

NOTAS PRELIMINARES SOBRE A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL PRIVADA NO BRASIL: EM BUSCA DE UMA AUTONOMIA (SÉC. XIX - SÉC. XX)

NOTE PRELIMINARI PER LA STORIA DELL'ARBITRATO COMMERCIALE PRIVATO IN BRASILE: LA RICERCA DELL'AUTONOMIA TRA OTTO E NOVECENTO

Marcelo Markus Teixeira*

RESUMO

O presente artigo têm como objetivo analisar em que momento o instituto da arbitragem comercial privada no Brasil torna-se autônomo. Como autonomia deve-se entender a sua independência em relação à justiça estatal que, em parte considerável da história da arbitragem no Brasil, não conferia às decisões arbitrais os mesmos efeitos das decisões proferidas pelo Estado, nem tampouco dotava a cláusula arbitral de eficácia jurídica, tratando-a como mera promessa entre as partes. Para tanto foi realizada uma abordagem histórica que teve como ponto de partida as primeiras menções legais a este método de solução de controvérsias no Brasil, com a também análise dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil na matéria, chegando aos dias de hoje.

PALAVRAS-CHAVE: História da Arbitragem Comercial Privada; Sistema Social de Tratamento de Conflitos; Lei 9.307/96; Convenção de Nova Iorque de 1958.

RIASSUNTO

Quest'articolo ha come oggettivo analizzare il momento in cui l'istituto dell'arbitrato commerciale privato in Brasile diventa autonomo. Autonomia va intesa nel senso di indipendenza rispetto alla giustizia statale che, in una gran parte della storia dell'arbitrato in Brasile non assegnava alle decisioni arbitrali gli stessi effetti di una decisione emanata dallo Stato, nè assegnava efficacia giuridica alla clausola arbitrale, cioè, la considerava una semplice promessa tra le parti. Per quest'analisi è stata messa a punto una ricostruzione storica che ebbe come inizio i primi riferimenti legislativi a questo metodo di soluzione di controversie in Brasile, siccome l'analisi dei documenti internazionali ratificati dal Brasile a riguardo, fino ai nostri giorni..

PAROLE-CHIAVI: Storia dell'arbitrato commerciale privato. Sistemi sociali di soluzione di conflitti. Legge 9.307/96. Convenzione di New York del 1958.

* *Doutor em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln, na Alemanha. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln, na Alemanha. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli Studi di Padova, na Itália. Coordenador do Núcleo Stricto Sensu da UNOCHAPECÓ. Professor Titulas de Direito Internacional e Direito Civil da UNOCHAPECÓ. Integrante do Ius Gentium (Grupo de Pesquisa em Direito Internacional UFSC-CNPq) coordenado pelo Professor Arno Dal Ri Júnior.

1. Introdução

Até a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem em 1996 (Lei 9.307/96) o ordenamento jurídico brasileiro não fazia nenhuma diferença entre arbitragem interna e arbitragem estrangeira. O primeiro diploma legal a tratar do tema de arbitragem no Brasil foi a Constituição Imperial de 1824¹ (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.20). Tal disposição estava inserida expressamente em seu artigo 16 (Direito Civil). Pouco tempo depois surge no Brasil a arbitragem “obrigatória (ou compulsória)”. Isto significava que, para alguns tipos de controvérsias, a utilização da arbitragem era o único meio disponível para a resolução das mesmas. As “regras obrigatórias” repousavam no Regulamento 737 e no Código Comercial brasileiro de 1850 (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.20). Dois exemplos destes dispositivos compulsórios eram controvérsias de direito societário geral (artigo 294 do Código Comercial) e de liquidação de herança (artigo 348 do Código Comercial brasileiro). O Ordenamento 3900 do ano de 1867 foi o primeiro a estabelecer regras processuais acerca da cláusula arbitral na história do direito brasileiro. Entretanto foi também este Ordenamento responsável pelo desenvolvimento de futuros grandes empecilhos para a arbitragem em nosso país. Através deste regulamento foi estabelecido, praticamente, que a cláusula arbitral não possuiria nenhum efeito jurídico, melhor dizendo, teria somente a validade de uma mera promessa.² Diante disso, foi estabelecida no Brasil uma tradição jurídica – até a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem em 1996 (Lei 9.307/96) – que se recusava a reconhecer os efeitos da eficácia de uma cláusula arbitral, trazendo com isso enormes prejuízos para uma possível afirmação do instituto da arbitragem, já que a cláusula arbitral é um dos pilares de sustentação deste método de solução de controvérsias.

Mais tarde a arbitragem foi também regulada no Código Civil de 1916 (do artigo 1037 até o 1048), no Código de Processo Civil de 1939 (do artigo 1031 até o artigo 1046) e no Código de Processo Civil seguinte, de 1973 (do artigo 1072 até o 1102). (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.21).

Não é de hoje que a arbitragem comercial internacional possui um papel de destaque na resolução de controvérsias comerciais privadas internacionais. No cotidiano dos negócios internacionais ela é a regra no que diz respeito ao método escolhido para a solução de eventuais lides e o direito estatal, a exceção. Em um mundo cada vez mais globalizado, em

¹ Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824

² Artigo 09: “a cláusula compromissória, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para a sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do artigo 8, senão também sobre as declarações do artigo 10”.

que as fronteiras se tornam cada vez menos nítidas e a interdependência dos Estados cresce de forma exponencial, a arbitragem surge não mais como uma alternativa ao direito estatal, mas sim como uma necessidade, pois o mundo do comércio privado internacional a escolheu como o meio a ser utilizado.

Diante disso, resta claro que uma inserção nesse mundo globalizado, de relações econômicas internacionais cada vez mais intensas, depende de uma boa receptividade do Estado ao instituto da arbitragem comercial internacional, tanto no que diz respeito à legislação, quanto na parte dos julgados.

Objetivo principal deste artigo é, portanto, identificar através de uma análise histórica, quando a arbitragem comercial privada teve sua autonomia identificada, ou seja, quando conseguiu se firmar no Brasil como um instituto independente e de efeitos jurídicos equivalentes à tutela prestada pelo Estado.

2. Direito Interno

No que tange à inserção de dispositivos relativos à arbitragem nos diplomas constitucionais, foi este instituto mencionado pela primeira vez na Constituição de 1824, como já mencionado anteriormente. Ela só seria mencionada novamente na Constituição de 1934 (SAMTLEBEN, 1999, p. 39). A Constituição de 1934 viria a declarar, mais uma vez, a arbitragem como um objetivo constitucional (SAMTLEBEN, 1999, p. 39).

As Constituições seguintes de 1946 e 1988, por sua vez, inseriram uma reserva que traria problemas para arbitragem. Esta reserva (SAMTLEBEN, 1999, p. 39)³ assegura às partes a possibilidade de sempre dirigir-se ao judiciário para a resolução de uma controvérsia. Até a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem esse dispositivo causou, na doutrina e jurisprudência, entendimentos diversos. Apesar disso a jurisprudência e uma parte da doutrina defendeu de forma contundente a posição de independência da arbitragem diante da jurisdição estatal (SAMTLEBEN, 1999, p. 39).

No tocante à regulação infraconstitucional, tivemos menção ao instituto da arbitragem no Código Civil de 1916, e não no atual, já que ao tempo da entrada em vigor do atual código, em 2002, já estávamos sob a égide da Lei 9.307/96 (Lei brasileira de Arbitragem) (SAMTLEBEN, 1999, p. 40).

³ Artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A arbitragem, que também era regulada pelo Código Comercial de 1850, tinha a peculiaridade da previsão da arbitragem “obrigatória ou compulsória” que, entretanto, veio a ser revogada em 1866. Em 1867 a arbitragem comercial foi novamente regulamentada (SAMTLEBEN, 1999, p. 39).

Antes da entrada em vigor do Código de Processo Civil brasileiro de 1939 a arbitragem era regulada pelas disposições processuais civis anteriores e através de leis estaduais. (SAMTLEBEN, 1999, p. 39).

3. Tratados internacionais e sua influência sobre a arbitragem brasileira

Um dos grandes problemas enfrentados pela arbitragem no Brasil antes da entrada em vigor da Lei 9.307/96 foi o do status de diplomas internacionais reguladores/referentes à arbitragem, já devidamente ratificados, dentro do ordenamento jurídico brasileiro. No início da história da arbitragem no Brasil os diplomas internacionais que regulavam a arbitragem se sobrepunham hierarquicamente às disposições internas. Todavia a situação veio a inverter-se de forma gradual, com a jurisprudência proferindo decisões que privilegiavam cada vez mais as disposições internas. (SAMTLEBEN, 1999, p. 62).

O Brasil, até o surgimento da lei de arbitragem nacional, tinha ratificado um único diploma internacional arbitral: o Protocolo de Genebra de 1923⁴ sobre Cláusulas de Arbitragem. Mas, mesmo com a ratificação e o conseqüente ingresso das disposições do Protocolo no ordenamento nacional, a cláusula arbitral continuava desprovida de efeitos no Brasil. Curiosamente, contudo, a doutrina continuava a sustentar a posição de primazia do Protocolo de Genebra de 1923 sobre as disposições de direito interno. (SAMTLEBEN, 1999, p. 63).

O Brasil também assina até este período tratados bilaterais em matéria de cooperação jurídica internacional com a França (30.01.1981), Espanha (13.04.1989), Itália (17.10.1989), Argentina (20.08.1991) e Uruguai (09.05.1995).

4. Projeto de lei para uma lei brasileira de arbitragem

Antes da égide de nossa lei arbitral a cláusula arbitral não era reconhecida no Brasil, não importando se se tratava de arbitragem nacional ou estrangeira. Este entendimento dos

⁴ O Protocolo de Genebra de 1923 sobre Cláusulas de Arbitragem foi firmado pelo Brasil em 24 de setembro de 1923 e ratificado em 15 de dezembro de 1931 e promulgado por meio do Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Foi publicado no Diário Oficial em 29 de março de 1932. Escopo do tratado era a aceitação da validade da cláusula arbitral e do compromisso arbitral, com o conseqüente afastamento da justiça estatal nestes casos. O Brasil firma o artigo com reservas, em razão da possibilidade oferecida pelo artigo 1º, que permitia ao Brasil a tarefa de determinar o conceito de contrato comercial de acordo com a legislação brasileira.

nossos tribunais era sustentado pela argumentação de que não se poderia conferir às arbitragens externas efeitos que de maneira nenhuma (à época) a arbitragem interna poderia receber (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p.182).

Diante desse panorama é possível notar que a arbitragem brasileira padecia de dois grandes problemas: o sistema do duplo exequatur (ou duplo reconhecimento) e a ineficácia da cláusula arbitral. A partir desta constatação ficaria mais que clara a necessidade de uma reforma legislativa radical do instituto em terras brasileiras.

Antes da entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem foram três os projetos de lei arbitral inexitosos. Eles surgiram com uma iniciativa chamada “Programa de Desburocratização”, com início no ano de 1979, que tinha como objetivo reformar a processualística civil brasileira. Todos os três projetos ficaram conhecidos como “Anteprojeto de lei de arbitragem” dos anos de 1981, 1986 e 1988.

a) O Anteprojeto de 1981

O Anteprojeto de 1981 (KALICHSZTEIN, 2002, p. 116).⁵ previa uma lei minuciosa para a regulação da arbitragem no Brasil. A principal motivação do governo brasileiro na busca de uma regulamentação mais adequada ao instituto da arbitragem foi o grande descompasso da legislação do país em relação à maioria das nações – inclusive sul-americanas (CARMONA, 2007, p. 23).

O Anteprojeto deveria substituir as regras sobre arbitragem contidas no Código de Processo Civil e no Código Civil de 1916. Além disso, o Anteprojeto deveria solucionar de uma vez por todas os dois grandes problemas da arbitragem no Brasil: a obrigatoriedade de confirmação/ratificação do laudo arbitral através de um tribunal estatal e a ineficácia da cláusula arbitral (CARMONA, 2007, p. 23).

O Anteprojeto de 1981 possuía 28 artigos e tinha descrito como principal objetivo uma diminuição do número de ações propostas perante a justiça estatal.

Esse projeto poderia solucionar os problemas da arbitragem no Brasil. Todavia faltava a ele uma maior precisão técnica, razão pela qual não foi objeto de muita atenção e acaba por cair no esquecimento (KALICHSZTEIN, 2002; CARMONA, 2007).

b) O Anteprojeto de 1986

⁵ O Anteprojeto de 1981 foi desenvolvido, primeiramente, por Sampaio Lacerda, Raul Murgel Braga, Severo da Costa, Carlos Henrique de Carvalho Fróes e, posteriormente, por Alvaro Leite Guimarães e George Rodrigues da Siqueira.

Assim como o Anteprojeto de 1981, o Anteprojeto de 1986⁶ é esquecido de forma muito rápida. Um dos graves erros foi o da não observância da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL⁷ (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional) de 1985. Além disso, o Anteprojeto de 1986 não se utilizava da expressão “convenção de arbitragem”. Ele escolheu usar expressões como “cláusula compromissória” e “estipulação de arbitragem”, em clara alusão e concordância com os então incipientes dispositivos arbitrais contidos no Código de Processo Civil (CARMONA, 2007, p. 25).

Se não bastasse, o Anteprojeto de 1986 cometia ainda uma série de erros grosseiros na definição de uma série de conceitos, como, por exemplo, “arbitragem” e “arbitramento”. (CARMONA, 2007, p. 25). Não obstante a presença de erros na definição de conceitos básicos do mundo da arbitragem, foram também detectadas omissões graves, especialmente na parte dedicada ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, em que regulava que bastava ao reconhecimento uma tradução juramentada da sentença arbitral juntamente com o reconhecimento consular da mesma (CARMONA, 2007, p. 25). Diante dessa proposta não haveria a necessidade da averiguação de uma eventual ofensa à ordem pública, uma solução inimaginável no mundo do direito internacional privado. Como consequências desses graves equívocos o Anteprojeto de 1986 foi descartado.

c) O Anteprojeto de 1988

O terceiro e último Anteprojeto de criação de uma lei brasileira de arbitragem foi o de 1988. As novas disposições sobre a arbitragem deveriam, de acordo com este Anteprojeto, estar inseridas diretamente dentro do Código de Processo Civil - modelo semelhante à regulação da arbitragem na Alemanha.⁸ Tais alterações, todavia, alterariam nada mais do que dez artigos do Código de Processo Civil (SAMTLEBEN, 1999, p. 68).

Apesar de se constituir em um novo projeto, o Anteprojeto cometeu novamente graves erros em sua proposta. Como exemplo têm-se a parte dedicada à regulação da cláusula arbitral e da convenção de arbitragem, em que se exigia a determinação precisa da lide a ser

⁶ O Anteprojeto de 1987 foi desenvolvido por José Alexandre Tavares Guerreiros, José Paulo Cavalcanti Filho, Carlos Henrique de Carvalho Fróes, Modesto Carvalhosa e Romualdo Marques Costa.

⁷ A Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL de 1985 serviu de referência para a elaboração de diversas leis de arbitragem ao redor do mundo

⁸ Os dispositivos reguladores da arbitragem privada na Alemanha possuem um livro inteiro dentro do Código de Processo Civil alemão (Zivilprozessordnung). Estão no livro 10 (Buch 10) e vão dos artigos 1025 a 1066 (§1025 a § 1066).

objeto da arbitragem. Isso seria impossível, uma vez que a cláusula arbitral é justamente instituída para futuras e eventuais controvérsias. (CARMONA, 2007, p. 26).

Se não bastasse, o Anteprojeto instituía a possibilidade de apelação aos Tribunais de Justiça estaduais, o que levaria inevitavelmente ao comprometimento das principais vantagens da arbitragem, como a celeridade, a confidencialidade e a segurança jurídica.

Instituída era, também, a necessidade dos árbitros serem juristas, o que contrastava de maneira gritante com o desenvolvimento da arbitragem no mundo, uma vez que praticamente todos os Estados aceitavam árbitros especialistas. Para concluir, o Anteprojeto de 1988 não possuía nenhuma disposição referente ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras (CARMONA, 2007, p. 27). Com isso o Anteprojeto de 1988 foi também colocado *ad acta*.

d) O Trâmite do Projeto da Lei Brasileira de Arbitragem no Congresso Nacional

O desenvolvimento do Projeto que viria a se tornar a nossa atual lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/96) teve como ponto de partida, desta vez, não uma iniciativa do governo brasileiro mas, na verdade, como ação de parte da sociedade civil brasileira. A nova tentativa teve o nome de “Operation Arbiter” e teve como sustentáculo principal o “Instituto Liberal de Pernambuco”.

O convite do instituto ao público para a participação na elaboração do projeto foi aceita por uma parcela significativa de juristas e instituições. As conhecidas faculdades de direito Cândido Mendes, do Rio de Janeiro e a do Largo São Francisco (USP), em São Paulo, bem como instituições como a FIESP⁹ (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo) tomaram parte nesta iniciativa. Também participaram os maiores escritórios de advocacia do Rio de Janeiro e de São Paulo (CARMONA, 2007, p. 27).

A partir daí aconteceram muitos debates e propostas dos juristas brasileiros. O Anteprojeto foi apresentado pela comissão¹⁰ designada em 27 de abril de 1992, em ocasião do Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, realizado na cidade de Curitiba-PR. (CARMONA, 2007, p. 29). Como pontos de referência utilizados pela comissão pode-se destacar a lei de arbitragem espanhola de 1988, a Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL de 1985, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 e a Convenção do Panamá de 1985.

⁹ A FIESP possui hoje uma das Câmaras de Mediação, Conciliação e Arbitragem mais importantes do Brasil.

¹⁰ A comissão era formada Carlos Alberto Carmona, Pedro Antonio Batista Martins e Selma Maria Ferreira Lemes.

No que concerne ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras o projeto foi fiel à Convenção de Nova Iorque de 1958, pois praticamente reproduz suas disposições na Lei 9.307/96.

Com o término da análise do Anteprojeto inicia-se, em junho de 1992, o percurso legislativo da conversão do Anteprojeto em lei. A proposta foi apresentada pelo parlamentar Marco Maciel, então Senador da República pelo Estado de Pernambuco.

Após a concordância do Senado Federal, o Anteprojeto foi enviado à Câmara dos Deputados, conforme preceitua o artigo 65 da Constituição Federal. O Anteprojeto foi aprovado tanto no Senado Federal como na Câmara dos Deputados, até mesmo na parte que preceituava o fim do monopólio estatal da Justiça. (CARMONA, 2007, p. 181).

Enfim, em 24 de novembro de 1996, entra em vigor a tão esperada Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/96).

5. A arbitragem brasileira após a entrada em vigor da Lei 9.307/96

O principal motivo a ser creditado à demora, no Brasil, da instituição de uma lei de arbitragem foi, sem dúvida, o preconceito que este método de solução de controvérsias tinha nos círculos jurídicos nacionais (SAMTLEBEN, 1999, p. 88). Tal desconfiança vinha da longa tradição de nossos tribunais e legislação, que não conferiam autonomia às sentenças arbitrais, obrigadas a sempre serem submetidas ao crivo da justiça estatal.

A lei de arbitragem brasileira definiu como litígios passíveis de serem submetidos à arbitragem àqueles referentes a direitos patrimoniais disponíveis, respeitando as regras precedentes sobre arbitragem no Brasil. (SAMTLEBEN, 1999, p. 89).

Em relação às inovações trazidas, a Lei 9.307/96 instituiu uma série de mudanças. Mas, as mais significativas são mesmo a da desnecessidade do reconhecimento da sentença arbitral perante a justiça estatal e o reconhecimento da completa autonomia da cláusula arbitral (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 33). O artigo 2º, § 1º da Lei 9.307/96 também instituiu uma importante inovação: a possibilidade das partes escolherem a lei material aplicável, inclusive com a contingência de escolha da *lex mercatoria* ou da equidade como fundamento da decisão (SAMTLEBEN, 1999; DOLINGER; TIBURCIO, 2003; CARMONA, 2007).

6. A discussão da constitucionalidade da lei brasileira de arbitragem

Entre os anos de 1996 e de 2001 foi discutida a constitucionalidade da lei brasileira de arbitragem. Essa discussão se deu em razão de uma questão incidental suscitada em um

pedido de reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira proveniente da Espanha.¹¹ Em razão desta discussão, o processo de desenvolvimento do instituto da arbitragem no Brasil sofreu um considerável abalo, já que, no período compreendido entre 1996 e 2001, a utilização da arbitragem no Brasil permaneceu praticamente “congelada”, pois as partes não se atreveriam a correr o risco de utilizar as regras de um instituto cuja constitucionalidade de seu principal regulamento era seriamente questionada.

A denegação do reconhecimento desta sentença arbitral estrangeira teve como consequência um Agravo Regimental e, em razão disso, originou uma discussão acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem. A discussão em questão se deu em razão de uma pretensa incompatibilidade da lei 9.307/96 com a redação do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A regra constitucional em questão foi interpretada por alguns juristas no sentido de que o monopólio da Justiça cabia ao Estado e, sendo assim, sempre seria possível á parte recorrer ao Poder Judiciário estatal, mesmo nos casos de exclusão do referido acesso em razão da instituição de uma cláusula arbitral (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 51 e seguintes.). Na verdade uma interpretação jurídica equivocada. O legislador jamais quis com a instituição desta disposição uma limitação da utilização da arbitragem no Brasil. Apesar disto, tal disposição foi vista pela primeira vez na Constituição Federal de 1946. Àquela altura o Brasil já tinha padecido sob as mazelas de uma ditadura e, em razão disso, também sofrido diversas formas de abusos, inclusive através de sua justiça estatal. A regra tinha na verdade como alvo a prevenção contra a criação de tribunais de exceção e, especialmente, as confusões/misturas entre os poderes judiciário, legislativo e executivo. Essas razões nasceram, sobretudo, em virtude da experiência amarga dos tempos do governo de Getúlio Vargas, tempos em que o Poder Judiciário não gozava de independência¹². (MARTINS, 1997, p.54 e seguintes). Na verdade, a regra seguia a ideia de que sempre estaria aberta ao indivíduo a possibilidade de demanda perante o judiciário.

A discussão da constitucionalidade da lei de arbitragem foi iniciada, como já afirmado anteriormente, incidentalmente em um pedido de reconhecimento de sentença arbitral estrangeira proveniente da Espanha. O contrato que deu ensejo ao procedimento arbitral foi firmado entre uma empresa brasileira e uma empresa suíça. A sentença arbitral foi

¹¹ Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7.

¹² Sobre o uso político dos tribunais e sobre a repressão no Estado Novo vide DAL RI JR., Arno. O Estado e seus Inimigos. Rio de Janeiro: Revan, 2006 e NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935/1945): Do Direito Penal Político italiano ao Direito da Segurança Nacional brasileiro. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010.

emanada na Espanha, país que dispensa a chancela do judiciário estatal para a validade da sentença arbitral. Após o pedido de reconhecimento da mesma perante o Supremo Tribunal Federal, foi a mesma denegada. Diante da negativa do reconhecimento, a empresa suíça impetrou um Agravo Regimental.

Curiosamente a empresa brasileira aceitou a sentença arbitral estrangeira e desejava realizar o pagamento da quantia devida de forma imediata. Entretanto, desejava para a consecução do pagamento uma decisão formal do Supremo Tribunal Federal, a fim de excluir a possibilidade do surgimento de problemas de ordem contábil. Somente muito tempo depois viria o Presidente a modificar a decisão originária. Provavelmente a motivação para tal alteração foi o surgimento da lei brasileira de arbitragem nesse ínterim (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 56). O artigo 35 desta lei acabara por tornar o sistema do duplo reconhecimento/exequatur dispensável.

A questão sobre uma eventual inconstitucionalidade da lei de arbitragem foi suscitada pelo então Ministro do Supremo Tribunal Federal Moreira Alves. Como consequência, foi necessária a manifestação de todos os ministros acerca da questão, segundo ditames do artigo 176 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 56).

Primeiramente foi feita a consulta necessária ao Procurador-Geral da República, que não encontrou nenhuma incompatibilidade entre a lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/96) e o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 56). Seu argumento foi de que, tão logo a submissão à arbitragem esteja fundada em transação, sua origem e validade encontraria fundamento na vontade das partes.

Após a manifestação do Procurador-Geral da República, os votos dos ministros foram depositados, em sua totalidade, no lapso temporal de cinco anos. Contra a constitucionalidade da lei brasileira de arbitragem votaram os ministros Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira. A favor da constitucionalidade votaram os ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Ellen Gracie e Carlos Velloso.

Este foi um passo decisivo e certo para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Ficou também bastante claro que a inconstitucionalidade da lei brasileira de arbitragem levaria, praticamente, à extinção da utilização do instituto em terras brasileiras, pois não existiria nenhuma garantia legal, sobretudo no que diz respeito à arbitragem comercial internacional, às partes estrangeiras.

7. Concorrência dos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil em matéria de arbitragem

O Brasil, tanto antes quanto depois da entrada em vigor da Lei 9.307/96, ratificou uma série de tratados internacionais referentes à regulação da arbitragem. Excetuando-se o Protocolo de Las Leñas¹³ que institui um tratamento diferenciado para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, o mais importante é, sem sombra de dúvidas, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, que prevê uma regulação uniforme mundial para o tema e é adotado por praticamente todos os Estados do mundo.

O Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque somente no ano de 2002. Não obstante este diploma legal tratar de uma temática específica dentro da arbitragem comercial internacional, a Convenção é considerada o principal tratado internacional em matéria de arbitragem no mundo. Sua ratificação em 2002 foi o passaporte definitivo do Brasil para o mundo da arbitragem comercial internacional.

a) A Convenção de Nova Iorque

No início do século XX a arbitragem comercial internacional não tinha um papel de destaque na resolução de conflitos. Logo após o fim da Primeira Guerra Mundial, e com o posterior surgimento da Liga das Nações, cresce a necessidade de implementação de um sistema alternativo para a resolução de controvérsias comerciais. O primeiro passo foi alcançado com a elaboração da Convenção de Genebra de 1927 sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927. Entretanto, a Convenção de Genebra de 1927 não foi o meio apto a difundir a utilização da arbitragem ao redor do mundo, sobretudo devido ao baixo número de ratificações (WALD, 2008, p. 16).

Após o término da Segunda Guerra Mundial surge a necessidade da elaboração de um novo tratado mundial para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Razão desta necessidade foi a reconhecida ineficácia da Convenção de Genebra de 1927 (FERNANDES, 2002; KALICHZSTEIN, 2008).

¹³ Os Estados integrantes do MERCOSUL firmaram em 27 de junho de 1992 o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, que ficou conhecido como “Protocolo de Las Leñas”. O Protocolo entrou em vigor no Brasil em 12 de novembro de 1996. Os integrantes celebraram este acordo com base nas disposições do artigo 1º do Tratado de Assunção, que visa implementar medidas que garantam a realização dos objetivos do bloco. A cooperação prevista no Protocolo se dá em diversos campos, desde a troca de informações e provas, até o reconhecimento de decisões estrangeiras. No geral, o Protocolo de Las Leñas institui uma importante inovação: a possibilidade de protocolar o pedido de reconhecimento de decisão estrangeira no país de origem da mesma, facilitando assim consideravelmente o procedimento para a parte, principalmente no que diz respeito à redução de custos.

Como consequência daquela conjectura a ONU propõe um projeto em 1953, através da CCI (Câmara de Comércio Internacional de Paris), a principal câmara de arbitragem comercial internacional do mundo. O referido projeto tinha como objetivo principal substituir a incipiente Convenção de Genebra de 1927 (WALD, 2008, p. 16 e seguintes). Após a apresentação do projeto pela CCI a ONU apresenta uma contraproposta ao projeto inicial. Depois de algumas recomendações e sugestões por parte da CCI o projeto é finalizado e finalmente levado a uma conferência internacional, composta de juristas e diplomatas, a fim de ser discutido. (WALD, 20083, p. 17).

Como resultado de uma revisão realizada após as discussões na conferência nasce, enfim, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958 (FERNANDES, 2008, p 141 e seguintes).

b) A ratificação brasileira da Convenção de Nova Iorque de 1958

Como já observado anteriormente neste trabalho, a ratificação brasileira da Convenção de Nova Iorque de 1958 não aconteceu de forma imediata. A principal razão do Brasil não ter efetuado uma ratificação imediata foi o medo de uma eventual limitação à soberania brasileira, nas palavras do então consultor jurídico do Brasil, Hildebrando Accioly (MAGALHÃES, 2008, p. 34). Hildebrando Accioly já havia dado anteriormente mostras de sua desconfiança no instituto da arbitragem já que, em dois pareceres anteriores, havia demonstrado sua posição de não aceitação à equivalência entre uma sentença arbitral e uma sentença estatal. Para Accioly a sentença arbitral jamais poderia ser dotada dos caracteres de uma sentença estatal e deveria permanecer para sempre como uma decisão de natureza privada (ARAUJO, 2008, p. 46).¹⁴

Após a não ratificação da Convenção de Nova Iorque no final dos anos cinquenta o tema caiu, pelo menos por algum tempo, no esquecimento. Ao mesmo tempo em que o Brasil desprezava a arbitragem a importância da Convenção de Nova Iorque crescia consideravelmente no mundo.

No início do anos noventa o tema volta a ser timidamente discutido em ocasião das discussões no Congresso Nacional que analisavam a possibilidade de ratificação da Convenção do Panamá de 1975 (ARAUJO, 2008, p. 46). Pouco tempo depois entrava em

¹⁴ Esse também era o entendimento de Clóvis Bevilacqua, que anteriormente também havia redigido alguns pareceres nesse sentido.

vigor no Brasil a Lei 9.307/96 (Lei Brasileira de Arbitragem), que nascia com uma forte influência da Convenção de Nova Iorque de 1958 em seus dispositivos.

Em razão da entrada em vigor da Lei 9.307/96 que se compatibilizava fortemente com a Convenção de Nova Iorque de 1958 o Brasil ratifica, finalmente, em 23 de julho de 2002 a Convenção de Nova Iorque. Algumas razões da tão tardia ratificação foram, sem dúvida, a falta de maturidade do direito brasileiro (em todas as duas dimensões) para com o instituto e os problemas estruturais do instituto no Brasil (não eficácia da cláusula arbitral e o sistema do duplo reconhecimento/exequatur) que foram solucionados somente com a edição da Lei 9.307/96.

8. Panorama atual da arbitragem No Brasil

A arbitragem não obteve um notável crescimento logo após a edição da Lei 9.307/96 (lei brasileira de arbitragem) em 1996. Isso se deu principalmente em razão da discussão no Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem entre os anos de 1996 e 2001. Como era de se esperar, a utilização da arbitragem no Brasil começa a desenvolver-se, principalmente, a partir de 2002, ano em que finalmente o país ratifica a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada lá na distante década de cinquenta.

Em 2004 a competência para o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras transfere-se do Supremo Tribunal Federal ao Superior Tribunal de Justiça, em decorrência das alterações promovidas pela Emenda Constitucional 45/2004, que ficou conhecida como “Reforma do Judiciário”. Os anteriores precedentes jurisprudenciais construídos pelo STF, muitos dos quais demonstravam não só um desconhecimento do direito internacional, bem como um conservadorismo extremado em relação à instituição da arbitragem, foram superados pelo STJ, o qual vem consolidando uma jurisprudência extremamente favorável à arbitragem. Demonstra com isso entender a verdadeira ideia de um direito que também respira fora dos limites do Estado. Um direito plural cunhado nas entranhas da sociedade civil que funciona de maneira muito eficaz e que, no mundo do comércio internacional, é a regra, e não a exceção.

9. Conclusões

Através desta análise histórica acerca do desenvolvimento do instituto da arbitragem comercial privada no Brasil foi constatado que, apesar da arbitragem comercial privada já estar presente em diplomas legais da primeira metade do século XIX (com destaque para a

Constituição Imperial de 1824) sua utilização efetiva na resolução de controvérsias no Brasil se deu muito mais tarde.

Embora tenha a arbitragem um histórico de continuidade dentro da produção jurídica nacional, sem emprego prático foi seriamente prejudicado por duas razões. Primeiramente, o direito brasileiro não conferia à cláusula arbitral poderes para afastar a jurisdição estatal. Assim, mesmo tendo as partes acordado sua submissão a um tribunal arbitral através de uma cláusula contratual, era lícito a qualquer parte recorrer à justiça estatal, pois para o ordenamento jurídico brasileiro, a cláusula arbitral não passava de uma mera promessa, sem maiores efeitos jurídicos. Tal entendimento inviabilizava o instituto da arbitragem, já que sempre seria possível dirigir-se ao Poder Judiciário para resolver um eventual conflito.

O outro problema era o sistema do duplo reconhecimento/exequatur, que exigia que a sentença arbitral fosse submetida ao crivo/chancela do judiciário para obter os devidos efeitos jurídicos.

Tal quadro se estende até a entrada em vigor da lei brasileira de arbitragem (Lei 9.307/96), no ano de 1996. Depois de alguns projetos malsucedidos a Lei 9.307/96 consegue finalmente eliminar os principais problemas que bloqueavam o desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

O objetivo deste artigo foi averiguar em que momento a arbitragem atinge sua autonomia perante o Poder Judiciário, ou seja, quando o instituto de fato se torna apto no Brasil a desempenhar o papel por ele proposto, o de principal método de resolução de controvérsias comerciais, autônomo perante o Estado.

Diante do exposto pode-se afirmar que é com o advento da Lei 9.307/96 que a arbitragem recebe no Brasil uma legislação própria apta a desempenhar suas potencialidades. Embora se possa dizer que este seja o marco temporal “oficial”, é somente após as discussões acerca da constitucionalidade da lei de arbitragem no Supremo Tribunal Federal (que duraram até 2001) que a arbitragem começa a realmente a se desenvolver.

Em pouco mais de dez anos a arbitragem cresceu no Brasil de maneira muito animadora. O operador do direito no Brasil simpatiza com a arbitragem, os tribunais dão entendimentos cada vez mais modernos e condizentes com a arbitragem moderna. As demandas de arbitragem, tanto no âmbito do direito interno quanto na proposição de pedidos de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras no Superior Tribunal de Justiça, crescem dia a dia.

Entretanto, uma série de medidas são necessárias para que arbitragem comercial privada continue crescendo no Brasil. É preciso que se incentive não só a capacitação de profissionais para a área, mas também o aprofundamento da disciplina nas faculdades de direito, pois o que hoje parece ser somente uma alternativa, tende a se tornar brevemente um conhecimento indispensável para o jurista brasileiro

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nadia de. A Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros: Análise das razões contrárias à sua adoção nos anos 50 so Século XX. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Número 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824.. Disponível online em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito Internacional Privado-Arbitragem Comercial Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos Arbitrais Estrangeiros - Reconhecimento e Execução**. Curitiba: Juruá, 2008.

KALICHSZTEIN, Juliana. **Homologação de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MAGALHÃES, José Carlos de. A tardia ratificação da Convenção de Nova Iorque sobre a arbitragem: um retrocesso desnecessário e inconveniente. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Número 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. A arbitragem através dos tempos – Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). **A Arbitragem na Era da Globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da Arbitragem no Brasil. In: Casella, Paulo Borba (Org.). **Arbitragem**. São Paulo: LTr, 1999.

WALD, Arnaldo. A Convenção de Nova Iorque: O presente, o passado e o futuro. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, Número 18. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.