragem no Brasil, porque a responsabilidade para que ele não siga por esse caminho está aqui, nesta sala, entre nós, quando falamos no Brasil, quando falamos no exterior. Em cada ato nosso, como advogados, e de nossos escritórios; como árbitros em casos em que formos árbitros, como palestrantes, professores, alunos, devemos ter uma mente aberta, compreender, saber do caráter delicado e como demora a se construir um bom exemplo. É preciso seriedade, disciplina, muito trabalho. Seja isso e cada detalhe da vida pessoal, seja principalmente em matéria na qual o Brasil tenha um passado, que é um passado perigoso, porque esses vícios que estão aqui, que descrevi para vocês, e que obviamente os exagerei, podem estar presentes.

Mas quais são os rumos nessa encruzilhada? Os verdadeiros rumos, o futuro realmente destinado para a arbitragem no Brasil? São as instituições de arbitragem, no Brasil. Elas vêm se modernizando – algumas continuarão existindo, outras crescendo –, estamos assistindo o que vem acontecendo, o fortalecimento de algumas poucas instituições de arbitragem. Quem sabe, no futuro, possamos observar o mesmo que aconteceu na Suíça, que foi muito positivo: a unificação de câmaras de arbitragem. Na verdade, não foi uma unificação, na Suíça – eles unificaram o regulamento de arbitragem. Ao arbitrar com a Câmara de Comércio de Genebra, de Zurique ou de Lugano, tem-se o mesmo regulamento de arbitragem, o regulamento suíço de arbitragem. E as instituições já administram tudo isso de modo coerente.

As grandes instituições têm feito trabalhos excelentes, brilhantes. A Câmara FGV, a Câmara da CIESP, o Centro de Arbitragem da Câmara Brasil-Canadá, a CAMARB, para citar alguns exemplos. Há outras instituições que têm crescido, têm tido bastante trabalho e estão passando por processos de revisão de seus regulamentos. Essa revisão busca dotar essas arbitragens de um regulamento que trate dessas questões, algumas das quais o Pedro [Batista Martins] mencionou.

Obviamente que a extensão da cláusula compromissória não é algo que deva estar no regulamento, mas a consolidação, arbitragens paralelas, é um ponto o qual os regulamentos podem, sim, avançar. Essas são questões muito discutidas no exterior. Aqui, foram enfrentadas de modo incipiente, mas acho que temos todas as ferramentas para fazer.

A consolidação das instituições de arbitragem deve acontecer junto com o crescimento das arbitragens no Brasil. A Lei de Arbitragem brasileira não deve ser modificada. Há mais de 15 projetos de lei no Congresso Nacional, mas há uma força muito grande, que não é visível, sendo feita – legítima, é bom que se diga – para que os relatores desse projeto de lei compreendam que ela é uma lei ainda nova para os padrões nacionais e que vem sendo bem interpretada pelo Judiciário, na sua grande maioria. Portanto, não adianta querer – é como dizia, tínhamos uma convenção antes do Protocolo de Genebra de 1932 que era perfeita, mas não era usada. O importante é que a Lei de Arbitragem, com as suas imperfeições, tem dado bons frutos, tem crescido e tem prosperado e tem sido, por sorte, graças ao trabalho dos advogados, bem interpretada.

O Judiciário brasileiro tem e deve continuar aprofundando sua interpretação em relação às arbitragens internacionais. Falo aqui em arbitragem internacional, no primeiro momento, sob o ponto de vista do STJ, no reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Na semana passada, foi noticiado outro caso de retorno de homologação. Há realmente ali – não é o pleno, como se chama, no órgão especial do STJ, que recebe as questões de reconhecimento e execução – uma inteligência formada pela compreensão da importância da arbitragem e da compreensão, inclusive, do desenvolvimento da arbitragem no Brasil. E as decisões são constantes. Elas têm sido bem tomadas, mas fundamentá-las de modo positivo na Convenção de Nova York nos ajudará, porque lá fora – o ponto sombrio que descrevi a vocês – há olhos do exterior, muitas vezes, querendo que o Brasil tropece em uma dessas questões. Porque a arbitragem é um grande mercado e nós, advogados brasileiros, árbitros brasileiros, estamos ocupando de modo muito correto esse espaço. Mas precisamos aprofundar isso. Precisamos sair um pouco da casca, achar que nos bastamos para enxergar

realmente o que é arbitragem internacional e trazer essa experiência internacional, sem preconceito, para o Brasil. Precisamos nos liberar e, às vezes, isso não tem acontecido no Brasil. No ano que vem, haverá um grande congresso de arbitragem, o maior congresso de arbitragem que já se fez – será no Rio de Janeiro em maio de 2010. Um dos temas será a questão de constitucionalidade. Já falei para os organizadores: “Vocês querem fazer um sistema latino-americano, ótimo; no Brasil, esse sistema de constitucionalidade não enche um painel, porque viramos essa página, superamos essa questão”. Devemos ter muito cuidado para não nos contaminar com esses exemplos que expus a vocês.

Outro fato importante é que temos árbitros preparados. Temos no Brasil pessoas reconhecidas como árbitros internacionais. O Pedro [Batista Martins] tem feito diversas arbitragens internacionais. Acho que Pedro [Batista Martins], José Emílio e Luiz Fernando Teixeira Pinto já são reconhecidos como tal. Mas serão ainda mais reconhecidos quando mais pessoas pensarem nesses nomes no Brasil.

Existe, sim, um direito arbitral internacional, algo que se desprende dos direitos estatais – esse é um tema para provocar o Clávio [Valença] – e tem algo comum, que une os operadores do comércio internacional e diz que vão procurar o tratamento para arbitragem. Em decorrência disso, o Brasil e nossas instituições, e até instituições do exterior, passarão a sediar arbitragens que não envolvam partes brasileiras. Quando isso começar, será a comprovação da nossa capacidade e, principalmente, a comprovação da capacidade do nosso Judiciário. Porque isso envolve discussão. Não adianta, a sentença anulada tem ou não tem validade no exterior. O fato é que na maior parte dos países procura-se uma sede, o [indivíduo] quer vir para o Brasil e não quer que o Judiciário aplique medidas de intervenção na arbitragem. Não se deixe que o Judiciário, depois, anule a sentença por motivos fúteis. Portanto, o reconhecimento do Brasil como sede de arbitragem é algo que vai nesse sentido. Obviamente, para que isso aconteça, é necessária uma compreensão da flexibilidade do procedimento arbitral. Que possamos nos desamarraçar do Código de Processo Civil, como no exemplo que o Pedro [Batista Martins] deu. Nas aulas que dou na DIREITO GV sempre digo: “Se, ao final, nada for lembrado,

vamos lembrar que arbitragem tem dois fundamentos, o contratual e o jurisdicional”.

Precisamos nos lembrar do caráter contratual da arbitragem a todo momento. As partes não são obrigadas a ir para arbitragem. Elas vão porque querem, porque têm questões sujeitas a irem para arbitragem. Então, a flexibilidade, a boa condução, tratada entre advogados e árbitros de bom nível, é algo que deve imperar e nos conduzirá a esse futuro brilhante, que é o futuro que vejo para arbitragem no Brasil. Nesse futuro, instituições como a Fundação Getúlio Vargas terão um papel importante a desempenhar. E aqui já não falo mais da Câmara FGV [de Conciliação e Arbitragem], falo da DIREITO GV, que tem desempenhado um papel diferenciado, tem uma proposta diferente na formação. Não basta pegar uma lista de casos, a jurisprudência, e ler, decorar, para ter as ferramentas para interpretar, para ajudar a superar esses obstáculos. Esse é o caminho errado.

Aproveito para deixar uma palavra de reconhecimento para uma instituição criada oito anos atrás por vinte pessoas e que hoje reúne duzentas, trezentas pessoas, e é vista com muito respeito e tem feito um grande trabalho para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil: é o Comitê Brasileiro de Arbitragem, não na figura de uma ou outra pessoa, mas na de todo o grupo, das pessoas que já se destacavam em arbitragem e vêm contribuindo de modo decisivo com sua participação, com o Congresso e com a juventude que há na arbitragem no Brasil. Penso que isso nos destina a um rumo muito importante e muito interessante. Inclusive, quem sabe, indo para caminhos de arbitragem envolvendo investimento, que é uma questão em aberto.

Minha mensagem, portanto, é positiva e de muita credibilidade, muita crença no futuro da arbitragem. Só peço que lembrem, tenham pesadelos, como eu tive, com um mundo sombrio, para que nunca nos esqueçamos dele, trabalhemos continuamente e nunca achemos que a arbitragem já chegou ao patamar mais elevado no Brasil, porque ela nunca chegou e, espero, nunca achemos que ela chegou.

É isso. Desculpem se avancei um pouco no tempo. Obrigado, Cláudio [Valença].

CLÁVIO VALENÇA

Estou ao mesmo tempo maravilhado e decepcionado. Maravilhado com a complementaridade entre as exposições. Decepcionado por não semear a discórdia entre os palestrantes. Não são polemistas.

DEBATE

CLÁVIO VALENÇA

Antes de abrir para perguntas, passo a palavra ao Dr. Luiz Fernando Teixeira Pinto.

LUIZ FERNANDO TEIXEIRA PINTO

A minha experiência foi muito interessante, porque participava da Corte de Arbitragem no momento em que se discutia a constitucionalidade da lei. Eu era cobrado a todo o momento pelos integrantes da Corte, que diziam: “Se vocês têm uma lei tão interessante, tão nova, por que estão criando dificuldades em sua implementação?”. Respondia, quase envergonhado: “Somos subdesenvolvidos, às vezes aparece alguma coisa para atrapalhar nosso rumo”. Mas tinha certeza absoluta de que a questão seria resolvida no Supremo, como de fato foi, e me lembro bem da primeira reunião da qual participei – acho que essa foi uma das últimas, após a definição da constitucionalidade da lei. Várias pessoas me parabenizaram, como se tivesse, de alguma forma, influenciado a decisão tomada em Brasília.

Mas acho que não tenho muito mais a adicionar às ideias que foram colocadas aqui. Uma delas levantada rapidamente pelo Eduardo [Damião Gonçalves], a questão de mudança da lei. A lei é uma lei nova, é uma lei ainda em evolução em seus conceitos, na sua técnica. É uma lei que, a meu ver, não deve e não pode, no momento, ter alterações significativas. Meu medo é que se por acaso um membro do nosso Congresso Nacional resolva apresentar um projeto de lei em que determinada questão, que hoje existe na lei, venha a ser mais bem esclarecida, isso certamente levará outros a apresentarem emendas e nós, possivelmente, chegaremos a ter uma colcha de retalhos. Dado o volume tão grande, a coisa pode se tornar uma bola de neve, a tal ponto que não se consiga evitar a deturpação dos principais conceitos, da principal filosofia que nossa lei tem.

Ela é uma lei boa. Tem imperfeições, nós as constatamos, mas deve permanecer, a meu entender, ainda em vigor durante algum tempo, antes que se queira alterá-la. Penso que foi mais ou menos isso que o Eduardo [Damião Gonçalves] quis dizer e tenho certeza

de que o Pedro [Batista Martins] concorda comigo, porque ele conhece essas pequenas imperfeições que existem na lei e também acha que, em um futuro próximo, devem ser rejeitadas, rechaçadas, evitadas a qualquer custo.

CLÁVIO VALENÇA

É verdade que o texto aprovado pode estar bem longe do texto proposto.

PEDRO BATISTA MARTINS

As pessoas desconhecem as várias tentativas feitas para inviabilizar a Lei de Arbitragem, não só durante seu curso no Congresso. Isso também ocorreu após a sua promulgação, a sua entrada em vigor. Para mim, esse é o grande risco hoje. Além do fato, como o Luiz Fernando [Teixeira Pinto] e o Eduardo [Damião Gonçalves] mencionaram, de todos estarmos evoluindo com os conceitos que estão impressos na Lei.

Uma ministra do STJ comentou: “Pedro, por favor, não mexam na Lei de Arbitragem, porque agora estamos começando a trabalhar com ela e a entendê-la, debatê-la. Não mexam na Lei de Arbitragem”. Os próprios membros do Poder Judiciário, a alta Corte, pedem para que não seja alterada. Vamos arraigar, enraizar, cristalizar um pouco mais os conceitos. Tínhamos uma Lei de Sociedade por Cotas maravilhosa, 18 artigos – ela foi toda mudada. Esse é o grande risco: alterar a lei.

Na época da elaboração do anteprojeto, o Bruno Magano esteve em uma das reuniões plenárias e sugeriu um artigo para tratar da arbitragem no campo trabalhista. Dissemos que não era o caso, porque o art. 1º já autorizava, e acrescentamos que, se fosse introduzido esse artigo, aquela lei apartidária, suprapartidária, daria um contorno de um debate incrível. Ela acabaria não tramitando. Na saída, tivemos membros, o José Genoíno – há uma carta em ofício dele, eu vi, contra a Lei – e outros dois deputados fizeram, a pedido de seus partidos, essas emendas. Depois, quando veio o Código Civil, os senhores desconhecem, eu participei, pois me ligaram: “Pedro, conseguimos mexer lá, no tal artigo do Código Civil”. Por isso tenho uma certa reação, sou refratário a esse negócio do Código Civil. “Conseguimos que ele mexa dessa forma. O

que é que você acha?” Eu disse: “Olha, não é o melhor, mas supri-me tudo”. [Responderam:] “Não, não dá. É assim. Está bom?”. “Está.” São coisas assim que estão acontecendo, e as pessoas desconhecem. Penso que o grande risco é tentar mexer na Lei. Ela tem uma série de imperfeições, não tenho dúvida, poderíamos aprimorá-la muito mais. Mas a jurisprudência vai fazer isso, a doutrina vem fazendo. Então acho que não é o momento, é um grave risco. Corremos um grave risco.

CLÁVIO VALENÇA

Perguntas, considerações, contribuições ao debate?

RONALDO

Senhores palestrantes, meus parabéns à Fundação Getúlio Vargas, da qual sou admirador, tanto a do Rio de Janeiro como a de São Paulo também, e onde já fiz vários cursos. Fez uma bela exposição. Não conhecia os detalhes apontados por ele. Gostaria de dar um depoimento porque eu, aos 70 anos de idade, resolvi constituir uma câmara. Foi muito bom, lancei a ideia e digo: “Bom, em noventa dias, monto alguma coisa. Já criei outras e vamos lá”. Fiquei um ano e meio discutindo e debatendo como fazer o regulamento e digo que esse negócio é mais complicado do que pensava. Foi bom não lançarmos rápido, houve debates, novos e antigos pensamentos, trocamos muitas ideias. Vi uma similitude entre a lei de 1830 – sou *oriundi* da área aduaneira –, que propiciou uma revolução no comércio exterior brasileiro e na privatização dos serviços na área aduaneira de comércio exterior, criando o operador portuário, que é uma figura nova, e determinando que o operador portuário, pela Lei n° 1.830 – n° 8.630, de 1993, deixasse que as partes se entendessem para regular as suas operações. Achei ótimo porque não havia a figura do operador portuário. Como você pode constituir uma negociação quando a outra parte ainda não foi constituída?

Na arbitragem também é mais ou menos assim, é uma lei enxuta. A norma diz: “Agora, vocês façam acontecer”. Toda a história que você contou é muito bonita, mas para a prática é muito difícil. Acompanhei as duas leis em aplicação e na Lei n° 8.630 nós interferimos, criamos o operador portuário. Em Santos, ele já

opera, já funciona. Criamos, em Santos, a estrutura do OGMO. Fiz parte do Conselho de Autoridade Portuária durante dez anos e dei minha colaboração para que isso começasse a existir.

E comecei uma nova briga, na Santos Arbitral, criada em Santos há um ano e meio mais ou menos, acompanhando, lutando com dificuldade. Entramos no Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), começamos a discutir. E vimos que existe um Plano Nacional de Desenvolvimento da Arbitragem, que foi concluído em 16 de fevereiro, e chegaram à conclusão de que não se deve mexer no que está sendo ditado pelo Plano. Vamos deixar que as coisas se assentem. Entretanto, foi recomendado, pelo Plano, que o ministro deveria baixar um ato normativo definindo as regras do jogo, mais ou menos ao estilo que estamos antevendo para o futuro, como na sua fala: “Olha o regulamento, mais ou menos similar, para que as coisas comecem a entrar nos eixos”. Isso é interessante, esse é o caminho, também vejo assim. Mas essa pedra inicial, em um ato normativo, não seria mexer na lei, mas sedimentar alguns conceitos que já estão arraigados.

Parabenizo a Fundação Getúlio Vargas; gostaria de estar presente mais vezes. Também participo da FIESP-CIESP aqui em São Paulo. Em Santos sou representante – e acho que posso contribuir. É uma demonstração de apoio. Obrigado.

CLÁVIO VALENÇA

Obrigado. Estamos próximos do limite do nosso tempo. Talvez fosse bom ouvirmos os outros.

[NOME INAUDÍVEL]

Sobre o Plano de Desenvolvimento da Arbitragem que o colega levantou. O Ministério da Justiça criou, há dois anos, um grupo de trabalho interministerial para disciplinar e regulamentar o funcionamento das instituições de arbitragem no Brasil. O CONIMA e até o Instituto Brasileiro de Direito Processual foram convidados como entidades da sociedade civil a participar dos debates. Foi feito um grande trabalho internamente. Quero deixar aqui uma pessoa que vocês conhecem muito, o Rafael Francisco Alves, que na época estava na Secretaria de Assuntos Legislativos e teve uma atuação fundamental. O resultado foi a ideia de criação de um plano – que

ainda não está criado – em sugestão ao ministro. O ministro ainda não deliberou sobre essa questão. O grupo de trabalho apenas levou as suas recomendações. Uma delas foi justamente não mexer na lei, não criar nenhum ato normativo e, simplesmente, educar e mostrar como a arbitragem deve se desenvolver no País. Esse recado é importante: hoje, no Ministério da Justiça, está afastada a ideia de reforma da lei ou de atos normativos.

CLÁVIO VALENÇA

Obrigado. É uma decisão sensata. Temos uma participação ali. Pediria que todos se identificassem e fossem objetivos, pois o tempo já esgotou.

JOSÉ ROJA ALONSO

Foi uma terrível coincidência. Não conheço o cavalheiro que provocou esclarecimentos do Eduardo [Damião Gonçalves] – os quais eu também queria –, que falou de males e de coisas positivas, dando preponderância, no entendimento dele e no meu também, às positivas, para o futuro da arbitragem. Mas ele não tinha se referido ao decreto de 9.11.2006 e a esse grupo interministerial, que é um tema importantíssimo, para o bem ou para o mal. Mas, com a provocação daquele senhor, ele deu algum esclarecimento, não completo, mas, pelo menos, atende minha curiosidade, já resolve. E eu atendi ao pedido de brevidade. Obrigado.

CLÁVIO VALENÇA

Muito obrigado. Agradeço aos membros da mesa e a todos os presentes. Obrigado.

ARBITRAGEM NO ÂMBITO DE ENERGIA E AVIAÇÃO: CONTEXTO, ATORES E ENTRAVES

SALEM HIKMAT NASSER

Bom dia. Meu nome é Salem Hikmat Nasser, sou professor de direito internacional da DIREITO GV e coordenador de seu Centro de Direito Global.

Apresentarei os palestrantes e, logo em seguida, passarei a palavra a eles. Nesta segunda mesa, vamos falar sobre arbitragem no âmbito de energia e aviação. No programa que receberam, vocês sentirão falta do nome de nosso terceiro palestrante – por um momento, tínhamos perdido a esperança de tê-lo aqui – e é um grande prazer receber Pablo Gay Ger. Além de suas qualidades pessoais e de ser meu amigo de longa data, ele é, hoje, diretor jurídico da Repsol. Ele vai nos falar, um pouco mais tarde, sobre arbitragem no âmbito da energia e do petróleo. Teremos o Dr. Fúlvio Luiz Delicato Filho, sócio da Delicato Serviços de Consultoria Aeronáutica e árbitro da Câmara FGV [de Conciliação e Arbitragem], que abordará a arbitragem no âmbito da aeronáutica. O Dr. Gilberto Giusti, advogado, sócio da Pinheiro Neto Advogados, vai encerrar com observações que “fecharão” as duas falas precedentes.

Controlarei o tempo porque precisamos reservar algum tempo para os inscritos fazerem a travessia daqui até a Escola de Administração FGV, na Rua Itapeva, para a videoconferência com o professor Emmanuel Gaillard.

Serei, portanto, um pouco controlador no tempo. Falarão, na ordem, o Dr. Fúlvio [Luiz Delicato Filho], o Dr. Pablo Gay Ger e, finalmente, o Dr. Gilberto Giusti.

FÚLVIO LUIZ DELICATO FILHO

Muito bom dia, ainda. Como primeiro esclarecimento, gostaria de dizer que talvez seja um dos poucos dentro desta sala que não é originariamente da área de Direito. A minha formação básica é Engenharia Aeronáutica e tenho algumas outras coisas. Entrei na área da arbitragem na virada de 2005 para 2006, relativamente recente, a convite do Dr. Julian [Alfonso Magalhães Chacel], para atender à necessidade típica da arbitragem, em que uma especialização mais profunda em determinada área era necessária. Havia um caso na Câmara FGV [de Conciliação e Arbitragem] em que se necessitava de um conhecimento específico e estava sendo muito difícil, dentro do Brasil, encontrar esse conhecimento. Fiquei muito contente de poder ajudar e, desde então, sou um dos colaboradores da Câmara FGV [de Conciliação e Arbitragem].

Falando da área de que entendo um pouquinho, a aviação, as atividades econômicas relacionadas ao ramo da aviação encerram características peculiares, próprias da sua natureza, que precisam ser explicitadas quando se fala do recurso da arbitragem. Em primeiro lugar, temos que dividir essa atividade em três grandes vertentes. A primeira delas é aquela mais conhecida por todos: a indústria, a fabricação e comercialização dos produtos. A segunda delas, também bastante conhecida do público em geral, é a utilização desses produtos para o transporte de pessoas e cargas. Mas há uma terceira vertente dentro da aviação, que é a dos serviços que suportam ambas as atividades. É na última vertente que existe a maior parte dos grandes contratos e conflitos. Vamos falar um pouquinho de cada uma delas aqui, trazendo, sempre, nossas experiências em relação à arbitragem.

Na relação de fabricação e comercialização de produtos novos, uma característica mais acentuada de fabricação sob encomenda é apresentada nesse setor, mais do que em relação a outros setores que possamos citar, como, por exemplo, o comércio. Essa característica se torna mais importante quando se trata de contratos governamentais de desenvolvimento de equipamentos específicos. Em outras palavras, quando um governo, uma estatal ou algo do tipo contrata determinado desenvolvimento.

Temos um exemplo aqui no Brasil, o desenvolvimento do caça AMX, contratado pelo governo à EMBRAER. Nesse caso, se traz

para dentro das relações de trabalho e das relações comerciais entre as partes atores novos. Isso é muito importante porque não se tem apenas as duas partes, que normalmente existem em um contrato de relação de prestação de serviços. Passam a existir novos atores, além da entidade civil, que são o fabricante e o comprador. Pode-se ter uma entidade governamental regulando ou, até, intervindo na maneira de agir entre as partes.

A discussão das obrigações contratuais no passo do Judiciário comum, até por questões de atendimento a necessidades momentâneas do mercado, pode, nesses casos, inviabilizar o prosseguimento do projeto – projetos que envolvem contratos grandes com interveniência governamental –, com prejuízo para ambas as partes, às vezes em prejuízo da própria coletividade, quando se retarda a entrada de um produto que tenha influência na disponibilidade e na necessidade da coletividade em recebê-lo.

Ainda que sejam incipientes, no Brasil, contratos desse tipo – aquisição de novas aeronaves com cláusula de arbitragem –, conforme informações dos departamentos jurídicos de grandes multinacionais do setor – sua utilização é cada vez maior nos contratos internacionais de desenvolvimento de produtos específicos, casos típicos em que existem licitações de governos e grandes empresas e dos quais o Brasil não poderá, de modo algum, furtar-se no futuro, com o desenvolvimento já bastante avançado dessa indústria em nosso País.

Não devemos nos esquecer de um setor que muito evoluiu no mundo – e, também, no Brasil – após os eventos da tragédia de 11.09.2001, nos Estados Unidos, o da aviação executiva, em que os atores geralmente são sociedades civis, empresas que adquirem dos fabricantes aeronaves para o transporte de seus executivos ou empregados. Nesse setor, a característica de fabricação sob encomenda é ainda mais acentuada do que no setor de fabricação de aeronaves de transporte comum, porque aquela é especificada em detalhes minuciosos. Temos que considerar que parte do processo de fabricação de uma aeronave nessas situações envolve customização para atender às necessidades do comprador, a qual é executada em local geralmente distinto daquele da fabricação do que se costuma chamar de “casco da aeronave”, e sempre após a contratação desses detalhes de customização entre fabricante e comprador.

Qual a relação disso com o problema da arbitragem? Por prática histórica do mercado aeronáutico mundial – também é assim no Brasil –, os documentos que refletem o contrato de compra da aeronave – incluindo, quando aplicáveis, acordos de financiamentos envolvendo terceiros – têm sido desenvolvidos nas negociações como dois documentos totalmente separados e independentes, ensejando enorme terreno para a discórdia no instante da aceitação do produto encomendado. O primeiro, o contrato de compra e venda, é geralmente tratado como o documento legal e serve para todas as demandas jurídicas que venham a se efetuar sobre a compra da aeronave. Já o segundo é tratado como documento técnico que, na melhor das hipóteses, é mencionado como anexo do documento legal. Os atores envolvidos nesse tipo de contrato geralmente são empresas que não desejam ter suas atividades expostas ao público, por motivos óbvios. Observa-se uma tendência mundial em adotar a arbitragem para a resolução dos conflitos resultantes desses contratos.

No Brasil, sua utilização ainda é baixa, como já disse. Quando se fala do transporte efetivo de passageiros – que é a segunda vertente, passageiros e cargas –, temos de observar o envolvimento de atores muito pulverizados, como, por exemplo, o cidadão comum, que compra uma passagem ou envia um pacote por via aérea.

Há muitas empresas aéreas em operação em nosso território, mas a demanda pelo uso da arbitragem para a solução de conflitos nessa área, em nosso país, é, infelizmente, irrelevante. Parte desse comportamento pode ser creditado – como já bem discutido na mesa anterior – à cultura do litígio, historicamente enraizada em nossa sociedade, e às legislações que a sustentam e que, segundo bem disse recentemente o ministro Massami Uyeda, do Superior Tribunal de Justiça, precisam ser repensadas. O ministro afirmou: “Vivemos sob a cultura do litígio, do ‘vamos resolver esse problema no Judiciário’, quando essa solução deveria ser a última alternativa”.

Instrumentos que agem nessa área, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor e seus assemelhados, apesar de trazerem inegáveis benefícios às sociedades que os adotam, não conseguem dar ao processo do Judiciário a celeridade que a arbitragem, por sua própria natureza, já possui.

Falando do terceiro grupo de atividades dentro da área de aviação, a área de serviços, é preciso ressaltar o caráter altamente regulador existente na aviação. Isso traz para dentro do cenário, mais uma vez, novos atores, que vão muito além do contratante e do contratado serviço. Envolvem entidades, como os agentes reguladores do setor – no caso da aviação Brasil, a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) – e, em alguns casos, autarquias, ministérios e outros organismos.

Paralelamente ao que ocorre em outros setores altamente regulados de serviços – como, por exemplo, a prestação de serviços médicos, hospitalares, ou áreas de telefonia ou energia –, a aviação possui intrincados procedimentos e regulamentos a serem estritamente observados pelas partes, tanto os contratantes como os contratados do serviço, trazendo a esse setor uma particularidade singular. E não poderia deixar de ser de outra maneira, uma vez que a regulação visa a atuar em setores essenciais para a nossa sociedade. Sem o fator regulador, isso acarretaria vício em sua prática, prejudicando a sociedade em benefício de poucos. Citamos como exemplo o efeito do elevado nível de regulação na aviação que um produto aeronáutico, seja uma simples e pequena peça ou uma aeronave inteira, tem sua vida totalmente monitorada e documentada, com todas as intervenções de reparos, manutenções, melhorias e atualizações executadas, registradas por pessoa, oficina autorizada pelo agente regulador, auditadas periodicamente por ele por meio de documentos especificamente desenvolvidos para isso, desde o instante em que o produto é declarado acabado na porta da fábrica e entregue ao usuário final, até o instante em que atinge o final de vida, conforme definido pelo agente regulador ou pelo fabricante, ou seja, declarado produto condenado, devendo ser destruído e retirado de circulação.

Essa peculiaridade vai ao encontro direto a uma característica da arbitragem, onde alguns juízes do processo arbitral devam ser mais versados em determinados assuntos técnicos e regulamentais do que normalmente o são os juízes togados, pela sua própria natureza de formação, que habilitariam os juízes do processo arbitral a percorrerem, em vários casos, extensos arquivos de documentos técnicos, muitas vezes constituídos de muitas caixas de arquivos de papéis com o histórico da peça ou aeronave, antes

que seja possível emitir, com imparcialidade e sem vício, a sentença arbitral.

Devemos observar ainda que, historicamente, os contratos de serviços em aviação eram, no passado, do tipo – não há uma tradução para o português e me perdoem aqui – *timing material*, onde o serviço é acordado em função de uma estimativa do tempo e do material a serem consumidos na recuperação do produto. Essa avaliação é feita através de testes, geralmente sem a desmontagem e inspeção minuciosa do produto que está sendo reparado. Também historicamente, nota-se que é prática comum no setor a revisão dos serviços e valores contratados após a desmontagem completa, com a transformação da estimativa inicial em valores firmes entre as partes. Nota-se que, nesse tipo de contrato, há pouco espaço para a discórdia, pois ele já incorpora em seu bojo o princípio da boa convivência em sociedade entre os homens e a resolução de conflitos por reuniões amigáveis entre as partes – característica típica da arbitragem. Mesmo assim, há casos registrados na literatura em que as partes não chegam a acordo nessas reuniões e onde se aplica a arbitragem ou, até, a mediação, dadas as características amigáveis da relação entre as partes, historicamente inerentes a esses contratos.

Há, ainda, um novo tipo de contrato a reger o relacionamento entre as partes em serviços de aviação e que evoluiu muito em nosso país nos últimos dez anos. Trata-se dos contratos baseados em desempenho, onde uma das partes, o contratante do serviço, compromete-se a pagar à outra parte, o prestador do serviço, uma quantia por intervalo de uso de produto, peça ou aeronave, seja o que for, desde que condições mínimas de funcionamento do produto, nesse intervalo, sejam garantidas pelo prestador de serviço. Nesses modernos contratos, o relacionamento entre as partes é muito mais complexo, chegando, algumas vezes, a existir casos em que a posse do produto que tem o serviço contratado não é do contratante, mas do contratado para os serviços. Apesar das características de complexidade e de, geralmente, envolver atores que são grandes empresas prestadoras de serviço, nacionais e, muitas vezes, no caso do Brasil, internacionais, ainda é bastante comum, nesses casos, que as partes resolvam suas diferenças em reuniões diretas entre as partes, similarmente ao que já acontece

nos contratos tipo *timing material*. Entretanto, principalmente quando são envolvidas empresas internacionais, há bastante terreno nesses contratos para a solução de discórdias através do instrumento da arbitragem ou mediação. Observa-se, assim, que a vertente de serviços em aviação – que, no Brasil, as estatísticas indicam que movimentam algo em torno de US\$ 2,5 bilhões anuais – vem apresentando tendência cada vez maior no uso da arbitragem para resolução de seus conflitos. Isso tanto em nosso país como no exterior. Não só pela razão da regulação técnica exposta ou pelos elevados valores envolvidos, mas também porque o setor de modo algum pode se privar de um equipamento, seja ele uma simples peça ou uma aeronave inteira, até que o longo prazo decorrente do uso da via judiciária comum seja trilhado e o conflito, resolvido.

Nossa intenção com essa breve explanação é apenas suscitar as características peculiares da aviação, contar um pouco o que temos visto nos processo em que agimos e deixar um terreno fértil para a hora das perguntas. Muito obrigado.

SALEM HIKMAT NASSER

Agradeço muito ao Fúlvio [Luiz Delicato Filho], acho que sua exposição anunciou os traços característicos desta segunda mesa: o fato de que estamos lidando com a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsia em um setor regulado e de alta complexidade técnica. Em seguida, passo a palavra a Pablo Gay Ger, que abordará a arbitragem no setor de energia, especificamente petróleo.

PABLO GAY GER

Bom dia a todos. Agradeço muito o convite. Queria, desde já, me desculpar pelo “portunhol” que, com certeza, farei uso durante esta apresentação, mas, devido à minha origem, não poderia ser de outra forma.

O escopo da apresentação é tecer alguns comentários sobre a importância da cláusula de arbitragem para a indústria de petróleo e gás natural, apresentar brevemente a cláusula de arbitragem prevista nos contratos de concessão que são celebrados com a Agência Nacional de Petróleo (ANP) para a exploração, a produção e o desenvolvimento de petróleo e gás natural aqui no Brasil, pelos investidos representados por empresas de capital privado e de capital misto e, finalmente, fazer uma rápida menção ao único caso, que eu conheça, de arbitragem com a ANP, envolvendo a Newfield [do Brasil Ltda.], a respeito de um bloco exploratório, o BM-ES-20, no Espírito Santo, em uma zona próxima a Abrolhos [ao Parque Nacional Marinho de Abrolhos], por impossibilidade de obter licenciamento ambiental devido às particularidades da localização do bloco.

Como foi já exposto nesta mesa sobre a particularidade na indústria de aviação, a indústria de petróleo também é muito específica e globalizada, não só pelos atores, que na sua grande maioria, são companhias privadas que atuam em diferentes jurisdições, mas também pela participação de companhias públicas que estão cada vez mais internacionalizadas e mais presentes. É o caso da Petrobras, companhia de capital misto, com forte participação no mercado internacional atuando em diferentes jurisdições. Isso, somado ao fato de que essas empresas celebram contratos com governos hospedeiros ou com as entidades ou autarquias que as representam, para poder explorar, desenvolver e produzir os recursos naturais – neste caso, o petróleo e gás natural –, faz que resulte muito conveniente para as partes, ou eficaz, ter uma cláusula de arbitragem. Essa cláusula de arbitragem permite uma solução rápida – não imediata, mas uma solução rápida, já que é possível estabelecer um prazo predefinido para a emissão da decisão arbitral. Nesse sentido, o regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) prevê um prazo de seis meses, o que dá uma garantia às partes quanto aos prazos que têm que ser respeitados e à expectativa de uma decisão rápida.

A arbitragem é importante porque permite a escolha de árbitros mais especializados, o que é positivo em se tratando de uma indústria tão específica como a do petróleo e gás, onde há matérias de difícil compreensão – geologia, reservas, direito regulado, direito administrativo, constitucional. São matérias muito específicas, e a possibilidade de escolha de árbitros para determinado caso permite ter juízes arbitrais mais especializados, com conhecimento específico para poder conhecer e resolver os conflitos.

A confidencialidade dos procedimentos também faz que os procedimentos arbitrais sejam muito mais atrativos; em um procedimento judicial, em princípio, tem-se o princípio da publicidade. É importante as partes saberem que seus conflitos se manterão em forma confidencial. Os árbitros têm esse mesmo dever assim como todas as pessoas envolvidas no processo.

Não obstante isso, recentemente, em 2002, houve uma decisão na Austrália, da Corte Suprema, onde se quebrou a confidencialidade de uma decisão arbitral; foi um caso muito criticado, entre duas empresas envolvendo o preço de gás de um contrato de compra e venda para uma distribuidora, que afetaria o preço ao consumidor. A pedido do Ministério de Minas e Energia da Austrália, pela prevalência do interesse público, aceitou-se que a decisão arbitral desse conflito específico fosse levada a conhecimento público. Mas esse é um caso raro, por isso o cito; a quebra do princípio de confidencialidade no processo arbitral não deveria ser a regra, mas a exceção.

Também a cláusula da arbitragem é importante pela flexibilidade que dá às partes, como na liberdade de escolher a lei aplicável ao mérito da questão. Como sabemos, principalmente aqui no Brasil, a aplicação da autonomia da vontade quanto à escolha da lei aplicável é bastante controversa, devido à aplicação do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. O referido dispositivo prevê a aplicação obrigatória da lei do lugar de celebração do contrato e é, portanto, questionável a possibilidade das partes se furtarem de aplicar aquele princípio para aplicar outra lei que não aquela estabelecida por essa regra de conflito. A arbitragem permite, então, às partes maior flexibilidade quanto à escolha da lei aplicável ao mérito. E, também, maior flexibilidade quanto ao processo arbitral, porque, como já foi exposto na primeira mesa, o Código de Processo Civil é deixado de lado, já que se aplicará

o procedimento do regulamento da Câmara Arbitral escolhido pelas partes, bem como todos os demais procedimentos a serem acordados entre as partes no âmbito do processo arbitral. A flexibilidade faz que a arbitragem pareça ser a forma ou o mecanismo de resolução de conflitos mais adequado para uma indústria muito técnica e especializada, que demanda grandes investimentos, onde as empresas assumem grandes riscos.

O procedimento arbitral se aplica em todas as faces da indústria do petróleo e do gás natural. Foram noticiadas na imprensa algumas arbitragens entre a Petrobras e empresas empreiteiras de construção naval, a respeito da construção de plataformas. Em todas as diferentes etapas da indústria – *upstream*, *downstream*, *middle stream* –, no cotidiano, na construção de equipamentos, no fornecimento de gás, na venda de petróleo, nas associações etc., são aplicadas as cláusulas de arbitragem. Entre as próprias empresas petrolíferas – quando fazem contratos de associação ou estudos conjuntos para participar de uma licitação ou em um *joint operating agreement*, que vai governar aquele consórcio criado em decorrência de uma área adjudicada em vista a um processo licitatório – sempre se implementarão em cláusulas de arbitragem.

A respeito dos contratos de concessão, escolhi trazer este exemplo – a cláusula de arbitragem incluída no contrato da sétima rodada da ANP, assinada em decorrência de um processo de licitação. Em primeiro lugar, vê-se claramente que a lei brasileira é escolhida como a lei aplicável, o que está em total consistência com o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, porque corresponde ao lugar de celebração dos contratos que se assinam no Rio de Janeiro, nos escritórios da ANP, no Brasil.

A cláusula de arbitragem é interessante porque prevê um mecanismo de conciliação, que também foi mencionado pelo professor Fúlvio [Luiz Delicato Filho], no sentido de que não é obrigatório, as partes podem optar pelo processo de conciliação prévia. Mas, uma vez que elas optam, terão de esgotar essa via, não é possível suspendê-la. Então, antes do início do processo arbitral, é opcional as partes optarem pelo procedimento de conciliação, o qual, uma vez iniciado, tem de seguir até o fim.

A cláusula de arbitragem do contrato de concessão prevê a aplicação do regulamento da Câmara de Comércio Internacional, a

CCI, e estabelece um tribunal arbitral com três árbitros. Cada uma das partes escolhe um árbitro, e os dois árbitros das partes escolhem o terceiro. Como particularidade, ela prevê um processo arbitral *ad hoc*, o que é bastante criticado, porque o fato de ter um procedimento *ad hoc* não deixa as partes usufruírem de todos os benefícios de um procedimento institucional onde se tem uma secretaria que dá apoio administrativo para verificar e supervisionar a aplicação e o cumprimento das regras do regulamento e, especialmente, ajudar a resolver problemas, quando, por exemplo, uma das partes não tenha nomeado o árbitro. Com isso, o procedimento institucional teria trazido muito mais segurança e vantagens para as partes, em vez de um procedimento *ad hoc*.

Outra questão a ser observada é o idioma português, mas o contrato permite, se assim decidirem os árbitros, ter depoimentos em língua estrangeira ou apresentação de documentos em outra língua, o que torna o procedimento de arbitragem muito mais ágil e prático (já que não seriam necessárias as traduções juramentadas). Além disso, há uma referência específica à possibilidade de ajuizar medidas cautelares, durante o processo, ou antes do processo, ou seja, caso as partes precisem assegurar um determinado direito sobre um bem, sobre pessoas, elas podem entrar com uma medida cautelar. Nesse caso, o contrato fez a escolha do fórum da cidade do Rio de Janeiro – essa escolha também acarretou críticas da doutrina, porque o contrato deveria oferecer maior amplitude em relação ao fórum para que essas medidas fossem ajuizadas onde estivessem os bens ou as pessoas. Isso daria mais eficácia às medidas cautelares. Além da referência clara e específica para a escolha do fórum da cidade do Rio de Janeiro, há uma referência para que todos os direitos considerados não disponíveis também sejam submetidos a esse mesmo fórum – o que também é questionado, pois entra em contradição com a cláusula de arbitragem em si.

Na verdade, a cláusula de arbitragem só é aplicada àqueles direitos que são disponíveis; não era necessário ter uma cláusula onde especificamente se diga que aqueles temas ou assuntos que não revejam a condição de direitos disponíveis não poderão ser submetidos à arbitragem, devendo ir diretamente à apreciação dos tribunais, porque isso, de certa forma, enfraquece a cláusula de arbitragem.

Citarei muito rapidamente um caso noticiado pelos jornais. Segundo a informação divulgada pela imprensa, a Newfield já enfrentava muitos problemas com relação à obtenção do licenciamento necessário perante o IBAMA para o exercício das suas atividades de exploração, o que lhe impedia o cumprimento das obrigações assumidas no contrato de concessão celebrado com a ANP. Na quarta rodada de licitação da ANP, a Newfield resultou adjudicatária de uma área – na realidade, de dois blocos que foram incluídos num único contrato de concessão, denominado Espírito Santo 20, próximo da área de Abrolhos. E, com posterioridade à adjudicação e assinatura do contrato de concessão, o IBAMA, através de uma portaria, criou uma zona ambiental de proteção dentro de parte da área concedida, o que impossibilitou a Newfield de obter o licenciamento ambiental relativo às atividades de perfuração, condição necessária para realizar as perfurações nos prospectos que a empresa tinha identificado e que fazia parte do programa exploratório mínimo. Diante dessa situação, a Newfield, aparentemente, não conseguia cumprir as obrigações contratuais assumidas perante a ANP, em decorrência da impossibilidade de obter o licenciamento ambiental perante o IBAMA, devido a um fato superveniente a respeito do qual a Newfield nada podia fazer para mudá-lo.

De fato, tanto na terceira como na quarta rodada houve uma discussão muito grande sobre blocos que foram excluídos do processo licitatório em decorrência de um pedido explícito, expresso, do IBAMA, mas isso não aconteceu com os blocos adjudicados a Newfield. Esses blocos tinham ficado com a anuência do IBAMA. Então, havia esse conflito. Como o problema não foi solucionado e, conforme foi divulgado na imprensa, a Newfield entrou com uma arbitragem na CCI. Isso foi noticiado, mas, evidentemente, não conhecemos o desfecho, justamente em decorrência do princípio de confidencialidade.

Que eu conheça, esse é o primeiro caso em que a ANP é ré. E pagara um bônus de assinatura por esses blocos de aproximadamente 1,5 milhão de reais, à época, para ser adjudicatária dessa área. As garantias financeiras, ela teve que depositá-las para o cumprimento do trabalho físico e com certeza investiu montantes substanciais para adquirir sísmica, fazer interpretação, de forma a

poder cumprir com as obrigações mínimas de trabalho. Desta forma, é possível imaginar a pretensão da Newfield de ter reembolsado os danos e prejuízos sofridos em decorrência da frustração dos direitos concedidos pela ANP por meio de um contrato de concessão em decorrência da falta de licenciamento do IBAMA, decorrente da criação de uma zona de proteção que não existia na época da rodada de licitações.

Eram esses os breves comentários que queria tecer a vocês.

SALEM HIKMAT NASSER

Muito bem, muito obrigado, Pablo [Gay Ger]. Sua explanação foi realmente muito interessante. Antes que façam perguntas, deixarei a minha para que possa responder mais tarde: queria que você explicasse o que é *upstream*, *downstream*, *middle stream*. Passo a palavra para Gilberto Giusti.

GILBERTO GIUSTI

Obrigado. Muito obrigado pelo convite da GV para participar desta mesa de debates. Acredito que, a esta altura, vocês entenderam o porquê de um painel para falar de arbitragem nos setores de energia e aviação. Como foi muito bem colocado pelos meus colegas, estamos falando de duas áreas, dois mercados extremamente regulados, e, portanto, a arbitragem se torna um assunto especialmente apaixonante diante da regulamentação forte que eles enfrentam no Brasil. Mas entre eles e o da energia elétrica há uma grande diferença. Já que o Pablo [Gay Ger] falou muito bem sobre o petróleo, queria abordar um pouco a arbitragem no âmbito da comercialização de energia elétrica, até mesmo para prestigiar nossos anfitriões de hoje, a DIREITO GV e a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, a qual, como veremos em seguida, é a Câmara oficial para resolver as disputas no mercado de comercialização de energia.

A primeira diferença básica entre a aviação e a comercialização de energia elétrica é que a segunda tem contribuído muito – não sei se todos já se aperceberam disso – para o desenvolvimento da arbitragem entre nós. Isso porque o marco regulatório atual da área de comercialização de energia é a Lei nº 10.848 de 2004, uma lei nova, já imbuída do espírito favorável à arbitragem que tem tomado o nosso país, desde a edição da lei, em 1996.

Enquanto o marco regulatório do direito aeronáutico é o velho e bom Código Brasileiro de Aeronáutica, que data de 1986, quando a arbitragem ainda era um tabu entre nós, dada a desconfiança que se tinha nesse instituto. Vocês não vão achar nenhuma referência à arbitragem no Código Brasileiro de Aeronáutica, que é de 1986 e que merece, urgentemente, uma grande revisão.

No mercado de comercialização de energia elétrica temos uma lei moderna e que, como disse há pouco, contribuiu e tem contribuído muito para a prática e o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Em toda a lei e na regulamentação que a segue, a referência à arbitragem é presente. Essa lei, para quem não conhece, dispõe sobre a comercialização da energia elétrica e criou a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que substituiu o antigo Mercado Atacadista de Energia (MAE).

A CCEE, apesar de ser criada por lei e ser regulada e fiscalizada pela ANEEL, é uma entidade de direito privado, sem fins

lucrativos, e, portanto, a sua participação no mundo da arbitragem é muito mais fácil de ser defendida, porque ela é um ente privado, ainda que regulado pela ANEEL. No art. 4º da Lei 10.848/04, vamos encontrar parágrafos interessantíssimos, que falam: “As regras para resolução de eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE” – são eles os comercializadores, o mercado regulado, consumidores livres, que querem comprar ou vender energia através da CCEE. A CCEE é uma verdadeira *clearing*, é uma verdadeira câmara, onde se comercializa a energia, não fisicamente, mas de uma maneira, digamos, virtual, para que o consumo sempre bata com o fornecimento. É muito interessante. Ela [lei] ainda diz: “As regras para resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei 9.307”. Então, a lei, o marco regulatório fala que a convenção de comercialização – que é a convenção que vai regular toda essa atividade em torno da CCEE – deve prever a arbitragem como solução de controvérsias no âmbito desse mercado. É bem diferente, como já disse, do mercado regulatório da aviação, que, até hoje, não fala expressamente sobre isso. E ela vai mais além: “Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE”.

Prevendo que alguém poderia dizer: “A CCEE foi criada e é regulada pela ANEEL, por agência reguladora”, respondo de antemão que isso não importa. Ela é uma entidade de fins privados, e todos os direitos e deveres de crédito e débito desse comércio são por disposição da lei regulamentada, para não ficar dúvida.

Como disse, daí surgiu uma série de resoluções, uma série de regulamentações que sempre prestigiaram a arbitragem. O decreto que regulou a lei que acabei de mencionar diz: “3º. A convenção de comercialização referida no § 1º deverá tratar das seguintes disposições, dentre outras”. Deverá tratar. “4º. Convenção arbitral.” E, aí, chegamos à tal da convenção de comercialização e energia, que é a constituição e as leis ordinárias que ordenam esse mercado de comercialização de energia elétrica.

O último capítulo dessa convenção aborda a solução de conflitos. Os agentes da CCEE e a CCEE deverão dirimir, por

intermédio da Câmara de Arbitragem – falarei daqui a pouco sobre ela – todos os conflitos que envolvam direitos disponíveis, nos termos da Lei 9.307, nas seguintes hipóteses, tudo foi englobado: conflitos entre dois ou mais agentes da CCEE que não envolvam assuntos sobre a competência direta da ANEEL. Aqui, um comentário: não era bom colocar todo mundo, não é mesmo? Um dia chegaremos até as agências reguladoras – como o Pablo [Gay Ger] mencionou, que uma delas é ré em um procedimento, e fiquei supercurioso para saber o resultado dessa arbitragem porque, a princípio, nem no mercado de comercialização de energia elétrica, muito mais liberal, como vocês estão percebendo, admite-se, a princípio, que a ANEEL, qualquer assunto de alçada direta da ANEEL possa ser objeto de arbitragem. Voltando ao assunto, tudo o mais, conflito entre dois ou mais agentes da CCEE, conflito entre um dos agentes e a CCEE são resolvidos por arbitragem.

Nesse ponto, chegamos à parte em que queria render homenagem aos nossos anfitriões. Chegamos à convenção arbitral que foi celebrada no âmbito da CCEE e que fala: “Eventuais conflitos fundados nas relações estabelecidas ao amparo do estatuto social da CCEE e da convenção de comercialização” – repito, a que todos os agentes do mercado de comercialização de energia devem se submeter – “serão dirimidos no âmbito da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, nos termos do seu regulamento e da presente convenção”.

Então, senhores, é por isso que digo que o setor de comercialização de energia elétrica tem contribuído muito para a divulgação do instituto da arbitragem em um mercado regulado, como é o da energia elétrica, com claro marco regulatório, com indicação da câmara que, por entendimento do legislador e do regulamentador, reúne a *expertise* necessária para administrar procedimentos nesse ambiente especial. Louvo muito a iniciativa da ANEEL, do Ministério das Minas e Energia, mais acima, por realmente criar esse marco regulatório tão favorável e tão estimulador da arbitragem.

Tem funcionado? Tem funcionado. Temos tido muitas experiências de arbitragem, envolvendo comercializadores de energia elétrica; CCEE, às vezes envolvida, quando há uma liquidação e o registro dos contratos pela CCEE e, às vezes, apenas entre dois

agentes particulares, comprador e vendedor de energia, em que a CCEE não é parte direta da arbitragem, mas, comumente, colabora, quando oficiada pelo tribunal arbitral, dando informações. Aquele contrato está registrado, não está registrado, foi feita a liquidação por um instituto chamado Preço de Liquidação de Diferenças (PLD). Então, tem funcionado muito bem.

O que temos visto, na maioria das vezes, nos últimos tempos? Como o mercado de energia, os preços de energia, vocês bem podem avaliar, são oscilantes – tenho o preço de energia lá em cima, depois posso ter o preço lá embaixo, depende da estação das chuvas, depende do que a Bolívia faz, se fecha a torneira do gás, depende da quantidade de gás que a Argentina exporta para cá. É um mercado instável por natureza. O que temos visto na prática – é isso que queria passar aos senhores – em relação a procedimentos arbitrais é um comprador ou vendedor que leva um tombo por conta de um aumento ou uma diminuição abrupta do preço de energia e sempre alega “teoria da imprevisão, reequilíbrio econômico-financeiro”. Nunca vi tanta discussão de reequilíbrio econômico-financeiro como nessas arbitragens envolvendo os agentes de comercialização de energia elétrica. Claro, cada caso é um caso, mas, talvez, por estar sempre na ponta do vendedor, que quer manter o preço lá em cima, ou do comprador, que quer manter lá embaixo, é muito complicado, para mim, defender a tese da imprevisibilidade, do desequilíbrio econômico-financeiro, quando é o mercado, por si, que deve ser praticado por profissionais que sabem administrar os riscos. Aliás, existem mecanismos para se diminuir esses riscos, mediante contratos paralelos, de *hedge*. Tem sido muito interessante. Nunca vi, pelo menos nos últimos anos, o princípio do reequilíbrio econômico-financeiro ser tão usado, ser tão argumentado como na área de comercialização de energia elétrica.

Uma última coisa, antes de falar de aviação. É curioso, porque em um dos dispositivos desses regulamentos, não quero perder tempo procurando, está dito, com todas as letras, que nesse mercado “não se admite julgamento por equidade”. Está claro, “não se admite julgamento por equidade”. É uma coisa interessante. Essa história do desequilíbrio econômico-financeiro puxa muito para a equidade. Não é justo que fulano faça o contrato quando a energia está a 200 e, depois, ela chega a 500. Bem, se chegou a 500 é

porque é começo de ano, período de seca, o reservatório está vazio. Pelo fato de a regulamentação proibir julgamento por equidade nesse mercado é que digo que essa alegação de desequilíbrio econômico-financeiro, que é a que mais se tem visto nesse terreno, normalmente não prevalece, porque os árbitros devem julgar em uma arbitragem de direito e, portanto, com um pouco mais de apego à letra da lei.

Aliás, queria fazer uma observação ao que o Pablo [Gay Ger] comentou aqui, quando ele mencionou a flexibilidade do procedimento arbitral. Ele disse assim: “Há maior flexibilidade, pode-se pôr o Código Civil de lado”. Por favor, aceito que se ponha o Código de Processo Civil de lado, mas se é uma arbitragem de direito, tem que se abrir o Código Civil. Flexibiliza-se o procedimento, mas o Direito não se flexibiliza.

PABLO GAY GER

Acredito ter dito Código de Processo Civil e não Código Civil, não poderia ser de outra forma.

GILBERTO GIUSTI

Essa história de que a arbitragem é boa porque é mais flexível – o Direito pode ser flexível, repito, se a arbitragem é por equidade. Se a arbitragem é de direito – como devem ser todas as arbitragens do mercado de comercialização de energia elétrica, por conta desse dispositivo que acabei de citar – ela tem que se ater ao Direito Positivo eleito no contrato, sim. Falarei mais uma vez: o procedimento, flexibiliza-se; o Direito, não. Claro que tem a função social do contrato, o princípio de boa-fé, mas nos termos previsto no Código Civil. Isso é muito importante.

E a área aeronáutica? Nessa área, como bem disse o Fúlvio [Luiz Delicato Filho], as experiências são menores, mas deve, também, ser incentivado o uso da cláusula compromissória, a cláusula arbitral. Sempre com cuidado, para não passar despercebido.

O Fúlvio [Luiz Delicato Filho] bem explicou as três áreas, digamos assim, em que o Direito Aeronáutico se divide. A comercialização e fabricação, o transporte de pessoas e de cargas e o setor de serviços. Começando pelo de transporte de cargas e de pessoas, a cláusula arbitral não parece interessante para nós por uma questão

de custo/benefício e até mesmo porque as indenizações, normalmente, são previstas em convenções internacionais, das quais o Brasil é parte; o próprio Código Brasileiro de Aeronáutica prevê – alguns juízes o respeitam, outros não – um limite para indenização, no caso de perda de bagagem etc. Sem qualquer demérito a quem já tenha sofrido a tremenda dor de cabeça de perder uma bagagem, isso gera demandas de pequena multa. Parece-me que a arbitragem, do jeito que temos hoje, principalmente um painel de três árbitros, só com os árbitros gasta-se mais do que a indenização prevista nas convenções internacionais.

Então, com relação ao segundo tema, concordo que a arbitragem, talvez, da maneira como se apresenta entre nós, talvez não seja interessante. No primeiro e terceiro casos, a convenção de arbitragem é muito útil, sim, e acho que ela deveria ser incentivada, cada vez mais, pelos fabricantes, pelos arrendadores, pelos arrendatários, pelos adquirentes de aeronaves. É um mercado mais regulado no momento de se fazer e desfazer o contrato, porque é muita burocracia, senhores. Da mesma maneira que abaixo da ANEEL temos a CCEE que, como acabamos de ver, é atuante, é considerada de direito privado. Embaixo da ANAC temos uma figurinha chamada Registro Aeronáutico Brasileiro, o RAB, que é um cartório de títulos e documentos de aviação, de propriedade e direitos relativos a aeronaves, que não tem essa natureza de direito privado sem fins lucrativos, como a CCEE. O RAB é um grande cartório tradicional, no melhor estilo Brasil. Quando se tem de fazer o registro de uma devolução de aeronave o RAB é bem complicado. Por que não vai tirar a aeronave? E reintegração de posse de aeronave, então? Mas os contratos de arrendamento, de proprietários de aeronaves para empresas brasileiras que arrendam esses contratos podem e devem ter cláusula de arbitragem, mas uma cláusula de arbitragem muito bem pensada, porque, se o arrendatário não pagar, a retomada da aeronave será necessária. Vamos pensar em um passado recente: VARIG, TransBrasil, VASP. No caso de não pagamento, como o arrendador, que pode ser ou não proprietário da aeronave – normalmente é, mas pode não ser –, a propriedade pode ser ainda de um terceiro, de fora, vai pegá-la de volta? Como já fizemos muito aqui no Brasil – que se tornou até uma referência internacional, a Justiça, por incrível que pareça, até

funcionou razoavelmente bem –, o arrendador entrará com uma reintegração de posse, vai notificar o arrendatário, constituí-lo em mora e entrar com uma reintegração de posse.

Se tiver cláusula de arbitragem, ele pode entrar com a ação de reintegração de posse? Não. A princípio, não. Vocês dirão: “A reintegração de posse tem a *coertio*, tem a medida através da qual se vai lá e executa”. Mas se foi eleita a cláusula arbitral, primeiro é preciso constatar se houve, realmente, inadimplemento. Não é interessante para o arrendador, claro. É por isso que ele, simplesmente, não usa cláusula de arbitragem. Besteira. Basta fazer um contrato bem feito, um capítulo de resolução de conflitos bem redigido, bem assessorado por advogados. É perfeitamente possível prever a convenção de arbitragem, abrir exceções e dizer: “No caso de configuração de esbulho possessório, fica facultada à parte arrendaste o recurso ao Judiciário da comarca de, para obtenção das medidas urgentes cabíveis”. E, depois, o mérito será decidido por tribunal arbitral. Mesmo porque, no caso de esbulho possessório, até se formar o tribunal arbitral podem se passar 45, 60 dias. Quanto tempo leva, mais ou menos hoje, você poderia dar uma média, para um tribunal arbitral estar constituído, na Câmara FGV [de Conciliação e Arbitragem]? Uns trinta dias? Demora, às vezes. Às vezes, o árbitro está impedido, é preciso escolher outro, é uma coisa imprevisível.

Realmente, é necessário que se vá a Juízo, em caráter de urgência, pedir a liminar. Mas isso pode estar previsto no contrato, porque, se não estiver, é direito disponível. Mesmo a retomada de posse é disponível. Então, vejam bem: cabe? Cabe, mas todo o restante, o valor dos aluguéis em atraso, a reserva de manutenção, para garantir a revisão da aeronave, tudo isso é de uma especialidade tremenda, cuja resolução fica a cargo do tribunal arbitral. Mas a retomada imediata, consegui via Judiciário. Estão vendo? É possível ter convenção de arbitragem e preservar os interesses das partes naquilo que seja mais conveniente usufruir do Judiciário.

É importante lembrar que temos, ainda, na aviação, o chamado Registro Aeronáutico Brasileiro, que é o grande cartório. Até mesmo no caso de ordem judicial de reintegração liminar de posse da aeronave, o RAB cria dificuldades para cumpri-la. Imaginem vocês, para uma ordem liminar de reintegração de posse vinda de

um tribunal arbitral, espera-se um ano para que seja cumprida. Não é verdade? Então, na área de aviação, também sou defensor de se utilizar a arbitragem, por todas as vantagens que já vimos aqui – e são inúmeras.

Mas, em referência à transferência de posse e registro de propriedade, o contrato tem que deixar bem claro que a parte prejudicada pode recorrer ao Judiciário em caráter liminar, em caráter urgente. Porque já tivemos experiências de ordem judicial de retomada de aeronave que esbarram no RAB, que levanta exigências e, depois, há outras autoridades sempre envolvidas. Porque isso faz parte de um comércio internacional importante para o Brasil. As aeronaves que ingressam no Brasil nem sempre são adquiridas pelas empresas nacionais. Muitas vezes, elas são arrendadas. Há um regime tributário específico, chamado regime de admissão temporária; a Receita Federal palpita, o Departamento de Operações de Comércio Exterior (DECEX) palpita na hora da exportação, a Alfândega palpita. Então, para esse tipo de providência imediata, dar baixa no registro, pegar a aeronave, exportar a aeronave, é preciso carimbo do Judiciário, Fórum João Mendes, Palácio da Justiça. Porque, se houver uma ordem liminar – ela poderia, tecnicamente, ser dada por um tribunal arbitral, este pode dar liminares, mas, fatalmente, essa ordem, o tribunal teria que ir ao Judiciário para conseguir um EZ-4, para o RAB se mexer, para a Receita se mexer, para o DECEX se mexer.

Repito – e terminando –, na área aeronáutica, a cláusula arbitral pode e deve ser prestigiada, mas customizada caso a caso. Nos contratos puros de serviços, por exemplo, fornecimento de equipamentos, contratação da VARIG, para fazer revisão de turbinas, isso é absolutamente privado, absolutamente disponível e pode e deve ter, sim, cláusula compromissória. Até para se ter o painel formado, às vezes, por engenheiro de aeronáutica, não é mesmo?

A parte de serviços, principalmente quando se fala de fornecimento de bens de equipamentos, de revisões – vocês não imaginam o que tem de serviços na área aeronáutica. Esses contratos, por não terem RAB nem ANAC interferindo, podem e devem perfeitamente ter cláusula compromissória, porque são serviços especializados e, aí, a especialização dos árbitros será um componente muito importante.

Senhor presidente, são esses meus comentários.

PABLO GAY GER

Se me permitem, dois comentários rápidos. Em primeiro, tranquilizá-los. Realmente, o tema do procedimento arbitral diz a respeito do Código de Processo Civil e não do Código Civil, porque estávamos falando da flexibilidade do procedimento arbitral. E o segundo, é um comentário a respeito da ANP ser ré do processo arbitral. Não vejo como poderia ser diferente, senão essa cláusula arbitral seria totalmente ineficaz. Na realidade, a ANP não está sendo ré como ente regulador, mas como parte contratual de um contrato onde ela assumiu obrigações e direitos que têm que ser respeitados e têm que ser implementados. A previsão da arbitragem está na Lei de Petróleo.

No caso específico da Newfield, a competência direta da ANP, a respeito de alguma regulamentação ou portaria, não foi questionada. Não. A ANP é parte de um contrato de concessão, em que as partes contratuais (ANP e Newfield) assumiram direitos e obrigações. Por um lado, a ANP se obrigou a conceder direitos exploratórios, e, por outro lado, a Newfield se obrigou a realizar um trabalho mínimo. A frustração desses direitos contratuais foi o que criou o conflito.

Em terceiro lugar, peço desculpas, fiz referência a *upstream*, *downstream*, *middle stream*, que são termos da indústria. *Upstream* é exploração, produção e desenvolvimento de petróleo e gás natural; *middle stream* é a parte de logística e transporte; *downstream*, a parte de refino, distribuição e comercialização de petróleo, gás natural e os seus derivados. São todas as cadeias da indústria de petróleo.

GILBERTO GIUSTI

Outra observação. Realmente faz sentido, porque um dos avanços que tivemos na legislação, nos últimos anos, foi a alteração da lei de concessões para prever expressamente a possibilidade de arbitragens. Foi introduzido o art. 28-A ou 23-A, não, 23-8, que prevê a cláusula de arbitragem. Talvez, com base nisso, por ser a ANP, nesse caso, o poder concedente, e, porque a discussão está sendo travada com a concessionária, faça sentido a ANP. Espero que possa ser público um dia, porque deve ser uma discussão interessante.

PABLO GAY GER

Adicionalmente a isso, as atividades de exploração, produção e desenvolvimento de petróleo e de gás natural são definidas pela Constituição Federal como atividades econômicas em sentido estrito (artigo 177 da Constituição Federal), e não como serviço público (artigo 175 da Constituição Federal). Portanto, serviços públicos e atividades econômicas não podem ser confundidos. A atividade de exploração, produção e desenvolvimento do petróleo e de gás natural é diferente, por exemplo, das concessões na energia elétrica, telefonia e tudo o que se considera serviço público.

DEBATE

SALEM HIKMAT NASSER

Muito bem. Então, se houver perguntas [...].

[NOME ININTELIGÍVEL]

Queria dar os parabéns aos quatro integrantes da mesa, foram excelentes exposições. Minha pergunta é dirigida a Pablo [Gay Ger]. O que houve com a ANP, ao estabelecer que – acho que foi na sétima rodada – a previsão de arbitragem *ad hoc*, sem deixar as partes, ou sem dizer que poderia ser *ad hoc*, que poderia também se recorrer à arbitragem de acordo com uma instituição especializada. Imagino que deve ter havido algum debate internamente. Deve existir alguma razão para isso. Na verdade, como você mencionou, pode inviabilizar o próprio mecanismo, dependendo da forma como for executado. Por exemplo, em uma arbitragem *ad hoc* em andamento, se for preciso substituir o árbitro, a arbitragem teria de ser recomeçada? Há uma série de questões nessa situação.

PABLO GAY GER

Desconheço se houve um debate prévio, mas a maioria da doutrina e dos operadores e atores dentro da indústria de petróleo entendem que seria preferível ter-se adotado um processo institucional.

Não sei por que foi escolhido como procedimento *ad hoc*. Sempre que há uma rodada de licitações organizada pela ANP, o Instituto Brasileiro de Petróleo faz um trabalho de análise para fazer sugestões e mudanças ao Edital e ao contrato de concessão, que são encaminhadas à ANP para a audiência pública. Algumas dessas sugestões são levadas em consideração, outras não. Uma delas é, justamente, o estabelecimento de um procedimento institucional – inclusive no caso de continuar com um procedimento *ad hoc* poderia até se cogitar em mudar o regulamento da CCI, pelo regulamento do Uncitral, que tem um procedimento que se adequa mais para um procedimento *ad hoc*. Mas, como você bem mencionou, traria muito mais benefícios ter um procedimento institucional para dar todo esse apoio da Secretaria às partes.

GILBERTO GIUSTI

Na verdade, é isso mesmo, mas vejo a causa como uma grande discussão que houve e ainda há no governo, no tocante à escolha da instituição.

Estou trazendo um debate que, imagino, seja a razão da ANP, para não ter dor de cabeça, pela qual ela tenha adotado essa absurda, concordo, solução *ad hoc*. Por que a Câmara FGV, por que a CCI, e não a Brasil-Canadá, e não CIESP? Existe e houve, na época, uma discussão grande no governo. Há até quem defenda deveria existir um procedimento de licitação para a escolha da instituição que administraria os procedimentos daquele setor. Imagino que esse debate, se é que houve, possa ter sido a causa de a ANP ter falado: “Que seja *ad hoc*, não estou escolhendo ninguém em especial”. Caso contrário, ela talvez tivesse de fazer, a cada rodada ou a cada tipo de segmento temporal, um verdadeiro procedimento de licitação. Repito: talvez essa tenha sido uma das razões de se ter adotado a solução *ad hoc*, que, concordo, é absurda, porque é trabalhosa, é instável e tudo o mais.

SALEM HIKMAT NASSER

Se não há mais perguntas, agradeço muitíssimo a presença de todos e agradeço mais uma vez aos palestrantes, que nos deram uma aula.

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Sou professor de Direito Processual da DIREITO GV e tive a honra de ser convidado pela organização do evento para conduzir este debate, e explicarei por quê. Acho que o desenvolvimento de mecanismos alternativos de resolução de conflito, além de ser imperioso, necessário nas sociedades contemporâneas, é algo que enfrenta uma dificuldade, qual seja, encaixá-lo em um regime já existente. O Poder Judiciário detém o monopólio da jurisdição – pelo menos, aprendemos assim –, os operadores, os juristas, são formados sobre o que tem sido chamado de cultura da sentença, uma mentalidade litigante, a ideia de que todo o conflito é levado ao Judiciário. Desenvolver, seja arbitragem, seja mediação, no País, enfrenta, especialmente, esse tipo de dificuldade, que seria facilmente enfrentada a partir da recepção do próprio organismo tradicional de resolução de conflitos, ou seja, o Judiciário, a partir de como o Judiciário recebe esses novos mecanismos.

Em outras palavras, e de forma bastante objetiva, desenvolver mediação e arbitragem em qualquer país depende da receptividade, especialmente do Poder Judiciário. E essa receptividade, ou a dificuldade imposta, a não receptividade, vai ser verificada – ela pode ser medida pelo número de ações judiciais, pleiteando a invalidação de sentenças arbitrais, pelo respaldo que o juiz dá ao conceder ou não, ou ao executar ou não uma medida de urgência, ou uma sentença arbitral; pela discussão acerca das cláusulas e compromissos arbitrais, quer dizer, o respeito que se tem pelo princípio da competência ou da autonomia da vontade das partes na celebração dessas cláusulas. Isso tudo pode ser medido de variadas formas. Neste painel discutiremos como se dá essa relação. Como o Judiciário pode e dá o suporte, como isso tem acontecido no Brasil.

De antemão, queria mencionar que, dada a importância do tema, a DIREITO GV de São Paulo e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) estão finalizando uma pesquisa empírica que analisa todas as decisões judiciais proferidas desde a Lei de Arbitragem, desde 1996, em todos os tribunais brasileiros, em variada instância, tanto tribunais, como o Supremo e o Superior. É uma pesquisa

grande, extensa, feita com equipe técnica enorme e muito qualificada, da qual fazem parte os dois membros aqui da mesa, o Rafael Francisco Alves, advogado, professor, mestre em Direito Processual pela USP, um entendedor, já há algum tempo, do tema arbitragem. Sua dissertação de mestrado foi, inclusive, sobre esse tema.

A outra pessoa, já conhecida de vocês, é a professora Selma Ferreira Lemes, também advogada, mestre e doutora pela USP, especialista, acima de tudo, em arbitragem, porque participou na elaboração do projeto de lei.

Sem maiores apresentações, passo a palavra aos dois, para discutirem especialmente a interação entre o Judiciário e a arbitragem. Primeiro, a professora Selma [Ferreira Lemes].

SELMA FERREIRA LEMES

Boa tarde. É um prazer estar aqui para debater esse tema, falar sobre a questão “arbitragem e Poder Judiciário”.

Inicialmente, gostaria de congratular os organizadores do evento, porque os temas colocados são muito oportunos para discutirmos efetivamente a operacionalização e a arbitragem e o próprio texto, “Para onde vai a arbitragem no Brasil”. A preleção, hoje, diz respeito à arbitragem e Poder Judiciário, e vou dividi-la com o Rafael [Francisco Alves].

O tema “arbitragem e Poder Judiciário” já nos leva a uma indagação: como podemos trabalhar esses dois conceitos, arbitragem, forma extrajudicial de solução de conflitos, e o papel do Judiciário. Ao primeiro plano, surge a ideia de que há uma reciprocidade. A arbitragem precisa do Poder Judiciário, porque este, segundo [Hans] Kelsen, é o intérprete originário da lei. É o Judiciário que diz o que a lei é, como interpretá-la e como deve ser interpretada. Ao mesmo tempo, o Judiciário precisa da arbitragem, porque ela é uma forma extrajudicial de solução de conflitos que vai auxiliá-lo, no sentido de abrir uma opção a mais para os cidadãos, para os jurisdicionados, resolverem seus conflitos. Essa reciprocidade faz que ambos caminhem de mãos dadas. A segurança jurídica que se espera do Judiciário e, ao mesmo tempo, a arbitragem como uma forma de auxílio na distribuição da Justiça.

O que se percebe na estrutura e no desenvolvimento da arbitragem e esse caminho junto com o Judiciário? O que é que a sociedade precisa para que a arbitragem possa se desenvolver bem? A sociedade precisa de um texto de lei que regule a questão, que tenha, no âmbito internacional, por exemplo, um texto de lei, também, uma convenção internacional incorporada nos ordenamentos internos. É o caso, por exemplo, da Convenção Internacional de Reconhecimento de Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, formada em Nova York, em 1958, e em vigor no Brasil desde dezembro de 2002, quando o País aderiu a essa convenção. E por que se precisa do Judiciário? Porque vamos ter, novamente, a mesma questão. É o Judiciário que interpreta a lei, que, em decorrência da sua interpretação, dá segurança para a arbitragem ser utilizada.

Quando a Lei de Arbitragem foi promulgada em 1996, ainda durante sua *vacatio legis*, tivemos um incidente de inconstitucionalidade

de alguns dispositivos da lei e podemos considerar que ela realmente está em vigor, com todo o seu vigor, desde dezembro de 2001, quando foi julgado o tal incidente no Supremo Tribunal Federal. Daí em diante, verificamos um avanço muito grande na arbitragem, na área comercial, principalmente.

Hoje, já há escritórios de grande peso no Brasil, que alegam: “Não fazemos contratos sem cláusula de arbitragem”. Estamos com uma demanda muito grande nas câmaras de arbitragem, principalmente nos principais centros. Tive a oportunidade de fazer uma pesquisa – ela foi divulgada em jornais –, pelos levantamentos, os valores envolvidos na arbitragem nos quatro últimos anos, em cinco grandes centros de arbitragem e, qual não foi a surpresa, encontramos uma soma de R\$ 2,5 bilhões sendo discutida por arbitragem.

Mas como se dá essa forma de atuação do Poder Judiciário junto com a arbitragem? Podemos dizer que ela se divide em dois momentos. Um momento prévio, ou durante o curso da arbitragem, que denominamos apoio. E a segunda forma é a de controle. Na fase preambular, a cláusula compromissória – a lei dispõe que um tribunal arbitral só está constituído quando os árbitros aceitam seu mister – faz que tenhamos a necessidade de nos valer, por uma medida de urgência, de uma medida cautelar prévia à arbitragem, e, praticamente, já temos um entendimento bem consolidado no Judiciário de que não há nenhum problema e nenhum desconforto em se auxiliar, em atender o pleito primário da parte e, depois, a questão ser discutida em arbitragem.

O mesmo se verifica com a questão da aplicação do art. 7º da cláusula arbitral vazia, que, hoje, pode-se dizer, consiste em um dos principais problemas da arbitragem, ou seja, o problema reside no seu nascedouro, na redação de cláusulas arbitrais omissas, contraditórias, que dificultam a instauração da arbitragem.

Teríamos que fazer uma *mea culpa* para os advogados, evidentemente, os quais, quando redigem cláusulas, não vão verificar como deve ser redigida uma cláusula adequada ou como se valer de uma cláusula de instituição de arbitragem. Frequentemente, agora mesmo estou vindo da Câmara da Fiesp [Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo]² devido a um procedimento arbitral. Pediram ajuda, fui verificar e falei: “Essa cláusula é vazia. Reze para que a parte venha porque, se não vier, você vai ter que

fazer uso do art. 7º da Lei”. E, pior, o advogado chegou com uma medida cautelar. E a secretaria não sabia o que fazer. Disse: “Receba a cautelar e diga que ele vá ao Judiciário primeiro”. Como o Judiciário lavou as mãos, respondeu que não é com ele, recomendou: “Receba, agora, essa cautelar, mas explique que só quando tiver o tribunal arbitral constituído ele terá condições de apreciar essa cautelar”. E assim vai. O Poder Judiciário também é reivindicado, no sentido de indicar árbitros, em algumas situações, no curso da arbitragem, para conduzir uma testemunha renitente ou para obter a execução de uma medida cautelar ditada.

No trabalho em conjunto de árbitros, tribunal arbitral e Judiciário, o mais importante é perceber que existe uma convivência muito harmônica. Eu mesma tenho tido a oportunidade de receber casos, analisá-los, participar de arbitragens que chegam já com medida cautelar, as quais avaliamos se deve ser mantida ou não. Inclusive, já revogamos uma medida cautelar dada no Judiciário ou, recebendo o caso, já avisamos o Judiciário, por meio de ofício, dizendo: “O tribunal arbitral está constituído, está deslocada a competência. A competência do Judiciário agora deixa de existir, passa a ser da arbitragem”. E isso, com muita normalidade, você recebe, o juiz coloca fim ao processo, remete as partes à arbitragem. Na cautelar, o juiz pergunta o que o árbitro quer que seja feito.

Estamos vivendo em um ambiente de crescimento extremo e de crescimento recíproco. A todo momento, temos situações nas quais percebemos a falta de conhecimento. Assim como trabalhamos com juízes que entendem, que estão afeitos à matéria e sabem qual é o papel do tribunal arbitral constituído, de outro lado, temos a resistência, felizmente em percentual menor, no sentido de não entender a postura do próprio tribunal arbitral, de evocar a si a competência.

Novamente, estamos diante de extremos, como é o caso que acabei de citar, em que o Judiciário se negou a receber a medida cautelar, dizendo: “Não tenho competência nem para isso”. Quando está equivocado, ele tem competência, sim, é uma medida de urgência. Outro exemplo é aquele em que se recebe uma ação principal, uma ação ordinária, que tem cláusula de arbitragem, já houve precedentes nesse sentido; o Judiciário julga a petição inapta e remete para a arbitragem no mesmo momento. Há os que

recebem e ficarão até o final, mandam processar tudo até o final, para, em sentença, julgar sem resolução de mérito, porque não tem competência.

Mas tudo isso é um aprendizado recíproco. Assim como o Poder Judiciário está aprendendo e aplicando o desenvolvimento, a sociedade, como um todo, também está aprendendo.

Costumo contar que quando começou o trabalho de arbitragem, em 1995, quando foi instituída a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, na Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), falávamos: “Nosso papel é de catequese. Temos que explicar como aplicar, como utilizar corretamente a arbitragem”. O caminho da catequese é um caminho do ensinamento, do aprendizado conjunto, ele exige muito bom senso, para evitarmos exageros, malversação do instituto e, às vezes, verificar pequeninas coisas – você pode ter uma conduta corretíssima, mas, como se diz, se alguém “pisar na bola”, isso o manchará.

É o que está acontecendo; às vezes, nos deparamos com malversações da arbitragem, a aplicação desta arbitragem para efetuar cobrança judicial. É o que se verifica, o papel corretivo do Judiciário.

Quando estamos diante de casos em que se utiliza uma arbitragem para fazer cobrança ou quando são encaminhados às câmaras de arbitragem com denominações de tribunal ou corte de arbitragem, ou mesmo o Tribunal de Justiça Arbitral, em que pessoas, geralmente humildes, são levadas a um equívoco, pensando que estão perante um órgão do Poder Judiciário, para fazer cobranças, às vezes mínimas, em que a parte recebe uma notificação dizendo: “Se você não comparecer, está estabelecido que, tacitamente, você está firmando um compromisso arbitral”.

Obviamente situações como essas têm que ter um tratamento adequado. E, felizmente, estamos verificando – por meio dessa pesquisa; depois, o Rafael [Francisco Alves] falará – que o Judiciário sabe cumprir muito bem seu papel em casos como esses, anular as decisões e fazer o que está na lei, aplicando a Lei de Arbitragem, como se determina.

Outro ponto importante deve ser realçado. Por que estamos vivendo essa descoberta, não só da arbitragem, mas, também, dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos? Isso não surgiu do

nada. Sabemos que isso começou mais ou menos na década de 1980, com o movimento de renovação da Justiça, de efetivação da Justiça, que culminou, podemos dizer, com a alteração na Constituição, no art. 70 e alguma coisa, inciso 70 e alguma coisa, 74 do art. 5º, de que a Justiça tem que ser célere. A ponto de termos isso na nossa Constituição: a Justiça não pode ser tardia. Para fazer Justiça, ela tem que vir ao tempo adequado.

Nesse bojo, na reforma do CPC, veio a Lei de Arbitragem. E, agora, com a adesão maciça, do próprio Poder Judiciário, aos métodos alternativos, a divulgação da mediação, da conciliação, é hora de a arbitragem pegar carona no movimento das formas extrajudiciárias, não obstante serem autocompositivas, e também, da arbitragem. Já é hora de discutirmos, no Brasil, a extensão da arbitragem para outras áreas.

Prego isso, há muito tempo venho pregando que podemos trabalhar com arbitragens na área, por exemplo, de consumo. Para isso, é preciso que tenhamos instituições adequadas, a participação do Estado, e a participação de ONGs ligadas à área de defesa do consumidor. Isso é possível, é uma prática verificada na União Europeia, como forma de facilitação de acesso à Justiça. Podemos ter isso no Brasil, também. Basta praticar a arbitragem em relação de consumo, em locais adequados.

Uma outra pergunta que surge é: por que a arbitragem, nesses 12 anos de vigência da lei – se descontarmos a fase preambular, de 2001 para cá, menos de 12 anos, 8 anos –, está experimentando esse *approach*, essa atenção da comunidade? Primeiro, por ser, realmente, uma forma mais célere de solução de conflitos. Temos de fazer uma pesquisa no próprio cerne da questão. A Lei de Arbitragem – cujo anteprojeto é de 1991 e só foi promulgada em 1996 – tem falhas; hoje, verificamos que o legislador poderia ter optado por outras inserções. Um exemplo, critica-se muito a lei por não ter uma arbitragem internacional; mas criticava-se, no corpo da lei, a arbitragem internacional. Hoje, verificamos que isso é completamente desnecessário. Tratamos da arbitragem doméstica e, com isso, estamos avocando muitas arbitragens, inclusive internacionais, para o Brasil. Quer dizer, essa distinção que há em outros textos não necessariamente é algo de bom, é simplesmente uma opção legislativa.

Outra pergunta frequente: por que arbitragem? Por que a Lei de Arbitragem está fazendo que as pessoas a estudem? Podemos afirmar que não é apenas na prática, mas, também, na própria academia. Recebo teses, trabalhos de conclusão de cursos do Brasil todo. Na semana passada, houve uma banca na São Francisco, uma tese maravilhosa, um dos melhores textos que já li sobre arbitragem por equidade. Seguramente, o melhor livro do mundo na área – poucas pessoas escreveram sobre isso –, e nasceu aqui, no Brasil. Todo o movimento da lei, não apenas em torno da Academia, mas na prática, é muito importante para nós. Efetivamente, estamos vivendo a história da arbitragem no Brasil.

Passado todo o entusiasmo em torno da arbitragem, comecei a me perguntar: o que tem essa Lei de tão importante? Por ela está dando certo? O que ela trouxe de bom? Cheguei à seguinte conclusão: Porque a Lei está estruturada, ela tem três pilares. A Lei de Arbitragem tem como pilar fundamental a autonomia da vontade. Porque é a autonomia privada. Não sou obrigada a ir à arbitragem, mas, se for, tenho de honrar ao que me comprometi. A Lei me diz que posso fazer tanta coisa, entretanto, o cidadão não está acostumado com essa liberdade. É importante que ele tenha consciência de seu livre arbítrio, da sua liberdade para poder decidir o que quer fazer. E a arbitragem, a todo momento, reivindica-lhe isso. Você quer uma arbitragem com árbitro único ou com três árbitros? Como você vai querer que a arbitragem transcorra? Quais são as regras que você deseja na arbitragem? Você se valerá de uma arbitragem institucional ou não.

A liberdade que a arbitragem oferece assusta – incluindo os advogados –, porque estamos acostumados a seguir o Código de Processo Civil. E, agora, não há um Código de Processo Civil; a parte criará esse Código de Processo Civil. A liberdade que essa Lei passa é fundamental. Com ela, vem outro conceito, o da flexibilidade.

O terceiro princípio da lei, no qual ela se embasa, é a equidade. Mas é a equidade no sentido de igualdade, no sentido de permitir que todos tenham o mesmo tratamento. Para que você obtenha uma Justiça, uma Justiça equitativa, porque daí vem a palavra equidade: o equilíbrio, os dois lados tratados da mesma maneira.

Tudo isso faz que comecemos a observar a questão da arbitragem sob outro enfoque. Já que estou trabalhando com o conceito

de celeridade, o importante da arbitragem é a celeridade, comparada com o Poder Judiciário, a quantidade de demandas que um juiz tem que julgar é imensa, são trezentas sentenças por mês para ele conseguir equilíbrio, colocar a cabeça para fora. Um árbitro, quando é muito bom, muito reivindicado, deve ter, no máximo, 12 sentenças por ano. Então, está aí a qualidade de uma sentença arbitral com uma sentença judicial. Não em termos da qualidade, no sentido de que o juiz não proferirá um julgado bom – não é isso –, é no sentido de que ele tem condições de dar mais tempo para determinado caso, de estudá-lo melhor, de ser uma pessoa do meio.

Por sermos advogados e conhecermos o outro lado, a estrutura, o meio em que atuamos, às vezes, somos muito mais rígidos que os juízes no momento de exarar decisões. Não que o juiz seja ingênuo. Conhecemos o ambiente em que trabalhamos, sabemos as regras dos contratos, sabemos que aquilo tem de ser cumprido, que aquilo é válido, sabemos a rigidez das exigências, como o mercado funciona, isso faz que a própria sentença arbitral seja tão bem estruturada, com um critério tão grande de Justiça. A verdade vem à tona e você não tem elementos para pretender atacar aquela sentença em uma ação de anulação. Nesse caso, pegam-se os elementos mais frívolos possíveis, para tentar, porque o art. 32 da Lei é muito curto, muito estreito. Depois se tenta caçar algum motivo para propor uma demanda de anulação daquela sentença arbitral.

Finalizando – não quero me alongar demais, para permitir o debate e a preleção de Rafael [Francisco Alves] –, penso que, no momento atual, a arbitragem e o Poder Judiciário, a sociedade e o Poder Judiciário, todos estamos caminhando juntos no sentido de um grande aprendizado, um grande aprendizado para colocar o instituto da arbitragem em prática no Brasil. Muito obrigada.

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Agradeço à professora Selma [Ferreira Lemes]. Queria fazer algumas considerações, mas passarei para o Rafael [Francisco Alves] e, depois, as retomarei. Sobre a exposição da Selma [Ferreira Lemes], apreende-se que o Judiciário pode ter duas posturas, muito nítidas – ou pode lavar as mãos, ou pode cuidar, efetivamente, da arbitragem. Na prática, é difícil saber quando ele deve cuidar da arbitragem – e ter uma postura ativa – ou quando ele deve respeitar a arbitragem e

simplesmente lavar as mãos. Da perspectiva do Poder Judiciário, é difícil identificar, o juiz, identificar o momento em que ele tem que ter uma postura mais ativa ou mais passiva em relação à arbitragem, que tipo de controle deve exercer.

Esse é um ponto, e há outros nos quais estou pensando a respeito das palavras da professora Selma [Ferreira Lemes].

SELMA FERREIRA LEMES

Acho que o ponto é o ponto de equilíbrio, é analisar e opinar, lavar as mãos realmente não é correto. Outro dia, em uma arbitragem, usei esse termo com o colega, que falou: “Não podemos fazer mais nada”. Minha resposta foi: “Então, vamos deixar a questão” – nos manifestando, no procedimento arbitral –, “vamos deixar bem claro que compete ao Poder Judiciário executar a decisão arbitral”. Se dissermos à parte: “Vá ao Judiciário, tome as atitudes necessárias, porque só compete a ele”, ela poderia pensar que o tribunal arbitral está lavando as mãos. Sugeri que colocássemos que a jurisdição convencional foram as partes que lhe deram essa capacidade – ela tem seus limites traçados, portanto, agora, nós as convocamos a se dirigirem ao Judiciário, para pedir a execução da decisão.

É uma posição interessante essa que você colocou. Nem tudo ao ar, nem tudo à terra, é preciso procurar o equilíbrio. Lavar as mãos não está correto, por outro lado está proibido o juiz entrar no mérito e falar: “Eu não decidiria assim não, decidiria diferente”.

RAFAEL FRANCISCO ALVES

Boa tarde a todos. Em primeiro lugar, queria agradecer imensamente o convite para estar aqui com vocês. É uma grande honra estar de volta à DIREITO GV. Sempre vai ser uma grande honra retornar a esta casa. Hoje, uma dupla honra, na verdade, por também dividir esta mesa com a professora Selma [Ferreira Lemes], que é uma excelente professora de arbitragem. Para mim, em particular, ela foi e vai continuar sendo uma grande mentora.

Já participei de muitos debates, como ouvinte ou palestrante, sobre esse tema fascinante e do qual gosto muito, até porque me formei no berço do Departamento de Processo da USP.

Uma primeira abordagem possível, seguindo a professora Selma [Ferreira Lemes], seria discutir qual é, ou qual deveria ser, a posição do Poder Judiciário em relação à arbitragem, já partindo da premissa – e acho que é uma premissa universal – de que não é possível haver arbitragem sem Poder Judiciário. Parece-me que, em nenhuma parte do mundo, a arbitragem sobrevive sem o devido respaldo do Poder Judiciário. Podemos então fazer a seguinte pergunta: E no Brasil? Tem havido esse respaldo por parte do Poder Judiciário?

Essa questão era algo que até há pouco tempo me inquietava, como pesquisador. Hoje, graças à pesquisa, mencionada por Paulo Eduardo [Alves da] Silva, fruto da parceria entre a DIREITO GV e o CBAr, está comprovada a hipótese de que o Poder Judiciário brasileiro, de fato, com uma ou outra imperfeição, dá o devido respaldo ao instituto da arbitragem depois de 12 anos da lei em vigor.

A Selma [Ferreira Lemes] bem indicou os possíveis momentos de apoio, de coordenação do Poder Judiciário com a arbitragem. A Lei Brasileira de Arbitragem prevê pelo menos dez hipóteses em que as partes podem se voltar ao Poder Judiciário para buscar o apoio ou o controle deste, o controle judicial sobre a correção formal do procedimento da arbitragem.

Selma [Ferreira Lemes] lembrou dois momentos de possível controle de eventuais vícios formais que possam ter sido cometidos durante a arbitragem: a fase pré-arbitral e a fase pós-arbitral. As dez hipóteses das quais falei incluem ainda: cautelares; indicação de árbitro substituto; a ação do art. 7º, que a professora mencionou; a hipótese de cláusula vazia, em que é necessário o Poder Judiciário

para suprir a vontade da parte que não quer assinar o compromisso; a própria ação de anulação da sentença arbitral; a ação de anulação da convenção de arbitragem etc.

Considerando essas hipóteses que estão previstas na lei de arbitragem, já conseguimos perceber que, de fato, o Judiciário brasileiro tem dado o devido respaldo ao instituto, conforme comprova a pesquisa que acabamos de realizar.

Essa é a primeira abordagem possível para este tema, conforme mencionei anteriormente. Mas, enquanto me preparava para este debate, procurei analisar a questão sob um outro enfoque. Ponderei que precisava levar alguma coisa nova para o debate, pois faço questão de procurar me reinventar sempre que estou na FGV. Decidi voltar aos clássicos. Escolhi então um texto do professor Owen Fiss (Yale University, New Haven). Aliás, tive o privilégio de ler o texto na FGV e também de debatê-lo com o próprio autor. O Paulo Eduardo [Alves da Silva] também participou desse evento em 2005.

O texto é muito importante, pois marca o debate sobre os meios alternativos ou extrajudiciais de solução de conflitos nos Estados Unidos – lembrando que o autor tinha um inimigo evidente: ele estava escrevendo contra um movimento que começava a surgir dos Estados Unidos, um movimento que tentava, justamente, impulsionar os mecanismos extrajudiciais, dentre os quais a arbitragem, a mediação, a negociação etc.

O professor Owen Fiss tinha uma posição – e acho que ainda a mantém – muito dura em relação a esses mecanismos, sendo contrário ao movimento que surgia à época em que o texto foi escrito com o objetivo de privilegiar a resolução amigável de conflitos por meio da mediação, da negociação etc. Ou seja, privilegiar o acordo em detrimento da solução adjudicada. A discordância de Fiss com esse movimento estava baseada na premissa de que o Poder Judiciário, ao contrário do que pressupunha o movimento na visão do autor, não se presta apenas a resolver “disputas entre vizinhos”, como ele diz. Segundo o autor, o Judiciário tem de aplicar a lei e, mais do que isso, tem de concretizar valores postos na Constituição. Para essa função de concretização de valores constitucionais só existe o Poder Judiciário. Na visão do autor, os meios extrajudiciais jamais seriam substitutos para essa função.

O debate foi então instaurado nos Estados Unidos. Embora o texto de Fiss seja de 1984, creio que essa é ainda uma abordagem bastante atual e ela tem a vantagem de indicar uma outra perspectiva para o tema desta mesa.

Portanto, dentro desse tema, “Arbitragem e o Poder Judiciário”, há duas abordagens possíveis. A primeira é: o que o Poder Judiciário pode fazer pela arbitragem? A palestra da professora Selma [Ferreira Lemes] e a pesquisa que estamos concluindo nos deixam confiantes para dizer duas coisas: uma, não há arbitragem sem um Poder Judiciário forte, que lhe dê respaldo; dois, esse respaldo existe no Brasil. Então, a primeira face da moeda está relativamente desvendada hoje.

A outra face da moeda seria: o que a arbitragem pode fazer pelo Poder Judiciário? Há ainda uma pergunta prévia: A arbitragem pode fazer alguma coisa pelo Poder Judiciário? E, ao lado da arbitragem, a mediação e a conciliação podem também fazer alguma coisa pelo Poder Judiciário, no sentido amplo, ou seja, o sistema de justiça como um todo?

Parece-me que agora o Poder Judiciário brasileiro quer pedir ajuda aos mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos.

Na minha concepção, a arbitragem passou por quatro fases. No Brasil, cada uma delas com seu respectivo marco temporal. Até 1996, a arbitragem era prevista formalmente em nosso ordenamento – aliás, desde os portugueses –, mas não era aplicada. Havia um ou outro caso, relatado a título de curiosidade, mas não era uma realidade em nosso país.

Em 1996, veio a lei, da qual a Selma [Ferreira Lemes] participou intensamente na produção. Só que, naquele ano, como ela bem disse, a lei ainda não tinha entrado em vigor. Em outubro de 1996, o STF, por uma via regimental, avocou a discussão sobre a sua constitucionalidade. E a lei ficou parada no STF por cinco anos, até que, em 2001, veio a decisão de que a lei é constitucional, ressaltando – como fez o Eduardo [Damião Gonçalves] no começo deste evento, na parte da manhã – que essa é uma decisão que vale entre as partes apenas, ou seja, foi um controle feito em sede de controle difuso, e não concentrado. De qualquer forma, o Supremo entendeu e ainda entende, hoje, que a lei é inconstitucional. A partir dessa decisão, obteve-se um pouco mais de segurança jurídica em

nosso ordenamento em relação ao uso da arbitragem como meio de resolução de conflitos. Desde a promulgação da lei até essa decisão houve um momento de apreensão. Todos esperavam; nenhum advogado arriscava ou poucos arriscavam colocar cláusulas arbitrais em contratos enquanto estava pendente essa decisão do Supremo Tribunal Federal. A decisão veio e iniciou-se então um novo período para a arbitragem no Brasil. Aliás, a decisão veio em conjunto, no ano seguinte, com a ratificação da Convenção de Nova York, que é um outro marco importantíssimo para a história da arbitragem no Brasil. Então, esses dois fatos registram uma passagem. A arbitragem finalmente pode começar a desenvolver-se no Brasil. Há agora um marco legal para isso.

A partir daí, surge uma nova fase, que chamo de consolidação. A arbitragem foi se consolidando de 2001/2002 até 2006/2007. Essa fase não tem um marco temporal preciso. Aponto os anos de 2006/2007, especialmente por conta da posição do Superior Tribunal de Justiça, STJ, que passou a ter a competência constitucional para homologar sentenças estrangeiras. O STJ tem proferido uma série de decisões extremamente favoráveis à arbitragem, tornando-se um pilar importante para a segurança jurídica da arbitragem no Brasil.

Nessa fase de consolidação, como vocês podem ver, entre 2001/2002 e 2006/2007, a arbitragem se desenvolveu, e com ela, outros mecanismos também se desenvolveram, como a mediação e a conciliação.

Aproveito para render, em público, a devida homenagem ao Adolfo Braga, que está nos assistindo na plateia, pelo fato de ter sido um dos precursores na promoção da mediação e da conciliação no Brasil, pelo menos desde 1994, ou seja, muito antes desse período entre 2001 e 2007. Como eu disse, nesse período de crescimento e consolidação da arbitragem, ela acabou impulsionando também a mediação e a conciliação.

Em 2009, chega o momento de difusão dessas três técnicas – mediação, conciliação e arbitragem – para outros setores, outras áreas. Essa é a fase que chamo de “difusão”.

Retomo então aquela segunda perspectiva indicada anteriormente, de perguntar o que pode fazer a arbitragem, mediação e conciliação para o Poder Judiciário neste atual cenário de difusão

e expansão dessas técnicas. Venho acompanhando, de perto, todo o debate sobre a reforma do Judiciário, de 2004 até mais recentemente. O Ministério da Justiça, com a criação da Secretaria de Reforma do Judiciário, em 2003, e o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que surgiu da reforma constitucional de 2004, têm um discurso bastante marcado pelo estímulo a esses mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, em especial a mediação e a conciliação. Em São Paulo, há também uma aposta muito grande nesses mecanismos por parte do Tribunal de Justiça.

Neste contexto, é importante compreender que, assim como a arbitragem, a mediação e conciliação surgiram na sociedade civil, sendo, portanto, técnicas privadas, instrumentos típicos da sociedade, e não do poder público. Não obstante, nos últimos tempos, o que temos assistido no Brasil é uma apropriação do discurso do uso dos meios extrajudiciais pelo Poder Judiciário e pelo governo. Não estou criando nenhum tipo de juízo de valor negativo quanto a isso, pelo contrário, sou um grande entusiasta dessa expansão no uso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, inclusive pelo Poder Público. Mas precisamos também ser críticos a esse movimento de expansão. A minha pergunta é: O que o Poder Judiciário e o governo esperam dessas técnicas? O que eles esperam que elas possam fazer para o sistema de Justiça?

Desde 2006, o CNJ tem organizado a chamada Semana Nacional da Conciliação, que faz parte de um movimento maior, que se chama Conciliar é Legal – na verdade, foi só um dia em 2006 e uma semana nos dois anos posteriores. Atentando apenas ao último ano, 2008, cujos dados foram divulgados recentemente, chegou-se à cifra de 296 mil sessões, 125 mil acordos feitos no país inteiro.

Nesses mutirões, são selecionados casos em andamento no Judiciário e estimulam-se as partes a buscarem uma resolução amigável; são feitas audiências de conciliação e mediação nas diversas esferas da Justiça – Federal comum, Trabalhista, Estadual. Como disse, foram realizados então 125 mil acordos naquela semana. A pergunta que precisa ser respondida agora é: quantos desses acordos voltaram ao Poder Judiciário? Essa é a pergunta central. Não estou criticando a iniciativa em si mesma, porque ela tem o valor simbólico importante para a divulgação da mediação e da conciliação. Mas é preciso enxergar as limitações dessa política e os caminhos para o seu aprimoramento.

Mais do que o número absoluto de acordos, importa saber qual é a efetividade desses acordos que estão sendo realizados.

Afinal, o que poder público quer com esse tema da mediação e conciliação? Aqui está o ponto central na minha apresentação. Se ele espera que a arbitragem, a mediação, e a conciliação, sirvam para aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, fico com a seguinte dúvida: será que esses mecanismos servem para isso? Será que a arbitragem, a mediação e a conciliação prestam-se para auxiliar o poder público em suas estratégias de redução da sobrecarga judicial? Tenho sérias dúvidas a este respeito. Mas aqui há uma distinção importante a ser feita: na verdade, o governo está mais preocupado com o acesso à Justiça, com a democratização do acesso à Justiça, e por isso investe na capacitação da comunidade, na formação de agentes e líderes comunitários, de modo que a sociedade possa ser capacitada a resolver, por si só, os seus próprios conflitos – uma iniciativa extremamente positiva, a meu ver – ao passo em que o CNJ e os Tribunais de Justiça de modo geral parecem-me mais preocupados em utilizar esses mecanismos extrajudiciais para fazer frente ao problema da morosidade judicial. Essa diferença de enfoque é fundamental, porque se o fomento da mediação, da conciliação e da arbitragem como instrumentos de democratização do acesso à Justiça é uma estratégia que tem se mostrado eficaz, desde que tomados os devidos cuidados no processo de capacitação de lideranças, o uso banalizado desses mesmos mecanismos dentro do Poder Judiciário, para aliviar a sobrecarga judicial, como se pudessem substituir a prestação jurisdicional em larga escala, me parece um perigo.

Retomando o texto de Owen Fiss, concordo com a sua preocupação de que o uso generalizado dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos como se fossem substitutos do Poder Judiciário traz um perigo signifiante para a efetividade do sistema de Justiça como um todo. A questão, portanto, não é tanto a expansão e a difusão desses meios extrajudiciais (como disse, sou um entusiasta da ideia), e sim o modo como essa expansão é feita e, principalmente, o processo em que isso ocorre. É preciso se perguntar o que se espera dessas técnicas.

Minha preocupação é que, talvez, o uso indiscriminado da arbitragem, da mediação e da conciliação, da forma como vem sendo

feito no âmbito do Poder Judiciário, não seja a melhor alternativa para o País. Estou aqui lançando mais dúvidas do que respostas e aproveito para colocar essa questão para debate. Talvez o uso indiscriminado da mediação pelo Poder Judiciário, como se pudesse substituí-lo, não seja uma boa alternativa, porque o instrumento foi criado com um outro propósito. Lembrando novamente o Adolfo Braga, ao discutir o uso da mediação e da conciliação no Brasil, ele estava preocupado, essencialmente, com a qualidade da resolução do conflito, com a pacificação do conflito. Para ele, essa era a função da mediação: auxiliar as partes a resolver o conflito; não importa se fossem necessárias três, quatro semanas para se concluir uma mesma mediação com as partes; o que importa é a pacificação do conflito ou que as partes possam decidir o que querem fazer.

Parece-me – de novo, uma hipótese – que hoje o discurso está sendo incorporado pelo Estado, particularmente pelo Poder Judiciário, em outra perspectiva. Se for para aliviar a carga do Judiciário, preocupa-me a massificação, o uso indiscriminado de mediação, conciliação e arbitragem na sociedade.

Aliás, por isso, sou também contrário à proposta legislativa que está pendente no Congresso, que pretende tornar obrigatória a mediação ou a tentativa da mediação em todas as causas cíveis, salvo algumas exceções. A meu ver, não é o momento de se massificar o uso da mediação e da conciliação dentro do Poder Judiciário pelo simples fato de que não teremos os recursos humanos necessários para esta empreitada. Em suma, não teremos mediadores e conciliadores suficientemente capacitados e experientes na escala necessária para fazer frente à enorme demanda que surgiria com o advento da lei. Sem profissionais qualificados, não há como zelar pela qualidade do processo de resolução do conflito. Novamente, a função desses mecanismos restaria deturpada: em vez de se preocupar com a qualidade da resolução, buscar-se-ia a eliminação do caso, o alívio da sobrecarga judicial – exatamente o problema que vejo hoje.

O CNJ divulgou ontem [02.06.2009] os números de 2008, o “Justiça em Números 2008”,³ mapeando os milhões de casos pendentes no Poder Judiciário; será que levar essas causas, da noite para o dia, para a mediação ou conciliação, sem saber se temos

profissionais suficientemente habilitados para esta função, é uma boa alternativa?

Creio que estamos, hoje, no meio de um processo de acomodação. A arbitragem expandiu-se muito – e tende a se expandir cada vez mais – e começa a entrar em certas áreas que, acho, são cinzentas. Vejam os dados que apresento aqui dos centros de arbitragem, sendo todos de domínio público. Escolhi três centros renomados, que disponibilizam seus dados na rede. A Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC); o Centro da CIESP, que é do Centro das Indústrias de São Paulo – a Selma [Ferreira Lemes] foi uma das mentoras desta câmara de arbitragem; e o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP).

Como vocês podem perceber, a diferença dos nichos onde atuam esses órgãos é evidente. CCBC e CIESP são órgãos que atuam em uma área muito específica, que é a arbitragem de grandes empresas ou de empresas que tenham determinado perfil para utilizar esse mecanismo. Tanto que os números são muito parecidos. Embora com datas distintas de fundação, os números são parecidos.

Os números da CAESP são de uma ordem de grandeza muito maior, com 10 mil causas cíveis e comerciais e 18 mil causas trabalhistas.

Sempre fui um entusiasta da arbitragem, da mediação, da negociação, mas agora essas técnicas estão começando a avançar no Brasil para áreas mais cinzentas, e a forma como isso tem acontecido me preocupa. Citarei duas dessas áreas – e encaminharei para a minha conclusão, porque sei que o tempo está se esgotando –, a trabalhista e a área de consumidor, ainda nebulosas, diria, até, mal resolvidas. Na área trabalhista, o TST tem uma posição dividida, mais propensa a aceitar arbitragem, mas a verdade é que existe, hoje, muita divergência no uso da arbitragem para conflitos individuais trabalhistas.

Na área de consumo, a Selma [Ferreira Lemes] chegou a mencionar, acho muito importante que se comece a pensar na possibilidade de utilizar esses mecanismos.

Qual é a minha preocupação? Volto à minha pergunta: o que se espera da arbitragem, da mediação e da conciliação na área do consumo? O que se quer com o uso dessas técnicas na área trabalhista? Essas são as questões fundamentais. Se a intenção for, de

novo, tentar acabar com a sobrecarga do Poder Judiciário, acho que teremos problemas. É uma hipótese, porque as técnicas não foram pensadas para isso. Repito, quem pensou a arbitragem não tinha em mente aliviar o problema que existe na Justiça trabalhista brasileira. Não estou afirmando que a arbitragem trabalhista não seja uma alternativa viável e é importante que se diga que o CAESP tem feito um trabalho muito sério e respeitável nessa área. Mais uma prova de que a efetividade no uso desses mecanismos está relacionada com a preocupação com a qualidade do serviço prestado (e não apenas com o número de acordos ou audiências realizadas).

Para concluir, diria que vivemos no Brasil um momento de acomodação. Já sabemos que nosso Poder Judiciário dá o devido respaldo para a arbitragem. O que ainda não sabemos é se essas técnicas podem fazer alguma coisa pelo Poder Judiciário. Não tenho essa resposta ainda. A minha impressão é que só depende do que se quer com elas [arbitragem, mediação e conciliação]. E, repito, tenho a impressão – convencido pelo texto do professor Owen Fiss – de que o uso indiscriminado dessas técnicas como substitutas ao Poder Judiciário pode ser ruim. Essas técnicas devem ser utilizadas com um outro propósito: a qualidade da resolução do conflito e a adequação do meio de resolução às especificidades de cada tipo de conflito. Portanto, sou favorável à difusão e à expansão dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, mas desde que se compreenda qual é o papel de cada uma dessas técnicas dentro do sistema de Justiça, desde que se compreenda que elas são complementares, e não substitutas do Poder Judiciário.

Ao Poder Judiciário, por sua vez, não cabe apenas pacificar conflitos, aliás, talvez não seja essa sua função, ele tem de aplicar a lei. E é importante que exista alguém no sistema jurídico que seja o centro, que aplique a lei.

Agradeço, mais uma vez, o convite que me foi feito e passo a palavra ao moderador.

DEBATE

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Serei bem sucinto e tentar cruzar o que foi dito pela Selma [Ferreira Lemes] e pelo Rafael [Francisco Alves], porque as questões sugeridas por ele sugerem, de fato, uma reflexão.

A ideia, a provocação que faço para a plateia é que reflitamos sobre os pontos levantados. A intenção deste colóquio, realmente, é um debate. A Selma [Ferreira Lemes] começou a falar de uma reciprocidade entre o Poder Judiciário e a arbitragem. Então, deve haver uma reciprocidade.

Na minha maneira de ver, as ideias se relacionam, quer dizer, há uma reciprocidade e não uma substitutibilidade. A Selma [Ferreira Lemes] comentou algo que já havia dito aqui, o papel do Judiciário; o Judiciário que lavou as mãos; e o Judiciário que deu respaldo à arbitragem. Qual deve ser o papel do Judiciário?

O Rafael [Francisco Alves] expandiu o tema e deixou-nos a seguinte questão: qual é o papel do Estado e da sociedade para com os meios alternativos de solução de conflito? Um canal de via dupla: a arbitragem depende do respaldo do Judiciário e, por outro lado, ela tem algo a oferecer ao Estado e à sociedade.

Como fica esse triângulo entre Estado e Judiciário, sociedade e meios alternativos? Porque havia uma relação entre Estado e sociedade, a sociedade criava os conflitos e o Estado procurava resolvê-los; e os meios alternativos atravessam essa relação, em alguns momentos, ocupando o lugar, sem querer ser substitutivo, mas resolvendo, via adjudicação, os conflitos, ou seja, exercendo o mesmo papel que o Judiciário, decidindo, impondo a decisão – é isso o que acontece na arbitragem – e, em outras situações, tentando conciliar as partes – que é o que acontece na mediação e na conciliação. De toda forma, o movimento ADR⁴ se coloca, triangula junto com a sociedade e o Estado. Esse canal pode se dar através do processo. Então, foi dito aqui, tanto pela Selma [Ferreira Lemes] como pelo Rafael [Francisco Alves], que a Lei de Arbitragem oferece dez mecanismos de impugnação da própria arbitragem ou de diálogo com o Judiciário; mecanismos processuais: tutela de urgência, ação de validação, ação de validação de cláusula. Ou seja, há o risco de um uso excessivo de mecanismos processuais na arbitragem.

Acrescento que, neste terceiro momento – também acompanhado a arbitragem há um tempo, ainda que de longe –, percebo o seguinte: no início, uma tentativa de incentivar a arbitragem, o uso de meios alternativos e a arbitragem, inclusive adotando a justificativa de que o Poder Judiciário não tem como dar conta de todas as demandas. Então, esse é um argumento que, hoje, está no repertório do governo e fazia parte do repertório dos mecanismos de ADR. “Estamos aqui porque vocês não conseguem dar conta disso.” Até que o Estado apercebeu-se que, de fato, não conseguiria dar e passou a investir nesses mecanismos, mas de uma forma que nossa fala é: “Espere aí. Por esse caminho, também, não”.

Hoje, vejo não só essa judicialização dos mecanismos alternativos, ou seja, mecanismos que não nascem por si só, nascem de iniciativas estatais que dialogam de maneira mais profunda com o Poder Judiciário, que estão muito mais atreladas e dependentes do Poder Judiciário – o que chamo de judicialização desses meios –, como também outro fenômeno, o processualismo desses meios. A arbitragem se parecendo, cada vez mais, não com a resolução judicial, no aspecto de impor uma decisão, mas com a resolução judicial, aquele processo barroco, cheio de meandros procedimentais e discussões formais que, no fundo, são discussões formais, não são discussões em cima do direito material, em si.

Penso que as palestras claramente dialogam e sugerem não só o papel do Judiciário, como o papel dos mecanismos alternativos, o que queremos com esses mecanismos.

Devolvo a palavra à Selma [Ferreira Lemes] e depois continuaremos a discussão.

SELMA FERREIRA LEMES

Paulo [Eduardo Alves da Silva], você mencionou a questão da processualidade da arbitragem, e temos outro caminho, o caminho do perigo de pretendermos ou querermos, os arbitralistas rebatem muito, levar as técnicas do processo para a arbitragem – já existem os parâmetros internacionais, principalmente nos Estados Unidos, em que os advogados querem levar as práticas, as técnicas do processo para a arbitragem. Isso mata a arbitragem, pois ela tem a sua razão de ser na sua informalidade, o que é muito importante.

Nós, que estamos na prática do dia a dia, verificamos uma resistência enorme dos profissionais de direito. Agora mesmo, acabei de vir de uma audiência, já comentei com vocês, na qual propusemos uma certa prática, e o advogado não a aceitou de maneira nenhuma. Disse: “Vamos propiciar que essas duas testemunhas façam uma declaração escrita para o tribunal arbitral”. A resposta dele foi: “Não, isso não é usual”. Ora, se estivéssemos em uma arbitragem internacional, isso seria feito no ato, pelo árbitro; ele diria: “As testemunhas devem fazer uma declaração do que vão dizer, para sabermos, termos uma ideia do que vai ser tratado”.

Tem os dois lados, o lado da resistência dos profissionais do direito, em aceitar as inovações, e a resistência dos árbitros de coibirem práticas que são utilizadas no foro.

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Sistematizando, nosso papel seria ensinar, na verdade.

SELMA FERREIRA LEMES

Sim.

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Voltando à ideia de formar cultura. Não é só uma questão de termos lei, conseguirmos um Judiciário que entenda. Uma das dificuldades, nos acórdãos da pesquisa, é que, às vezes, o juiz, ele próprio tem o intuito de querer dar respaldo à arbitragem, mas aplica incorretamente os conceitos, ou seja, falta conhecimento.

Temos aí mais um papel. Precisamos ensinar que determinados conflitos não podem ser resolvidos por aqueles meios, eles precisam de legalidade. Para a arbitragem ser bem feita, ela demanda flexibilidade, autonomia, e precisa ser difundida de uma maneira mais [...].

RAFAEL FRANCISCO ALVES

Eu não diria que determinados conflitos não podem ser resolvidos, eles até podem, mas dependem do que se quer. Esse é o grande problema, é preciso saber o que se quer, tanto a parte como o Poder Judiciário e o árbitro.

Selma [Ferreira Lemes] nos trouxe um ponto importante – não combinamos antes, mas nossas falas estão cada vez mais complementares. Ela citou a questão da pacificação do René David, que trouxe a ideia da arbitragem como paz. A CCI surgiu no contexto pós-guerra, com o conceito: “Vamos promover a paz por meio do comércio”. Tanto que os seus fundadores são conhecidos como os mercadores da paz. Essa ligação da paz com a arbitragem não é de hoje, e ela me trouxe outra ideia. Será que compete ao Judiciário assumir o papel de pacificador na sociedade brasileira? Isso soa estranho. Até acho possível encontrar a pacificação dentro do Poder Judiciário, mas de uma forma bastante limitada. Não é possível transformar o juiz em pacificador, nem o Poder Judiciário em uma instituição que promova a paz numa sociedade. Não me parece que seja esta a sua função, dependendo, é claro, do conceito que se tenha de pacificação.

Tendo a acreditar que a pacificação social – que é um termo muito usado no processo e foi cunhado pelo professor Candido Rangel Dinamarco – só é possível na sociedade, porque é lá o lócus onde surge o conflito. Seja com a arbitragem, seja com a mediação, você consegue, de fato, pacificar o conflito, porque a mediação e a arbitragem foram pensadas para aquele conflito e vão procurar resolvê-lo da melhor forma possível. Parece-me que a função do Poder Judiciário na sociedade é outra. Voltamos assim à aplicação da lei e à preservação dos valores constitucionais.

Então, novamente, não acho que seja ruim, ao contrário, acho que é bom que haja o discurso da mediação, da concessão da arbitragem também por parte do governo e do Poder Judiciário. Penso também que estamos em um processo de acomodação, é natural que aconteça assim, mas é importante que nos perguntemos: o que vamos querer, para onde vai a arbitragem, para onde vai a mediação e para onde vai o Judiciário? O que esperamos de cada uma dessas técnicas? Essas são as questões fundamentais.

PEDRO PAULO CRISTOFARO

Queria trazer uma pequena colaboração. A Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem tem apresentado um crescimento bastante significativo em número de arbitragens. Isso já foi apresentado hoje aqui. Tivemos seis arbitragens instituídas em 2007. Em 2008 foram

16; nos cinco primeiros meses de 2009 foram dez. Isso significa que a demanda por arbitragem está crescendo, sendo certo que a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem é vocacionada para arbitragens de valores altos. As pessoas a procuram exatamente para resolver questões ligadas à atividade empresarial. Embora não sejam negadas arbitragens pequenas, essa não é sua vocação. Na Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem sentimos que a demanda pela arbitragem vem crescendo.

Outro dado interessante: quando foi organizada por decisão do Conselho da Fundação, ela foi constituída como Câmara de Conciliação e Arbitragem, tendo, inclusive, no seu regulamento um capítulo de conciliação. Até hoje, não tivemos nenhuma conciliação, e esse é um dado sobre o qual, de fato, podemos tirar conclusões.

A respeito da questão da judicialização, da processualização da arbitragem, a meu ver isso se dá porque os advogados que atuam na arbitragem são, sobretudo, de contencioso. A pessoa que está envolvida, sobretudo as empresas envolvidas em arbitragem, vão buscar profissionais que atuam no conceito contencioso para representá-la nas arbitragens, e eles carregam a cultura contenciosa. Muitas vezes, até brinco que a cultura do advogado contencioso é a cultura do *pit bull*. Reconheço que é importante esse trabalho pedagógico da Academia, a respeito de como deve funcionar a arbitragem. O crescimento da arbitragem e a demanda por profissionais, sobretudo advogados afeitos à arbitragem, são realmente importantes para que a arbitragem não se contamine com o esquema do processo judicial.

Quando houver um número maior de arbitragens, e muitos advogados virem nessa técnica uma possibilidade de atuação profissional, e de ganhar com ela – porque o grande motor da vida é, efetivamente, a ideia de ganhar, e os advogados são profissionais, estão aí para receber honorários –, à medida que isso aconteça, creio que teremos mais profissionais afeitos ao procedimento arbitral, assim como já temos um número de árbitros e de acadêmicos bastante significativo, que entendem a arbitragem, mas que não corresponde ao número de advogados que entendem a arbitragem como ela deve ser. Penso que chegaremos lá pelo crescimento da arbitragem, crescimento desse mercado profissional.

AMANDA

Boa tarde. Vocês estavam comentando sobre a questão de estender a arbitragem para a aplicação de CDC, consumidor, trabalhista e tudo o mais. Isso me trouxe à lembrança um problema que temos no escritório. Há um banco tentando impor uma cláusula de arbitragem para os contratos, os quais, em sua maioria, são contratos bancários de adesão. A grande dúvida é: como podemos nos proteger, qual argumento usar para poder refutar essa prática, que, de certa forma, eles querem impor, e tem característica de adesão?

SELMA FERREIRA LEMES

Como você mesma está colocando, o contrato de adesão é aquele em que você adere a todas as cláusulas. A Lei de Arbitragem, no art. 4º, § 2º, trata dessa questão e diz: “A cláusula de arbitragem terá eficácia nos contratos de adesão se o aderente desejar”. E acrescento um comentário: estava assim no anteprojeto e acabava por aí, porque é a prática em todo lugar do mundo. Em contrato de adesão tem que se ter a aderência do hipossuficiente, e a lei completou – essa foi a alteração que houve, mas que pode ser válida, também, desde que em negrito, com visto especial para aquela cláusula ou um documento apartado. Essa cláusula, necessariamente, tem que preencher os requisitos de eficácia. É uma imposição. Aí, você está diante de um contrato de adesão. Ou aceita, ou não aceita. Se você aceitar a cláusula, evidentemente, na hora em que surgir o conflito, poder-se-á discutir sua validade dentro do contexto. A princípio, você não pode aceitar, você não deve aceitar. Por isso a lei coloca essas opções.

AMANDA

Esse é o grande problema do contrato de adesão, também. Você não tem como negociar.

SELMA FERREIRA LEMES

Exatamente. Vamos supor que, no futuro, surja um problema com referência a esse contrato. Essa cláusula tem que ser mais especificada. Onde será instaurada essa arbitragem? Aí, estaremos diante de um problema. Vamos supor que essa cláusula diga que o indivíduo tem que ir ao Rio de Janeiro instaurar um conflito, propor uma demanda arbitral. Isso, seguramente, é afastado e ele poderá

ir ao Judiciário, porque pode ser interpretado como uma denegação de Justiça. Estão criando óbices à Justiça. A questão é muito delicada, por isso a lei foi redigida dessa maneira. Se o aderente desejasse e ponto, seria um problema de difícil solução.

A título de exemplo, no Rio de Janeiro, a jurisprudência em área de arbitragem em relação de consumo é copiosa no sentido de que cláusula de arbitragem em contrato de adesão ou relações de consumo não tem eficácia. Se você levantar a jurisprudência do Rio de Janeiro, é nesse sentido.

RAFAEL FRANCISCO ALVES

Um comentário, só para complementar, Amanda. Imagine que todos os contratos que você firmasse como cidadão – TV a cabo, telefonia, internet, gás, luz – tivessem uma cláusula arbitral embutida.

AMANDA

Cairíamos naquele problema que vocês citaram, a massificação.

RAFAEL FRANCISCO ALVES

Qualquer que fosse a demanda, você teria de ir para arbitragem; na câmara estipulada no contrato, escolhida pela concessionária ou pela empresa. É essa a situação nos Estados Unidos, hoje, por isso lá existe um movimento muito forte contrário à arbitragem. Claro, é um movimento contrário a esse tipo de arbitragem, para a qual criaram o nome de “arbitragem forçada”. Quer dizer, arbitragem, sim, mas forçada, não.

Há uma discussão no Congresso norte-americano, um projeto de lei em tramitação para proibir a arbitragem em casos de adesão, relação de consumo, quando existe uma fragilidade de uma das partes. Esse ponto é, exatamente, a zona cinzenta; é o propósito do texto de Owen Fiss. A arbitragem vai muito bem quando há duas partes em equilíbrio de condições, que conseguem negociar igualmente; quando existe um desequilíbrio de poder, só há uma pessoa que pode resolver esse desequilíbrio de poder: o juiz. O árbitro é limitado, em seus instrumentos, para conseguir reequilibrar relações desequilibradas.

De novo, reforço que, nas áreas de consumo e trabalhista, ainda não conseguimos definir a melhor forma de realizar as arbitragens,

mas precisamos discutir isso, porque vejo como salutar o crescimento das arbitragens nessas áreas, desde que o processo de expansão seja refletido. Nesse ponto, concordo com a Selma [Ferreira Lemes], o ideal é que, nesse caso, a opção seja para o aderente.

AMANDA

Mesmo porque o custo é elevado, a arbitragem ainda é cara. Se um contrato tem um hipossuficiente, posso não querer me submeter devido ao custo. E, às vezes, não há necessidade de aquele problema ser resolvido logo.

RAFAEL FRANCISCO ALVES

Como bem disse a Selma [Ferreira Lemes], também existem decisões judiciais que reconhecem isso, e, nessa situação de adesão, cabe ao aderente optar e não ser forçado.

SELMA FERREIRA LEMES

Na prática, para resolver esse problema, existe a chamada oferta de arbitragem; há a cláusula, mas ela fica à disposição do consumidor. Se ele quiser, ou ele pode ir ao Judiciário ou à arbitragem. Se ele preferir a arbitragem, terá de ir para uma instituição – como, por exemplo, o CAESP, onde os custos são módicos – em que a empresa ou banco tenha convênio. E não leia, nesse sentido, que tem um convênio e, então, já vai haver parcialidade. Nada disso. A pessoa terá o direito de indicar seu árbitro, mas tem de haver facilitação para que isso ocorra.

Seguindo a linha do que o Rafael [Francisco Alves] falou, há um autor francês, muito antigo no estudo da arbitragem, que diz o seguinte: “A arbitragem prevê o equilíbrio de forças. Onde ele não existe, ela é asfixiante”. Isso é patente na arbitragem, na arbitragem de relações de consumo, principalmente. Se não tiver um equilíbrio, ela vai asfixiar, mesmo; ela mata, ela não pode existir.

CLÁVIO VALENÇA

Uma observação rápida sobre o problema da sede da arbitragem em matéria de consumo. Conheci a experiência americana da arbitragem compulsória relacionada a seguro obrigatório; ela é obrigatória em Nova Jersey, Nova York e Minnesota, no último Estado há um

dispositivo interessante que diz que a sede da arbitragem não pode ficar há mais de cem quilômetros da residência da parte hipossuficiente. Essa é uma tentativa de conciliar, e vem de encontro com a preocupação da Selma [Ferreira Lemes].

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Tenho uma questão semelhante. Na pesquisa que mencionei no início do colóquio encontramos alguns casos de arbitragem com quantias. Eram dois cheques, de R\$ 300 e de R\$ 157, em uma ação de anulação de sentença arbitral, em que se procurava anular uma sentença que havia condenado o sujeito em R\$ 115, e a razão, a causa do pedido de anulação dessa sentença era que já houvera um processo arbitral anterior àquele, do mesmo cheque. Ou seja, o cheque de R\$ 115 foi discutido em arbitragem duas vezes. Nós nos perguntamos: que arbitragem, que câmara é essa? Onde ocorreu essa arbitragem? Fiz uma relação e me pareceu que não era uma câmara arbitral, e sim uma agência de cobrança. Relacionei com relação de consumo.

SELMA FERREIRA LEMES

Era cheque.

[NOME INAUDÍVEL]

Talvez fosse aquele tipo de ação em que, quando o cheque prescreve, talvez seja preciso fazer uma ação.

SELMA FERREIRA LEMES

Ficou nítido, era uma entidade de cobrança.

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Retomando, considere arbitragem em relação de consumo, alguém consumiu ou comprou algo em uma empresa e esta mandou para uma câmara de arbitragem cobrar. Isso me levou a pensar que, dentro dessa relação Judiciário/arbitragem, Judiciário/sociedade, o fenômeno de arbitragem em situações ditas menores, massificação da arbitragem, é recente. Determinados setores da sociedade perceberam que o Estado, que até então detinha o monopólio da jurisdição, delegou – em 1996 delegou e em 2002 confirmou a

delegação de poder – o poder de julgar conflitos a órgãos da própria sociedade. Então, basta nós, da sociedade, nos organizarmos em um órgão privado, que teremos o poder de julgar nossos pares. Quando a sociedade, a massa da sociedade toma consciência disso, ela acaba organizando câmaras de arbitragem que, na verdade, funcionam como setores de cobrança. Isso afeta. Agora, o indivíduo vai dizer da arbitragem como um todo, e não da arbitragem praticada por determinadas câmaras. Quem deve exercer o controle desse tipo de atividade é o Judiciário. Deixe isso acontecer, que a parte vai ao Judiciário e este, certamente, anulará essa sentença.

Quem sabe o Ministério da Justiça crie um programa para controlar as câmaras de arbitragem inidôneas, ou a própria arbitragem – o movimento em prol da arbitragem e de quem já a pratica e transpira para praticá-la de maneira correta, porque ela dá trabalho –, quem exerce esse controle? Encaixaria essa discussão dentro do controle Judiciário.

LUIZ FERNANDO TEIXEIRA PINTO

Sou do Rio de Janeiro, e gostaria de trazer a vocês a experiência que tivemos lá com relação a essas câmaras fictícias de arbitragem. Alguns anos atrás, em um esforço concentrado entre a OAB do Rio de Janeiro e o Poder Judiciário, todos os centros ou todos aqueles ditos tribunais de arbitragem que utilizavam não só o nome do tribunal, mas se arvoravam como juízes, com distribuição de carteiras, com cursos de formação de juízes arbitrais, todos esses centros e instituições foram fechados. Hoje, não consigo me lembrar de algum que tenha continuado a funcionar, com exceção do Tribunal Arbitral do Rio de Janeiro, que foi obrigado a mudar de nome; ele ainda existe, mas, aparentemente, com muito pouca atividade. Todos os demais foram fechados nesse esforço conjunto da OAB com o Poder Judiciário.

[NOME INAUDÍVEL]

Boa tarde. Nessa linha da proliferação das câmaras arbitrais no Brasil, em São Paulo, temos visto algumas câmaras especializadas em assuntos como franquia, distribuição de bebidas. Gostaria de saber se isso é benéfico porque, muitas vezes, penso que elas ficam viciadas. Tem um corpo permanente de árbitros nessas câmaras, há uma

jurisprudência, mas com um padrão de sentença que eles utilizam para casos semelhantes. Às vezes ficam viciados, levam sempre a arbitragem para a mesma instituição e a sentença acaba viciada, a parte já vai sabendo que terá êxito naquele tipo de controvérsia.

SELMA FERREIRA LEMES

Não há nenhum impedimento que existam câmaras setoriais, o fato é que tudo deve ser adequadamente aplicado. Evidentemente, você não pode ficar em uma câmara setorial onde será escolhido sempre o mesmo árbitro porque, nesse caso, já se sabe de antemão qual é a linha dele. Na prática, a pessoa de determinado mercado iria querer sempre aquele árbitro, porque se este já decidiu uma questão anterior e, provavelmente, se o caso é o mesmo, decidirá igual. É preciso ter bom senso, equilíbrio, para utilizar as câmaras arbitrais.

Não há nenhum problema em tê-las. Isso ocorre em todo o mundo todo. Há câmaras setoriais muito importantes, até centenárias, como as câmaras de mercadoria que trabalham com algodão, café, pimenta e, principalmente, cereais, que têm suas câmaras de arbitragem, elas são eminentemente setoriais. No Rio de Janeiro há uma fundada para a área de locação, de imobiliária.

Desde que seja adequada e corretamente utilizada, não há nenhum problema.

[NOME INAUDÍVEL]

De certo modo, acho benéfico, justamente porque você [a câmara setorial] fica especializada em um tipo de matéria, os árbitros adquirem conhecimento e sabem como lidar com o assunto. Mas há casos em que percebo uma massificação, casos de arbitragem em que as sentenças são em alta quantidade e a qualidade cai um pouco. Muita quantidade e pouca qualidade, como já encontrei em alguns casos.

[NOME INAUDÍVEL]

Só um detalhe, um problema típico de resolução judicial de conflito. Quem advoga aqui já sabe, é sentença pronta, é o padrão, julgamento mecânico. Outra questão é que a arbitragem, por compartilhar algumas características com o Judiciário, assimila o vício que o Judiciário tinha.

[NOME INAUDÍVEL]

Mesmo essas câmaras que têm corpo fechado de árbitros, a parte fica vinculada a sempre escolher um dos nomes da lista, que não sejam árbitros de fora. Você concorda com isso?

SELMA FERREIRA LEMES

Não concordo porque a arbitragem prevê a possibilidade de se indicar um árbitro. É preciso usar essa faculdade. Se estão impondo, o processo todo está viciando. Há instituições que pregam: “Preferencialmente, o presidente do tribunal arbitral tem de ser membro da câmara”. Nesse caso, a conotação é outra, ou seja, isso vai garantir a qualidade da arbitragem, o que pressupõe que as pessoas que fazem parte da referida lista de árbitros conhecem o procedimento. É importantíssimo ter “arbitralistas” em uma arbitragem, obviamente, nesse contexto, sim, mas, se for fechado, de jeito nenhum.

PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA

Alguma pergunta? O próximo painel deve continuar essa discussão. Agora discutiremos intercorrências na arbitragem, exame de admissibilidade do pedido de arbitragem, impugnação e destituição de árbitros e medidas cautelares, com Dr. Pedro Paulo [Cristofaro] e o Dr. Luiz Fernando [Teixeira Pinto].

A ideia de um colóquio, além de debater, é inaugurar questões, é criar questionamentos, os quais serão novamente debatidos, trabalhados, estudados e, aí, perceberemos que a arbitragem brasileira se desenvolveu até um certo ponto e, hoje, enfrenta problemas diferentes de cinco, seis, dez anos atrás. E as questões são colocadas novamente e renovadas; e os problemas serão outros. Nossa tarefa, agora, é resolver os problemas que se apresentam, avançando no desenvolvimento da arbitragem. É importante destacar isso.

Obrigado a todos, obrigado aos palestrantes

PROGRAMA

DIREITO GV & Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem

COLÓQUIO “PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?”

3 de junho de 2009

ORGANIZAÇÃO

Camila Villard Duran

Vivian Legname Barbour

Coordenadoria de prática jurídica e atividades complementares da DIREITO GV

ABERTURA (9h30-9h45)

APRESENTAÇÃO DO EVENTO

Ary Oswaldo Mattos Filho, diretor da DIREITO GV

Luiz Fernando Teixeira Pinto, ex-membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, diretor conselheiro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)

PRIMEIRA MESA (9h45-11h00)

OS TERMOS DO DEBATE: PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?

EXPOSITORES

Eduardo Damião Gonçalves, professor do curso de arbitragem e mediação do *GVlaw*, presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)

Pedro Batista Martins, membro da comissão relatora da lei de arbitragem, professor convidado e coordenador de cursos de pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro e São Paulo)

MODERADOR

Clávio Valença, professor da DIREITO GV

COFFEE BREAK (11h00-11h15)

SEGUNDA MESA (11h15-12h30)

ARBITRAGEM NO ÂMBITO DE ENERGIA E AVIAÇÃO: CONTEXTO, ATORES E ENTRAVES

EXPOSITORES

Fúlvio Luiz Delicato Filho, sócio do Delicato Serviços de Consultoria Aeronáutica Ltda., árbitro da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem
Gilberto Giusti, sócio do Pinheiro Neto, vice-presidente do Comitê de Arbitragem da International Bar Association (IBA)

Paulo Gay Ger, Diretor jurídico da REPSOL

MODERADOR

Salem H. Nasser, professor e coordenador do Núcleo de Direito Global da DIREITO GV.

Videoconferência (13h30-15h30)

EAESP

LOCALIZAÇÃO, DESLOCALIZAÇÃO E AUTONOMIA: O PROBLEMA DA ORDEM JURÍDICA DE BASE E A EFETIVIDADE DA INSTÂNCIA ARBITRAL

EXPOSITORES

Emmanuel Gaillard, Professor da Université Paris XII, Chairman do International Arbitration Institute (IAI)

Eduardo Damião Gonçalves, professor do curso de arbitragem e mediação do GV*law*, presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)

MODERADOR

Clávio Valença, professor da DIREITO GV

COFFEE BREAK (16h-16h15)

TERCEIRA MESA (16h15-17h45)

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO

EXPOSITORES

Rafael Francisco Alves, membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).

Selma Ferreira Lemes, membro da Comissão Relatora da Lei de Arbitragem, membro do grupo latino-americano da CCI

MODERADOR

Paulo Eduardo Alves da Silva, professor da DIREITO GV

QUARTA MESA (17h45-19h15)

INTERCORRÊNCIAS NA ARBITRAGEM: EXAME DE ADMISSIBILIDADE DO PEDIDO DE ARBITRAGEM, IMPUGNAÇÃO E DESTITUIÇÃO DE ÁRBITRO E MEDIDAS CAUTELARES

EXPOSITORES

Luiz Fernando Teixeira Pinto, ex-membro da Corte Internacional de Arbitragem da CCI, diretor conselheiro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr)

Pedro Paulo Cristofaro, diretor jurídico da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem

MODERADOR

Paulo Eduardo Alves da Silva, professor da DIREITO GV

NOTAS

1 Não foi possível transcrever a quarta mesa de debates em razão de falhas no sistema de áudio.

2 Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/index.htm>>. Acesso em: 15 ago 2009.

3 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf>. Acesso em: 18 ago 2009.

4 Meios alternativos de solução de disputas (*Alternative Dispute Resolution* – ADR). Disponível em: <<http://www.direitogv.com.br/AppData/Publication/Caderno%2013.pdf>>. Acesso em: 19 ago 2009.

CADERNOS DIREITO GV

APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL .1

Marcos Nobre

IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS .2 OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES

Guido Fernando S. Soares,
Maria Lúcia Pádua Lima,
Maria Carolina M. de Barros,
Michelle Ratton Sanchez,
Sérgio Goldbaum,
Elaini C. Silva

REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DEMOCRACIA .3

Direito GV
e Valor Econômico

O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO .4

Luciana Gross Cunha,
Alexandre dos Santos Cunha,
Flávia Scabin,
Mariana Macário,
Marcelo Issa

REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO .5

Flávia Portella Püschel,
José Rodrigo Rodriguez

I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL .6

OAB-SP e Direito GV

PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO .7 PARA O CURSO DE DIREITO; DISCIPLINA: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS

Maurício P. Ribeiro

MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/ MODELS OF ADJUDICATION .8

Owen Fiss

RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO .9 E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

Viviane Muller Prado,
Vinícius C. Buranelli

PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO .10

Alexandre dos Santos Cunha,
André V. Nahoum,
Conrado H. Mendes,
Diogo R. Coutinho,
Fernanda M. Ferreira,
Frederico de A. Turolla

CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO .11
Luciana Gross Cunha (org)

FOCOS – CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .12
Michelle Ratton Sanchez (org),
Cassio Luiz de França (org),
Elaini C. G. da Silva (org)

PROGRAMAS DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS .13
Ana Mara F. Machado,
Rafael Francisco Alves

FOCOS – FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL .14
Cassio Luiz de França (org),
Michelle Ratton Sanchez (org)

A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL .15
Maíra Rocha Machado,
Marco Aurélio C. Braga

O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL .16
Ronaldo Porto Macedo Júnior

PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL: COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC .17
– COMUNIDADES EUROPÉIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS
Juana Kweitel (org),
Michelle Ratton Sanchez (org)

EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO-APRENDIZADO DA DIREITO GV .18
Rafael Domingos F. Vanzella (org)

O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO: ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK .19
José Rodrigo Rodriguez (coord),
Ana Mara Machado,
Luisa Ferreira,
Gisela Mation,
Rafael Andrade,
Bruno Pereira

A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO .20
A CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO DO IMPÉRIO
José Reinaldo de Lima Lopes

TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO: .21
DIREITO À TRANSPARÊNCIA ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS
Eurico Marcos Diniz de Santi (coord)
Tathiane dos Santos Piscitelli,
Andréa Mascitto

O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA .22
Bruno Meyerhof Salama

LIMITES DO DIREITO PENAL .23
PRINCÍPIOS E DESAFIOS DO NOVO PROGRAMA DE PESQUISA EM DIREITO PENAL NO INSTITUTO MAX-
PLANCK DE DIREITO PENAL ESTRANGEIRO E INTERNACIONAL
Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Sieber, Freiburg i. Br.

UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS .24
EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE
A MOROSIDADE PROCESSUAL: ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS
DO ESTADO DE SÃO PAULO - *LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO*
Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.)

PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .25
DIREITO GV

MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO .26
APRESENTAÇÃO - Ary Oswaldo Mattos Filho
AULA INAUGURAL - José Eduardo Campos de Oliveira Faria
APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA - Oscar Vilhena Vieira, Ronaldo Porto
Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Vieira Sundfeld

DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL .27
Coordinator: Marta Rodriguez de Assis Machado
Authors: Marta Rodriguez de Assis Machado, Ana Carolina Alfinito Vieira,
Carolina Cutrupi Ferreira, Vivian Cristina Schorscher

UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT .28
Viviane Muller Prado (coord.), Rafael de Almeida Rosa Andrade,
Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos

INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES .29
INTERPRETAÇÃO E OBJETIVIDADE
USOS E ABUSOS NAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS
INTERPRETAÇÃO, POLÍTICA E FUNÇÃO
coordenação: Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr.
colaboração especial: Luciana Reis e Marcelo Shima Luize

CRISE NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL .30
Ary Oswaldo Mattos Filho
e Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima (coord.)

METODOLOGIA DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: .31
ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS
EXPOSIÇÕES, DEBATES E RELATOS DO WORKSHOP NACIONAL
DE METODOLOGIA DE ENSINO
José Garcez Ghirardi (coord.)
Ieda Dias de Lima, Ligia Paula P. Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos

ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: .32
UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO
Adriana Braghetta, Daniela Monteiro Gabbay, Eleonora Coelho Pitombo, Rafael Francisco
Alves, Selma Ferreira Lemes (coord. geral)

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.





