

O juízo arbitral

CÉLIO BORJA

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O juízo arbitral. 3. O juízo arbitral no Código Civil brasileiro. 4. A cláusula compromissória. 5. O árbitro. 6. Pré-condições para o êxito do juízo arbitral. 7. A mediação via arbitragem. 8. A homologação judicial da arbitragem. 9. A independência, imparcialidade e autoridade no juízo arbitral. 10. O processo de arbitragem - procedimentos e garantias. 11. Conclusão.

1. Introdução

A liberdade individual desdobra-se, no Estado moderno, em duas classes de direitos invioláveis porque declarados nas Constituições: os direitos políticos e os direitos civis.

Os primeiros são prerrogativas da cidadania e têm por escopo a participação dos membros da comunidade política na formação da vontade do Estado; já os direitos civis visam a assegurar a autonomia da vontade dos indivíduos e das associações, corporações e sociedades por eles formadas e a disciplinar as relações que nascem do exercício dessa liberdade.

A mais alta e importante modalidade de exercício é a de dar regras ou normas aos seus próprios atos. Santi Romano ao tratar dos conceitos de autonomia e de negócio jurídico, no *Frammenti di un Dizionario Giuridico*, lembra que, etimologicamente, autonomia é o poder de fazer lei para si próprio e que o negócio jurídico é a faculdade que a vontade individual livre ou autônoma tem de fazer a regra ou a norma que disciplinará um certo e concreto ato jurídico, que pode ser unilateral, como a doação e a renúncia de um direito disponível; ou bilateral e sinalagmático, como o contrato.

O ato jurídico, como manifestação da vontade, tanto cria, como extingue direitos, com

Célio Borja é Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal e Professor de Direito Constitucional da UERJ.

ressalva dos indisponíveis.

2. O juízo arbitral

Os litígios que surgem, no meio civil, com relação a direitos e obrigações oriundos dos negócios jurídicos, isto é, de atos livres da vontade de um ou mais sujeitos — tais litígios só a partir de certo momento da história do direito passaram a ser dirimidos, exclusivamente ou preponderantemente, pelo príncipe ou pelo Estado. Em Roma, o pretor, que é um magistrado, confia ao *judex*, que magistrado não é, dizer o direito aplicável ao caso. Lá, também as *repon-sa* dos jurisconsultos faziam lei para as partes e quando homologadas pelo Imperador, para a *Urbs* e o *orbe* romano. Certas instituições, como a família, as corporações de ofício, as confrarias, as comunidades de vizinhança e a Igreja, na Idade Média e até a Revolução Francesa, produziam suas próprias regras e detinham o poder de aplicá-las a seus membros.

Emanuele Cuzzeri (*Il Codice di Procedura Civile Illustrato*, v. I, ristampa, Verona, Renato Tedeschi & Figlio Editori, 1902) registra o fato de a primeira Assembléia Nacional Francesa ter proclamado que o legislador deveria abster-se de qualquer disposição tendente a diminuir o prestígio e a eficácia do compromisso, porque a arbitragem é o meio mais razoável de pôr fim às controvérsias (cf. p. 17, nota 1). Assim é que “tornou-se obrigatória a arbitragem dos pais, amigos e vizinhos nas controvérsias entre marido e mulher, ascendentes e descendentes, entre colaterais e afins, até o terceiro grau. Os pedidos de divórcio, fundados em determinadas acusações, foram deferidos a árbitros e, posteriormente, também as questões hereditárias e de divisão de bens comuns.”

3. O juízo arbitral no Código Civil brasileiro

O Código Civil brasileiro, fiel à nossa tradição jurídica, adota dois institutos que resguardam o direito individual de compor os conflitos por livre determinação da vontade: o primeiro é a *transação*, mediante a qual o litígio termina por concessões mútuas das partes (art. 1.025), e o segundo é o *compromisso*, que consiste em resolverem elas suas pendências judiciais ou extrajudiciais, submetendo-as ao juízo de árbitros (Código Civil, art. 1.037).

À imposição do juízo arbitral, sucedeu o exagero oposto de dificultá-lo, tornando-o ocioso, ou de proibi-lo. Se a sua obrigatoriedade punha em risco a liberdade individual, submetendo-a ao julgamento do mesmo grupo ou ins-

tituição social que a ameaça, a inutilização e a proibição da arbitragem subtrai dos indivíduos uma das prerrogativas mais importantes da sua liberdade civil e autonomia, que é a de extinguir os litígios, por ato de sua própria vontade.

4. A cláusula compromissória

O juízo arbitral, objeto dessa singela exposição, é ato *inter volentes*, e tem a mesma natureza negocial do contrato a que acede. A *cláusula compromissória* é a disposição do contrato na qual as partes obrigam-se a sujeitar ao julgamento de árbitros as pendências que, futura e eventualmente, surgirem. Essa característica da cláusula compromissória de dispor sobre um litígio futuro e incerto é o que a distingue do *compromisso*, pois este só é firmado após o surgimento da disputa, e, nele, as partes indicam o árbitro ou árbitros e seus substitutos, definem o objeto do litígio, dispõe sobre a responsabilidade de despesas e honorários cujo valor, então, fixam e, também, sobre o procedimento a ser observado. Com a aceitação pelos árbitros do *múnus* que as partes lhes cometem, instaura-se o juízo arbitral.

Como todo ato jurídico, a cláusula compromissória pode ser anulada pelos vícios capazes de infirmar a sua constituição. Tanto é assim que, viciada a vontade de qualquer das partes, é nula a obrigação de louvar-se em árbitros. Também será nula se a disputa versar sobre direito indisponível.

5. O árbitro

As disposições singelas do Código Civil parecem-me suficientes para o fim a que se propõem. Corrobora essa opinião o fato de recorrer-se, com relativa frequência, à opinião dos mais doutos para resolver e extinguir um litígio entre partes de boa-fé.

Quando é do interesse dos litigantes que a contenda tenha solução extrajudicial, ou porque não lhe querem dar publicidade, ou para resguardar-se das delongas inevitáveis do processo judicial, é comum que eles recorram, para dirimir a controvérsia, a um jurista de grande nomeada, a um antigo magistrado assinalado por sua independência e imparcialidade, a um *expert* em temas só conhecidos de um pequeno número.

Muitas consultas aos juristas, mesmo sem que isso lhes seja revelado, destinam-se, na verdade, a compor interesses desavindos, iluminar aspectos obscuros e dissipar dúvidas, tanto de particulares, como de autoridades pú-

blicas, prevenindo eficazmente a eclosão do litígio ou pondo-lhe fim.

6. *Pré-condições para o êxito do juízo arbitral*

A condição fundamental do êxito do juízo arbitral é a *boa-fé das partes* e a autoridade do laudo ou sentença, que decorre, sobretudo, da perfeita articulação do seu dispositivo ou decisão com a fundamentação respectiva, que há de ser convincente para os espíritos retos desarmados de paixão.

Quando essas pré-condições de eficácia da arbitragem estão presentes, as partes cumprem religiosamente as obrigações ou deveres que o laudo lhes impõe, sem necessidade de recurso ao Poder Judiciário, seja para torná-los coercitivos, seja para executá-los ou liquidá-los.

Esse, parece-me, é o modelo clássico de juízo arbitral: *simples, célere, seguro na fundamentação e na decisão e, por isso, revestido da grande autoridade que torna fácil a execução entre litigantes de boa-fé.*

7. *A mediação via arbitragem*

Os mesmos personagens que agem como árbitros podem servir como mediadores na transação, na qual extingue-se a disputa por concessões recíprocas. A Associação Comercial da Bahia acolheu esse alvitre, no Regulamento da sua Câmara de Conciliação e Arbitragem, de tal sorte que o seu colégio de árbitros tanto concilia, pela via da transação, como julga, por força do compromisso dos litigantes.

Ao dispor sobre a matéria, então, já regulada pela lei civil substantiva, o Código de Processo Civil de 1939, no melhor propósito de resguardar o juízo arbitral dos riscos da desnacionalização pela imposição nos contratos internacionais de árbitros e leis estrangeiros e para assegurar às partes garantias equivalentes às que lhes são dadas no processo judicial, regulamentou-o além da conta, tornando-o pouco atraente para os que buscam decisão segura e rápida, confiável e autorizada, para as suas demandas.

8. *A homologação judicial da arbitragem*

A primeira grande dificuldade decorre da necessidade de homologação judicial da sentença dos árbitros. Dois grandes empecilhos daí decorrem: o retardamento da execução do laudo arbitral e a possibilidade de reabertura, pelo vencido, da matéria nele decidida.

A homologação da decisão dos árbitros teria justificação na dupla necessidade de asse-

gurar, não só o monopólio da função jurisdicional do Estado, como o direito de toda pessoa de "submeter ao Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direito" (art. 5.º, XXXV, Constituição Federal).

Começo pela última e reporto-me ao que disse, antes, acerca da natureza estritamente voluntária e negocial do recurso à arbitragem que resulta do exercício do direito civilmente assegurado a todos que são capazes de transigir e de pôr fim ao litígio com a anuência da outra parte. Trata-se, na verdade, de uma forma consensual de dispor sobre a interpretação e execução dos contratos.

Nessa hipótese, só haveria que falar em lesão se o direito transacionado fosse indisponível. E se houver causa de nulidade, o recurso ao Judiciário permanece válido e possível.

A segunda objeção à autoridade plena do julgamento dos árbitros parece-me mal fundada, pois a essência da função jurisdicional não é atingida pelo laudo arbitral que, servindo como título extrajudicial, só se executa mediante a coerção do Estado-Juiz.

Dir-se-á que o árbitro usurpa a parte da atividade jurisdicional que consiste em dizer o direito e aplicá-lo ao caso.

Essa, contudo, é uma operação técnica para a qual estão habilitados, além do juiz, o advogado, o *scholar* e os membros das diferentes carreiras jurídicas, como a do magistério e a do Ministério Público.

A execução, sim, é verdadeiramente de natureza política, porque pressupõe o ato de autoridade, o comando de uma vontade privilegiada e superior, a relação hierárquica entre o magistrado que ordena e o jurisdicionado que cumpre, enfim, o poder de impor ao executado, que a elas resiste, uma prestação ou uma abstenção onerosas.

Em síntese, tenho que o objeto do monopólio do Estado é o emprego da força, não o conhecimento do Direito, nem que se há de supor que, em razão do cargo, o magistrado saiba mais do que o advogado, o membro do *parquet* ou o professor. Como órgão do Estado, o que ele tem privativamente é o poder de impor a uma das partes do litígio uma certa conduta comissiva ou omissiva.

9. *A independência, imparcialidade e autoridade no juízo arbitral*

Enfim, há quem diga que, no juízo arbitral, as partes são privadas da segurança que ad-

vém da independência, da imparcialidade e da autoridade do juiz estatal. Isto se responde, a meu ver, com dois argumentos. O primeiro é que esses atributos nem sempre encontram-se, concretamente, no juiz da causa, que não é escolhido pelas partes, mas mediante sorteio ou disposição legal ou regimental, bem como por designação de uma outra autoridade judiciária.

Depois, porque, sendo atributos morais, podem eles encontrar-se nos árbitros que as partes escolhem, precisamente porque sabem seguramente que eles os possuem.

Enfim, sem embargo de doutíssimas vozes contrárias, o juízo arbitral tem, hoje, defensores entre os mais acatados membros da magistratura nacional, pelas razões que peço licença para expor brevemente e que se resumem na sobrecarga dos Juizes e tribunais, assediados por novos usuários dos seus serviços que são os mais pobres à procura de defensores públicos e da Justiça pública.

Em estudo sobre a *Reforma do Poder Judiciário* (Carta Mensal, Conselho Técnico, Confederação Nacional do Comércio, v. 39, n.º 468-março, 1994, pp. 46-53), lembrei que "a tendência centralizadora iniciada com a reforma constitucional de 1926" ... "subverteu a organização da Justiça do federalismo clássico" (p. 47) e, não obstante a multiplicação dos órgãos judiciários que promoveu, não os aliviou da notória sobrecarga que é causa principal da exasperante lentidão dos processos. O exemplo que comprova essa afirmação tira-se da criação mesma de uma jurisdição federal de primeiro e de segundo graus.

Na verdade, a Justiça Federal foi criada para julgar as causas em que a União é parte, o que põe a nu o fato de ser o seu governo o maior litigante do País, pois a sua administração e sua Fazenda ocupam um número avultado de juizes e tribunais com pendências geradas por exigências abusivas e uma tributação quase confiscatória. Some-se a isso a tradição de impontualidade para com os seus credores, de desprezo das regras da lealdade, da boa-fé e da equanimidade no trato com os administrados, o anacronismo e o desaparelhamento material dos cartórios e das secretarias dos tribunais, a obsolescência do processo civil e criminal e explicar-se-ão os esforços que já se iniciam para, no bojo da prometida reforma do Estado, descentralizá-lo e à sua Justiça e, simplificando a instauração e os procedimentos do juízo arbitral, desafogar o Judiciário e permitir a rápida solu-

ção dos litígios que nascem das divergências na interpretação e aplicação dos contratos.

Ao tempo em que fui Ministro da Justiça, com vistas a superar essa e outras dificuldades, pedi a colaboração do Instituto dos Advogados Brasileiros. Este, em parecer da lavra de seu antigo presidente, o Dr. Otto Eduardo Yizcu Gil, notável jurista e renomado comercialista, propôs utilíssimas modificações das normas processuais em vigor e do projeto de lei do Senado n.º 78/92 (Senador Marco Maciel) que, acolhidas, tornarão atraente a solução dos litígios por via da arbitragem (v. "Nova Regulamentação das Arbitragens", *Revista de Informação Legislativa*, ano 30, n.º 118, abr./jun. 1993, pp. 427-434).

10. O processo de arbitragem – procedimentos e garantias

Das considerações do ilustre jurisconsulto, recolho, para a apreciação, as de caráter técnico, compatíveis com a natureza eminentemente jurídica deste trabalho.

Para imprimir celeridade ao processo da arbitragem, recomenda o Dr. Otto Eduardo Gil a soberania do juízo arbitral, ou seja, que a sua decisão seja final, servindo a sentença respectiva de título executivo, independentemente de homologação judicial, hoje exigida pelo Código de Processo Civil (arts. 1.098-1.102).

A este atributo há de somar-se, na sua opinião, a simplicidade dos procedimentos que está, hoje, comprometida por não ser a cláusula compromissória condição suficiente de procedibilidade. Explico: embora se tenham as partes obrigado, no contrato, a submeter os litígios futuros ao juízo arbitral, não é isto suficiente para instaurá-lo. Um outro ato é, atualmente, exigido: o compromisso, no qual as partes se identificam, nomeiam os árbitros, determinam o objeto do litígio e decidem quanto à responsabilidade do pagamento de honorários e despesas processuais. Só, então, aceitando os árbitros a nomeação, o juízo arbitral está instituído (art. 1.085, CPC).

Ora, ocorre que o juízo arbitral não se instaura se uma das partes foge à formalização do compromisso, que, tal como a cláusula compromissória, é ato consensual do juízo arbitral; por isso mesmo, parte da doutrina passou a admitir e, mais, a preconizar que a cláusula compromissória contivesse, antecipadamente, os requisitos de procedibilidade, enumerados nos artigos 1.074 e 1.075 do Código de Processo Civil.

Em consequência, qualquer das partes, à revelia da outra, promoveria a instauração do processo arbitral

Lembra ainda, o Dr. Otto Eduardo Vizeu Gil que a segurança das partes, no juízo arbitral, pressupõe o reconhecido saber jurídico e a sólida reputação de integridade dos árbitros, de um lado, e o julgamento segundo o Direito e a lei, de outro.

O requisito de reconhecido saber jurídico dos árbitros parece contradizer o disposto no artigo 1.079 do Código de Processo Civil, que ressalvando as causas de incapacidade, postas nos seus incisos I, II e III, os impedimentos éticos do artigo 134 e os deveres do juiz, do artigo 133, admite possa ser árbitro "quem quer que mereça a confiança das partes".

Relator-geral que fui, na Câmara dos Deputados, do projeto de lei do Código de Processo Civil vigente, devo, no ponto, um esclarecimento e uma retificação. É que situações há em que mais vale a sabedoria do que a ciência. Nas questões em que preponderam valores éticos ou afetivos, como nas relações familiares e de amizade, pode justificar-se a intermediação do leigo em matéria jurídica. Mas, confesso, ai cuidar-se-á mais de conciliação por transação do que de arbitragem propriamente dita.

Tal, porém, não ocorre quando estão em jogo outros interesses, como, por exemplo, os dos agentes econômicos que ajustam seus direitos e obrigações nos negócios jurídicos que celebram, e cuja interpretação e aplicação subordinam-se, necessariamente, às regras técnicas do Direito e ao ordenamento jurídico estatal.

Penso que, nos centros ou câmaras de arbitragem abrigados à sombra de instituições venerandas, como é a Associação Comercial da Bahia, o elenco dos árbitros deve cingir-se ao número dos que somam a integridade do caráter ao conhecimento do Direito em grau eminente. Pois é essencial que as partes saibam qual a lei que presidirá o julgamento da sua causa e confiem na sua correta aplicação.

Em íntima conexão com esse ponto, outro se apresenta que é o relativo ao julgamento *ex aequo et bono* ou "por equidade, fora das regras e formas de direito", como permitido pelo artigo 1.075, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Também aqui a lei rende homenagem, a duplo fundamento, a umas poucas instituições sociais, como a família, as Igrejas e cultos religi-

osos, as associações e fundações nas quais as razões de consciência dos primeiros e os nobilíssimos objetivos das últimas podem, eventualmente, reclamar um tipo especial de composição de litígios ou de interesses. Algumas possuem normas próprias, como, e.g., as do direito canônico, ou do corânico ou do talmúdico, antigas e respeitáveis, que dispõem sobre atos e fatos de sua intimidade ou sobre temas específicos das pessoas que nelas se congregam. Respeitados os princípios e disposições de ordem pública, parece justificado, desde que admitido pelas partes, o julgamento dos árbitros fundado em semelhantes normas.

Trata-se de tímida tendência de descentralização social, em um país que assistiu, nos últimos setenta anos, a marcha batida das forças centripetas sobrelevar e reduzir a nada as poucas manifestações de autonomia das instituições da sociedade civil e dos entes políticos federados.

Creio que o julgamento *ex aequo et bono* ou, segundo a boa consciência do juiz, como na *equity* inglesa, não pode ter lugar no mundo dos negócios ajustados contratualmente e segundo os padrões do direito civil ou mercantil.

Não excluo, porém, a possibilidade de usar-se a franquia do inciso IV do artigo 1.075, do Código de Processo Civil, naqueles mercados existentes no meio nacional que desenvolvem regras negociais próprias, conhecidas e respeitadas por todos os que neles operam, como historicamente aconteceu à navegação e ao comércio marítimo e, presentemente, verifica-se no mercado de ações, no de seguros, no de *commodities* e no de derivativos, emergente, globalizado e volátil. A desregulamentação em curso ou já consumada nos países economicamente mais avançados, deu lugar ao surgimento da auto-regulamentação de certos negócios e mercados, cujas normas são desconhecidas da generalidade dos profissionais do direito ou só são conhecidas daqueles poucos que nelas se especializaram.

O ciclo histórico que está começando com atraso, no Brasil, promete um novo surto de progresso econômico, condicionado, porém, à abertura dos diferentes mercados, à globalização de muitas atividades, tanto mercantis e industriais, como de serviços. As regras que a elas se aplicam são transnacionais, como serão supranacionais as disposições com força de lei, emanadas, no Mercosul, de uma autoridade supranacional.

Nessa perspectiva, é razoável prever o aumento dos conflitos de leis e a crescente estipulação, nos contratos, de cláusulas compromissórias de juízo arbitral, com a indicação da lei a que as partes querem submeter os futuros litígios.

Parece pouco realista supor que, na pacificação deles, atuarão árbitros leigos em Direito ou mesmo profissionais de carreiras jurídicas que não tenham conhecimento sistemático e atualizado dos diferentes sistemas legislativos vigentes nos países-membros, nem das regras comunitárias sobre conflitos de leis.

11. Conclusão

Se, porventura, o instituto do juízo arbitral não se qualificar pela simplicidade, segurança e celeridade para resolver os litígios oriundos dos contratos civis e mercantis celebrados pelos agentes econômicos, parece-me difícil prever como o sistema judiciário estatal se desincumbirá do acréscimo significativo da demanda por seus serviços.

Por todas essas razões, julgo auspicioso o fato de a Associação Comercial da Bahia ter, pioneiramente, lançado a sua Câmara de Arbitragem, antecipando o futuro de liberdade e prosperidade do Brasil, que já se pressente na terra-mãe de todos os brasileiros.