

A Arbitragem na União Européia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul

Marco Aurélio Gastaldi Buzzi¹

1. INTRODUÇÃO AO TEMA.

Nos países ocidentais prevalece a opção institucional que atribui preponderantemente ao Poder Judiciário a função de solucionar os conflitos de interesses advindos do convívio social, os quais, todavia, atualmente se constata, restaram judicializados de tal forma e monta a ponto de dificultar, quase à exaustão, os sistemas nos quais a prestação jurisdicional é centralizada.

Em razão do quase esgotamento do atual sistema de prestação jurisdicional, ante o crescimento do volume e da dinâmica das relações sociais, busca-se por todos os quadrantes do planeta desjurisdicionalizar a resolução de conflitos, concebendo-se ou restabelecendo-se métodos de pacificação alternativos aos tradicionais, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação, a negociação, entre outros.

Consoante o título designado para esta brevíssima e panorâmica fala, sem a pretensão de esgotar o tema, este discurso pretende tratar de aspectos destacados da arbitragem, preponderantemente, em sua modalidade interna e voluntária, no âmbito dos países europeus – integrantes da comunidade européia – e americanos, precisamente, os Estados Unidos da América do Norte e as nações componentes do Mercosul.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI/SC (Brasil) e Especialista (Pós-Graduação) em Direito do Consumo pela Universidade de Coimbra (Portugal).

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

2.1. Fase embrionária.

Vale alertar que não é unânime, entre os doutrinadores, designar como sendo propriamente a origem da arbitragem iniciativas registradas episodicamente, pinçadas ao longo do caminhar da evolução da sociedade, direcionadas à consecução de acordos entre litigantes, isso porque as práticas rudimentares utilizadas nos primórdios da humanidade, na solução de conflitos, apenas vagamente retratam aspectos os quais atualmente pode-se dizer que se assemelham à arbitragem.

Sob esse argumento, na antiga **Babilônia**, exemplificando, o Código de Hamurabi descreve tanto a figura dos *anciões* como a do *juiz* atuando na solução de controvérsias e nos adverte **MARTIN DELLA VALLE**² que “*o próprio Hamurabi é descrito como o árbitro perfeito, que designa pastos e água para Lagash e Girsu*”, antigas e principais cidades do império babilônico (DELLA VALLE, 2012, p. 21).

Já a pesquisa realizada pelo jurista americano **MARTIN DOMKE** identifica no antigo Egito práticas originárias de arbitragem, ao descrever que o chefe da cidade de *Nekhed*, aproximadamente no ano de 2.700 antes de Cristo, criou um fundo para as oferendas fúnebres após sua morte, o qual seria administrado por sacerdotes e as disputas entre eles e os leigos seriam resolvidas pela jurisdição normal. Porém, caso houvesse querelas entre os sacerdotes, elas seriam dirimidas pelos demais administradores do fundo, que decidiriam como árbitros (*Apud* DELLA VALLE, 2012, p. 23).

CARREIRA ALVIM³ estima que a arbitragem, tal qual concebemos, teria surgido como prática adversarial de solução de controvérsia, na Grécia Clássica (século VI a IV a.C.). Registra-se que o tratado firmado entre Esparta e Atenas, em 445 a.C., já continha cláusula compromissória, evidenciando a utilização desse instituto como pelos helênicos e, também, a sua eficácia como meio de solução

² Obra: Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional. São Paulo: Atlas, 2012.

³ Obra: Direito Arbitral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

pacífica dos conflitos de interesse (**PEDRO A. BATISTA MARTINS**⁴, p. 36).

Sobre o tema, o saudoso Ministro do Superior Tribunal de Justiça do Brasil **SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**⁵, em artigo doutrinário, evidencia que no sistema romano, as questões cíveis eram primeiramente apresentadas diante do magistrado (*praetor*), no Tribunal, para depois sê-lo, perante um árbitro particular (*arbiter*) escolhido pelas partes para julgar o processo. Trata-se da *ordo judiciorum privatorum* ou ordem dos processos civis. Este procedimento, por ser muito rápido, perdurou por muito tempo, ou seja, até o período clássico.

Na Idade Média, ao longo de todo o período feudal, era comum aos soberanos, os senhores da terra, o encargo de árbitro de seus vassallos (**ROSA CACHAPUZ**, 2013, p. 03).

2.2. Aporte contemporâneo.

Como informa **ROZANE DA ROSA CACHAPUZ**⁶, constitui uma fase de desenvolvimento da arbitragem o impulso e incremento das relações comerciais internacionais após a Segunda Grande Guerra Mundial, surgindo mais intensa a influência da empresarialidade na Administração Pública, daí porque, na reconstrução dos estados nacionais, as idéias de descentralização e de flexibilização administrativa ganharam força e espaço em todos os governos. Na atualidade, o processo arbitral desempenha papel de maior relevância na conjuntura econômica globalizada, ante a expansão dos grandes conglomerados empresariais, tendo sido, metaforicamente, transformado, por assim dizer, em uma jurisdição de direito comum nas relações econômicas internacionais e privadas.

São fatores que concorreram para o aperfeiçoamento do instituto a necessidade das empresas multinacionais contarem com maiores garantias e segurança na solução de litígios eventualmente existentes e, bem assim, que estas

⁴ Obra: Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. *Apud* GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

⁵ Obra: Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. *Apud*: GARCEZ, José Maria Rossini. A arbitragem na era da globalização. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

⁶ Obra: Arbitragem internacional: sistema de solução de conflitos no Brasil e na União Européia. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32726-40316-1-PB.pdf> >. Acesso em: 13/06/2013.

controvérsias sejam julgadas com celeridade, por um foro imparcial, evitando-se tribunais e os complexos procedimentos judiciais locais.

Em apertada síntese, são estes atualmente os vetores do resgate histórico e aprimoramento do sistema arbitral na resolução das querelas.

3. ASPECTOS GERAIS E COMUNS DA ARBITRAGEM.

A arbitragem, portanto, como nos advertem os professores **JOÃO PEDROSO, CATARINA TRINCÃO e JOÃO PAULO DIAS**⁷, da Universidade de Coimbra, não pode ser olhada como um fenômeno recente, praticada que é desde os tempos antigos, passou a ter uso mais regular na área comercial, desde o século XVIII.

Portanto, reitere-se, atualmente presencia-se a revitalização de métodos de resolução de conflitos, alternativos aos tradicionais, destacadamente da arbitragem, a partir de um autêntico resgate histórico, mediante a ratificação de tratados e a inserção do instituto na maioria dos sistemas jurídicos nacionais, promovendo-se o seu aprimoramento de sorte a atender àqueles que procuram resolver de modo rápido e eficiente às contendas nas quais estejam envolvidos.

O procedimento arbitral, como leciona o professor **ANTÓNIO PEDRO PINTO MONTEIRO**, da Universidade de Coimbra, na sua obra: “*Da Ordem Pública no Processo Arbitral*”⁸, possui natureza contratual privada e é geralmente definido como modo de resolução jurisdicional de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada a terceiro.

Sustenta **PINTO MONTEIRO** (2013, p. 3) que a arbitragem é contratual na sua origem, privada na sua natureza - pois o tribunal arbitral é criado e constituído por particulares e desprovido de poderes de autoridade -, jurisdicional na sua função, na medida em que o árbitro exerce a função jurisdicional, julgando litígios – o que aproxima a arbitragem do padrão judicial tradicional -; e, por fim, a arbitragem é pública em seu resultado, sendo esta, aliás, a grande diferença entre a arbitragem

⁷ Obra: Percursos da informalização e desjudicialização – por caminhos da reforma da administração da justiça. Disponível em: < <http://opj.ces.uc.pt/pdf/6.pdf>>. Acesso em 13/06/2013.

⁸ Disponível em: < www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_16975.doc >. Acesso em: 13/06/2013.

e os outros meios de resolução alternativa de litígios, em razão da equiparação pública da decisão arbitral como título executivo judicial; fenômeno, este, diga-se, de passagem, verificado tanto no ordenamento português quanto no brasileiro, por expressa manifestação legislativa.

A arbitragem, conforme **CARLOS ALBERTO CARMONA**, pode ser definida como a forma de solução de conflitos por meio da atuação de um terceiro (alheio e imparcial), o árbitro, ao qual são conferidos poderes, advindos de uma convenção privada, para que, se for o caso, decida o conflito, sem intervenção estatal, com eficácia de decisão judicial.

Nesse sentido, é a lição do professor da Faculdade de Direito de Lisboa, **LUÍS DE LIMA PINHEIRO**⁹, ao definir a arbitragem como modo de resolução de controvérsias em que, com base na vontade das partes, a decisão é confiada, por convenção contratual, a terceiro.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos vigentes, existem duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, ambos, portanto, poderão iniciar e desencadear o processo arbitral, pois, tais ajustes voluntariamente firmados pelas partes, convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.

A cláusula compromissória, também chamada *pactum de compromittendo*, é acordada entre as partes anteriormente a existência de uma controvérsia e o compromisso arbitral se destina à solução de uma divergência já existente¹⁰. Antecipando ao estudo das legislações nacionais sobre a arbitragem, exposto nos próximos tópicos, pode-se afirmar que tal diferenciação também é verificada, atualmente, em Portugal, na França, na Itália, na Alemanha, na Bélgica e na Holanda¹¹.

O compromisso arbitral somente é formalizado entre as partes após o ajuizamento da demanda. No processo civil brasileiro (art. 267, inc. VII, do Código

⁹ Obra: Arbitragem Transnacional – A determinação do Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 26.

¹⁰ BRASIL: STJ, Corte Especial, SEC 1210/GB, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, julgado em 20/06/2007, DJ 06/08/2007.

¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial e Internacional, Editora *Lex Magister*, São Paulo, 2011, p. 94.

de Processo Civil brasileiro) deve ser juntado aos autos da ação judicial para que esta possa ser extinta pelo magistrado, sem o julgamento do mérito da causa.

A prejudicialidade do processo judicial se justifica na medida em que o compromisso arbitral manifesta claramente a vontade inequívoca das partes de renunciarem à tutela da prestação jurisdicional estatal.

A arbitragem funda-se, essencialmente, no princípio da autonomia da vontade dos particulares e de acordo com esse corolário, o homem, por ser livre naturalmente, obriga-se apenas à sua própria vontade, força motriz geradora do conteúdo e dos efeitos do contrato.

Destacam-se, do princípio da autonomia da vontade, a liberdade do particular de contratar, a geração dos efeitos ou consequências do ato pactuado e a faculdade de os celebrantes determinarem as cláusulas do ajuste, dentre elas a forma pela qual dirimirão suas divergências: a convenção arbitral.

Este sistema, indubitavelmente, traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da autonomia da vontade das partes, da celeridade, do menor custo e da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate – aspecto de essencial interesse e importância em matérias empresariais.

A adoção do sistema arbitral de solução de conflitos traz benefícios irrefutáveis às sociedades e dos indivíduos porque é fator de estímulo ao desenvolvimento social e econômico.

Nota-se que em alguns países, apenas tardiamente a arbitragem foi objeto de normatização, o que reflete a cultura da judicialização de conflitos e, atualmente, passou a indicar a perda de vultosos investimentos de grupos empresariais internacionais, devido à complexidade procedimental dos recursos judiciais, o que faz crer a eternização de eventuais pendências aforadas ante as instâncias do Poder Judiciário, gerando insegurança jurídica nas relações contratuais, exemplo inverso das relações contratuais-econômicas desenvolvidas, por exemplo, nos Estados Unidos da América do Norte, onde a cultura das vias arbitrais na resolução de contendas advém da adoção das práticas vetorizadas pelo sistema da *common law*,

em experiência de mais de oito décadas.

Ressentiam-se as nações ocidentais, no âmbito do comércio internacional, da existência de uma legislação sobre arbitragem adequada à dinâmica das relações empresariais, notadamente em face da rápida regionalização e globalização da economia.

Nas últimas décadas ocorreram substanciais modificações nas legislações internas de vários países, com o propósito de adaptação ou introdução do instituto da arbitragem de modo a buscar a uniformização e equiparação ao contexto dessa legislação específica, já prevista nos países desenvolvidos, levando em consideração as diretrizes contidas na Convenção de Nova York, datada de 10 de junho de 1958 e celebrada no âmbito das Nações Unidas, somente ratificada pelo governo brasileiro no ano de 2002, pelo Decreto Legislativo n.º 4.311, de 24 de julho.

Apenas à guisa de exemplificação, a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, introduziu, no ordenamento brasileiro, substanciais modificações no delineamento jurídico do instituto, tal como anteriormente previsto no Código Civil, de 1916, e no Código de Processo Civil, de 1973. Tal diploma legal buscou inspiração na moderna regulamentação da arbitragem, seguindo os parâmetros adotados pela comunidade internacional, o que também privilegia o ânimo de uniformização, em todo o mundo, dos respectivos procedimentos.

A ratificação aumentou a segurança jurídica de partes estrangeiras de participarem de procedimentos arbitrais com partes brasileiras, colocando, ainda, à disposição do Brasil, como bem observou **JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ**¹²: *“uma via de mão dupla para obter, entre os Estados signatários, execução das sentenças arbitrais proferidas em seus territórios”*. A homologação da sentença arbitral estrangeira, pelo sistema brasileiro, será feita perante o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, inc. I, alínea “i”, da Constituição Federal de 1988).

Por fim, dentre os mais destacados desafios hoje encontrados pela arbitragem, sobressai a sensível falta de coercitividade deste juízo para a execução de seus laudos ou sentenças e para a efetivação de medidas acautelatórias adotadas para a preservação do mérito da controvérsia, mormente nos países adeptos do

¹² Obra: Reflexões sobre Arbitragem, Editora Ltr, 2002, p. 453.

sistema jurídico do *civil law*, cuja decretação e efetivação ainda depende da ajuda do Poder Judiciário.

4. VISÃO PANORÂMICA DA ARBITRAGEM NA COMUNIDADE EUROPEIA.

Como é de sabença geral, a União Europeia – UE foi criada pelo Tratado de Roma, assinado em 25 de março de 1957, tendo sido formalmente estabelecida com o Tratado de *Maastricht*, que entrou em vigor em 1º de novembro de 1993. Posteriormente, em 2007, o Tratado de Lisboa renovou os pilares e as premissas em que se encontra solidificado o bloco comunitário europeu.

A arbitragem na Europa, no período do pós-guerra, foi inicialmente regulada pela Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional, elaborada em 21 de abril de 1961, também conhecida como “*Convenção de Genebra*”, possuindo disposição específica sobre a lei aplicada ao mérito da controvérsia (artigo VII), distinguindo-se, nesse ponto, da “*Convenção de Nova Iorque*”.

Em 1966, foi elaborada pelo Conselho Europeu uma Lei Uniforme sobre a Arbitragem: a “*Convenção de Estrasburgo*”. Previu a referida legislação comunitária que o tribunal arbitral, salvo disposição em contrário, decidiria a questão posta de acordo com o direito¹³. Essa convenção, entretanto, somente foi assinada por dois países e ratificada apenas pela Bélgica.

A Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*), desenvolveu em 1985 uma Lei Modelo de Arbitragem¹⁴, no intuito de harmonizar as legislações dos vários países do mundo, tendo sido acolhida por muitas nações.

¹³ Disponível em: <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/056.htm>>. Acesso em: 16/06/2013.

¹⁴ Disponível no sítio eletrônico da *United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL*: < http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html >. Acesso em: 13/06/2013.

Com o advento da UE, o Conselho da Comunidade Européia, publicou a sua primeira recomendação em 30 de março de 1998 (Recomendação 98/257/CE), para garantir que a arbitragem, como mecanismo alternativo de resolução de conflitos (ADR - *alternative dispute resolution*) oferecesse às partes envolvidas um número mínimo de garantias e facilitasse o acesso dos consumidores aos processos de resolução extrajudiciais dos conflitos, devido aos elevados custos da assistência jurídica, à demora e complexidade dos processos judiciais, em especial em caso de conflitos transfronteiriços.

A arbitragem, como hoje a conhecemos, remonta sua origem há muitos séculos no âmbito europeu. No **Reino Unido**, berço do *common law*, foi regulada pela primeira vez em 1698, por meio do “*Arbitration Act*”, embora tenha sido utilizada nas relações comerciais empreendidas ainda na Idade Média pelo império britânico, sob a denominação de “*voluntary submission out of the court*”¹⁵.

Atualmente, é regulada pelo “*Arbitration Act*” de 1996 e a experiência com a arbitragem na solução de conflitos de consumo é bem sucedida. Por lá vicejam as *County Courts* (tribunais regionais) destinadas à resolução de pequenos conflitos, inclusive consumeristas, e que, apesar de órgãos judiciais, valem-se também de árbitros. Verifica-se, portanto, que a prática arbitral foi incorporada efetivamente à atividade estatal, resultado da vasta experiência britânica no comércio internacional e, também, pela pluralidade de nações que a compõe.

CARLOS ALBERTO CARMONA noticia, inclusive, que cerca de 60% dos casos são resolvidos pelos árbitros em cerca de trinta minutos¹⁶. Existe também a arbitragem independente da estatal administrada e praticada pela “*Chartered Institute of Arbitrations*”.

Foi suprimida, a exemplo da Espanha, a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral. O legislador inglês consagrou o acordo arbitral (*arbitration agreement*) e o definiu como sendo aquele destinado a submeter à arbitragem disputas presentes e futuras (art. 6, da Lei inglesa). A disposição entre os particulares do acordo arbitral obstará qualquer das partes a apresentação da

¹⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 74.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Juizados Especiais: Uma miragem?*. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 54 e segs.

controvérsia ao Estado-Juiz (art. 9, do *Arbitration Act*), cumpre referir, por fim, que sendo necessário o cumprimento forçado da execução da sentença ou da tutela cautelar proferida pelo árbitro, será necessária a interferência do Poder Judiciário¹⁷.

Em **Portugal**, admite-se a arbitragem, nos litígios de consumo, sob o entendimento de que o acesso à justiça arbitral é fundamental tanto para os consumidores quanto para os empresários. Em 1997, a Lei Constitucional n.º 01 de 20 de setembro, alterou a Constituição Portuguesa, autorizando a instituição de Tribunal Arbitral.

Realizou-se, na cidade do Porto, no ano de 2003, o I Ciclo de Conferências da Associação Portuguesa de Direito do Consumo, presidida pelo Professor **MÁRIO FROTA**, da Universidade do Porto, sob o tema "*Da arbitragem nos litígios de consumo*". Deste simpósio, sobressaiu o entendimento de que o acesso à justiça é fundamental, tanto para os consumidores, quanto para os empresários¹⁸.

Atualmente, o processo arbitral encontra-se regulado pela Lei de Arbitragem Voluntária - LAV (Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro), tendo sido baseada no anteprojeto apresentado pela Associação Portuguesa de Arbitragem - APA, como destaca o professor **JOSÉ MIGUEL JÚDICE** na obra coletiva "*Lei da Arbitragem Voluntária – Anotada*", Coimbra: Editora Almedina, 2012.

Cumprir dizer, aliás, que a República Portuguesa tem efetivamente adotado a desjudicialização e informalização dos meios de resolução de litígios, pois, não somente atualizou a sua legislação arbitral, como também, recentemente, promulgou a Lei n.º 29, de 19 de abril de 2013, disciplinando a mediação pública, civil e comercial (notícia veiculada no *site* da APA¹⁹), que dá cumprimento às obrigações assumidas por Portugal em virtude da Diretiva 2008/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008.

No ordenamento jurídico português, admite-se, como no brasileiro, que a convenção de arbitragem seja celebrada na forma de cláusula compromissória ou de

¹⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *O poder cautelar do árbitro na ordem jurídica brasileira*. Tese de doutorado, Universidade Federal de Santa Catarina, 2004.

¹⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Uma nova visão da arbitragem. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5468>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹⁹ <http://arbitragem.pt/noticias/mediacao-lei-29-2013.pdf>

compromisso arbitral (art. 1º, da LAV). Poderão as partes designar o árbitro ou o tribunal arbitral, sendo-lhes, ainda, permitido fixar o modo pelo qual serão escolhidos (art. 10, da LAV). É possível a decretação de providências cautelares pelo juízo arbitral (art. 20, da LAV), todavia, a execução coercitiva somente poderá ser realizada ou efetivada pelos tribunais jurisdicionais (art. 27, do LAV).

Permite-se, também, desde que acordada entre as partes, o julgamento por equidade.

A execução da decisão arbitral será feita pelo Poder Judiciário, à luz do rito executivo previsto no Código de Processo Civil português, devendo a parte que a requerer fornecer o original ou cópia certificada daquela (art. 47, da LAV). Verifica-se, portanto, que, tanto no sistema jurídico brasileiro quanto no português, o juízo arbitral, por carecer do **poder de coerção**, na hipótese de não cumprimento voluntário, depende da ajuda e interferência do Poder Judiciário.

Na **Espanha**, a *Ley de Arbitraje* (Lei n.º 36, de 05 de dezembro de 1998) reestruturou substancialmente o processo arbitral, anteriormente concebido pela legislação promulgada no ano de 1953. Especifica a lei espanhola, contudo, que determinadas matérias não poderão ser dirimidas no âmbito da arbitragem, dentre elas: **a)** as questões resolvidas por decisão judicial definitiva; **b)** os direitos indisponíveis; **c)** as demandas ressalvadas por lei em que o Ministério Público deva intervir na representação e defesa daqueles que não podem atuar por si mesmos, por carência de capacidade de exercício ou representação; e, **d)** as arbitragens laborais regidas por leis próprias.

Para as questões decorrentes do Direito do Trabalho, o sistema jurídico espanhol possui leis específicas sobre a arbitragem, dentre eles: o Real Decreto-Lei n.º 17, de 04 de março de 1977; o Real Decreto-Lei n.º 2.756, de 23 de novembro de 1979; a Lei n.º 50, de 30 de dezembro de 1984 e o Real Decreto-Lei n.º 530, de 08 de abril de 1985 (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 50).

A lei de arbitragem espanhola **eliminou** a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, instituindo o convênio arbitral, com idêntica finalidade e os árbitros poderão decidir por equidade, salvo se as partes optarem expressamente pela arbitragem de direito (ARRUDA ALVIM, 2004, p. 13).

Na **Itália**, o Decreto Legislativo n.º 40, de 02 de fevereiro de 2006, regula o processo arbitral, admitindo, como anteriormente dito, a estipulação da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. Os árbitros deverão decidir segundo a normas de direito, salvo se as partes os autorizarem a sentenciar de acordo com as equidade; a competência da corte arbitral não é excluída pela conexão entre a controvérsia submetida a seu julgamento e uma causa pendente em juízo; foi eliminada a necessidade de homologação da sentença arbitral pelo juiz togado; a execução do laudo arbitral deverá ser realizada pelo Poder Judiciário, mediante o seu depósito, em juízo, juntamente com o ato da convenção arbitral; e o árbitro **não está autorizado** a decretar medidas cautelares.

A lei de arbitragem italiana foi submetida ao exame da Corte Constitucional, tendo sido declarada, tão-somente, ilegítima a imposição da arbitragem obrigatória. E, fugindo do tema, vale lembrar que a lei de mediação italiana foi, em outubro de 2012, considerada inconstitucional pela *Corte Costituzionale della Repubblica Italiana*. Todavia, no dia 15 de junho de 2013, o Poder Executivo italiano, por decreto, promulgou a regra da mediação compulsória como requisito para recorrer à Justiça Cível²⁰.

Na **França**, modelo adotado pela República Brasileira, também é previsto o ajustamento de cláusula compromissória e compromisso arbitral, o procedimento arbitral é estabelecido pelos árbitros que não precisam seguir as regras estabelecidas para os tribunais jurisdicionais, salvo se as partes tiverem decidido de outra forma na convenção de arbitragem; o litígio deve ser resolvido de acordo com as normas de direito e a decisão motivada; a sentença arbitral tem, desde a sua prolação, autoridade de coisa julgada, porém, não é suscetível de execução forçada senão em virtude de *exequatur* (ordem de execução), emanado por tribunal jurisdicional; e, a sentença arbitral não é suscetível de recurso de cassação, podendo, entretanto, ser objeto de impugnação por vício na arbitragem, dentre outros aspectos (**ARRUDA ALVIM**, *op. cit.*, 2004, p. 13).

Na **Alemanha**, o sistema arbitral é regulado pelo Código de Processo Civil (arts. 1.025 a 1.066, ZPO – *Zivilprozessordnung*), o qual poderá ser definido pelas

²⁰ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-jun-18/direito-europa-mediacao-civel-volta-obrigatoria-italia> >. Acesso em: 28/06/2013.

partes – seja na cláusula compromissória, seja no compromisso arbitral – ou, na omissão ou inexistência de acordo entre os particulares, ser livremente determinado pelos árbitros. Havendo necessidade de práticas coercitivas de determinados atos, a execução será requerida ao Estado-Juiz (art. 1.041, do ZPO).

A arbitragem, pelos germânicos, é frequentemente utilizada nas lides comerciais e se os envolvidos chegarem ao acordo de submeter uma divergência existente à decisão de um tribunal arbitral, que não faz parte da jurisdição estatal, o litígio será retirado da competência dos tribunais estatais.

5. VISÃO PANORÂMICA DA ARBITRAGEM NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA.

O instituto jurídico da arbitragem nos Estados Unidos da América é fundamentalmente regulado pela *Uniform Arbitration Act* – UAA (Ato Uniforme de Arbitragem), promulgada em 12 de fevereiro de 1925, servindo como orientação e principal norte à legislação federal conhecida oficialmente como *U.S. Arbitration Act* – USAA ou, notoriamente, *Federal Arbitration Act* - FAA²¹. Posteriormente, foram incorporadas, em 31 de julho de 1970, no texto da referida legislação federal, as disposições da Convenção de Nova York, promulgada em 1958 pela ONU, no tocante ao reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

Em termos gerais, a referida legislação tem por escopo validar os acordos de arbitragem e fornecer as salvaguardas necessárias à sua consecução, mormente quando for indispensável a assistência judicial. A *Supreme Court* americana dá efetivo suporte ao uso deste sistema, tanto é que, no ano de 1996, no julgamento do *leading-case Doctor's Associates versus Cassarotto*, definiu que as leis limitadoras do cumprimento de cláusulas arbitrais são consideradas inválidas²².

A executividade da sentença arbitral e o cumprimento das medidas cautelares decretadas pelo árbitro também dependem da atuação do Poder Judiciário, detentor exclusivo dos atos de império.

²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, Jurisdição e Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 85.

²² Disponível em: < <http://www.law.cornell.edu/supct/html/95-559.ZO.html> >. Acesso em: 13/06/2013.

Destaca-se, hoje, na cultura norte-americana, a ampliação de seu uso, cada vez mais presente em todas as áreas do direito privado e, também, em parte do direito público, assim considerada a distinção feita pelos países de tradição romano-germânica.

Exemplo disso, é o relato de aplicação da arbitragem no direito de família norte-americano, nas causas em que não envolvam os filhos menores do casal, tais como: a divisão de propriedade comum dos cônjuges e a fixação de alimentos a um deles²³. É empregada, ainda, tanto nas grandes quanto nas pequenas relações de consumo²⁴.

Sua incidência se irradia também no âmbito do direito do trabalho norte-americano, pois, ante a inexistência de justiça especializada, a arbitragem é o método mais usado nas disputas coletivas entre empregadores e empregados.

A amplitude da utilização do sistema arbitral é, sem dúvida, o maior diferencial da cultura norte-americana sobre as demais, mormente quanto às nações adotantes do sistema romano-germânico, para as quais somente são arbitráveis os direitos patrimoniais disponíveis.

6. VISÃO PANORÂMICA DA ARBITRAGEM NO MERCOSUL.

O Mercado Comum do Sul – MERCOSUL foi criado, em 26 de março de 1991, pelo Tratado de Assunção, contando com a adesão inicial da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, objetivando a adoção de uma política comercial comum, por meio da livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. A Venezuela somente passou a integrar o bloco econômico em 2012.

O Tratado de Ouro Preto, de 16 de dezembro de 1994, estabeleceu a estrutura institucional do MERCOSUL, dando-lhe personalidade jurídica de direito internacional, o que tornou possível sua relação com outros países, organismos internacionais e blocos econômicos. O sistema arbitral, como forma de resolução de

²³ *In*: COSTA, Carlos Jorge Sampaio. A arbitragem nos Estados Unidos da América. *Apud*: PANTOJA, Teresa Cristina. Prática em Arbitragem, Editora Forense Universitária, 2008, p. 113.

²⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução (análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 86.

conflitos entre as nações componentes do MERCOSUL, foi adotado pelo Tratado de Brasília, assinado em 17 de dezembro de 1991, tendo sido complementado pelo Tratado de Buenos Aires, de 1998, que criou um estatuto comum de arbitragem, tendo sido promulgado no Brasil, por meio do Decreto n.º 4.419, de 04 de junho de 2003.

Estes acordos têm por escopo a regulação da arbitragem como forma de solução de conflitos surgidos de contratos comerciais internacionais, firmados entre empresários, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas, sediados nos países integrantes do MERCOSUL.

Conforme o ajustado, a decisão arbitral pode ser lastreada na equidade ou no direito, aplicando-se este último na ausência de estipulações e as medidas cautelares decretadas pelo tribunal arbitral ou judicial. O requerimento da tutela de urgência dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral, nem implicará renúncia à arbitragem (art. 19).

Para a execução do laudo ou sentença arbitral estrangeira aplicar-se-ão, no que forem pertinentes, as disposições da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975 (promulgado, no Brasil, pelo Decreto n° 1.902/1996); o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL (promulgado, no Brasil, pelo Decreto n° 2.067/1996), e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideú, de 197922 (promulgado, no Brasil, pelo Decreto n° 2.411/1997).

Recentemente, em 2004, entrou em vigor o Protocolo de Olivos, assinado em 12 de fevereiro de 2002, cuja principal importância foi a instituição do Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do MERCOSUL - TPR, afastando uma das principais fontes de insegurança jurídica deste bloco regional, ao funcionar como órgão revisional das sentenças ou laudos arbitrais proferidos pelos tribunais *ad hoc*.

Efetivamente, percebe-se, ainda, a recalcitrância de alguns países signatários, preponderantemente a Argentina, em cumprir os laudos arbitrais revistos

ou proferidos pelo TPR, recorrendo o país platino corriqueiramente ao Tribunal Internacional de Haia²⁵.

7. ASPECTOS DESTACADOS DO PROCESSO DE ARBITRAGEM NOS SISTEMAS JURÍDICOS EXAMINADOS.

7.1. A necessidade de intervenção do Poder Judiciário nas execuções forçadas das sentenças arbitrais.

A arbitragem, como vista anteriormente, embora se assemelhe à função jurisdicional, não é atividade exercida pelo ente político estatal, detentor exclusivo do poder de império, mas privada e, por esta razão, carecem os árbitros e tribunais arbitrais de coercibilidade, ou seja, do poder de efetivarem os seus atos decisórios – a execução das sentenças arbitrais no âmbito dos países adeptos do *civil law* está a cargo único do Poder Judiciário – e, também, de resguardarem coercivamente, com medidas cautelares ou urgentes, a preservação do objeto da causa litigiosa, dependendo, mais uma vez, da interferência do Poder Judiciário.

O procedimento arbitral, por ser fruto da autonomia da vontade das partes contratantes, repousa no princípio da boa-fé dos particulares, ou seja: no compromisso apalavrado e cavalheiresco anteriormente assumido e na esperança da execução espontânea de seus julgados, cuja inobservância somente poderá ser penalizada patrimonialmente pelo árbitro mediante a imposição de multa, a ser, conjuntamente com a sentença arbitral, executada em juízo.

A idéia em Portugal, de se atribuir aos Tribunais Arbitrais competência e força coercitiva para executarem as suas decisões, foi defendida pelo I Ciclo de Conferências, realizado pela Associação Portuguesa de Direito de Consumo, sob o tema “*Da arbitragem nos litígios de consumo*”, cujo pensamento se apoiou no art. 14 da Lei Portuguesa do Consumidor n.º 24, de 31 de julho de 1996.

O máximo que se permitiu, tanto no sistema português quanto no brasileiro, ambos baseados na Lei-Modelo da *United Nations Commission on International*

²⁵ Disponível em: < http://pt.wikipedia.org/wiki/Casos_dos_Tribunais_do_Mercosul >. Acesso em: 14/06/2013.

Trade Law - UNCITRAL foi alavancar a sentença arbitral como título executivo judicial, retirando a necessidade de ser previamente homologado por um juiz togado.

A falta de coercibilidade da execução da sentença arbitral não é, ao sentir de alguns doutrinadores²⁶, uma deficiência da arbitragem, é, antes de tudo, uma escolha universal, pois entendem que não se pode transformá-la em uma nova justiça estatal. Portanto, mesmo que respeitadas pontos de vista divergentes, o fato é que prepondera nos sistemas jurídicos em geral a não coercibilidade das decisões arbitrais.

Vários são os motivos justificadores desta tomada de posição pelos sistemas jurídicos nacionais.

Primeiramente, tem-se o pleno entendimento de que a prevalência da autonomia da vontade das partes proporciona àqueles que adotarem a arbitragem, uma celeridade não vivenciada no processo jurisdicional do Estado. Os litigantes sabem disso. Evita-se o longo procedimento judicial, sobretudo o rigor aos requisitos da ampla defesa e pleno contraditório, das garantias constitucionais do processo, os inúmeros recursos e instâncias decisórias, adotando-se rito procedimental que, por ter sido acordado entre as partes, torna-se mais simples e apto para alcançar, com maior velocidade, a solução da controvérsia.

Recentemente, a comissão brasileira constituída para atualizar a legislação pátria sobre a arbitragem, seguindo as idéias consagradas e praticadas, exemplificadamente, pelos Estados Unidos da América, pelo Reino Unido e Portugal, deliberou que o projeto de lei a ser apresentado deve determiná-la no direito do consumidor, de forma que o procedimento arbitral somente tenha início por vontade única e exclusiva do consumidor ou com a expressa anuência dele, respeitando-se, portanto, o corolário da autonomia da vontade inclusive nos contratos de adesão.

Prepondera, portanto, a noção segundo a qual, caso os atos decisórios da arbitragem fossem dotados de coercibilidade, ela estaria fadada à perda de uma das suas principais características: a voluntariedade, o que desconstituiria a sua própria

²⁶ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

legitimidade, face à ausência do menor consenso de vontades entre as partes, derruindo, por conseguinte, a sua premissa de constituição.

A opção pelo atual modelo de arbitragem resulta do consenso legislativo das respectivas nações e a sua transformação em uma nova justiça estatal também haverá de resultar, se for o caso, de um prudente período de maturação, incumbindo aos estudiosos e aos operadores de direito zelarem para que não ocorra o esvaziamento deste método alternativo que é à jurisdição.

A arbitragem deve sempre se pautar na aceitação espontânea das partes que a utilizaram. Existindo a resistência ou o inconformismo ao que foi decidido, sendo necessária à sua efetivação o uso da força, deve o litígio ser transportado para a justiça estatal, observando-se o contraditório, pois se ausentou o consenso entre os litigantes, restaurando a primazia da autonomia da vontade.

Acerca desse aspecto, alusivo à aproximação da arbitragem à jurisdição, entre os próprios entendidos colhem-se opiniões conflitantes. Para aqueles cuja aproximação se afigura equivocada, ao se atribuir coercibilidade aos atos decisórios dos árbitros, não se deve desprezar que essa circunstância transformaria este instrumento alternativo de solução de conflitos em mais um órgão jurisdicional.

A equiparação da sentença arbitral à decisão judicial, como título executivo, nos sistemas todos, é o bastante para a efetivação da vontade do árbitro ou do tribunal arbitral, porquanto toda a fase cognitiva da lide foi suplantada, não estando mais apta ao exame judicial que deverá tão-somente se preocupar em respeitar as garantias do executado ao efetivá-la.

Com efeito, como bem rememora a professora **PAULA COSTA E SILVA**, da Universidade de Lisboa, em sua obra *“A execução em Portugal de decisões arbitrais nacionais e estrangeiras”*²⁷:

“A realização de actos de execução implica a intromissão em direitos fundamentais do executado através da prática de actos de autoridade, pelo que, na expressão de Rosemberg, Gaul e Schilken, constitui a forma mais

²⁷ A obra doutrinária citada encontra-se disponível no site da Ordem dos Advogados de Portugal, em: http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idc=31559&idsc=64444&ida=64475. Acesso em 13/06/2013.

intensa de realização de justiça. Detendo o Estado o monopólio do uso da força de modo legítimo, qualquer actividade que implique o seu uso só pode ser exercida ou pelo Estado ou por alguém, mesmo que sujeito privado, por sua delegação. Esta delegação não existe no caso dos tribunais arbitrais pelo que não pode admitir-se que pratiquem actos de coerção, seja em tutela cautelar, seja em tutela definitiva.”

Por fim, cumpre asseverar que a atribuição do poder de coerção ao juízo arbitral é, segundo os seus defensores, o elemento faltante para alçar a arbitragem de vez à categoria de jurisdição, pois, se a sua sentença produz coisa julgada material e possui natureza de título executivo judicial, não haveria sentido em desprover o árbitro, que exerceu toda função cognitiva da lide, de poderes para forçadamente efetivá-la, mormente se ele está revestido, por delegação estatal, do poder decisório inerente à atividade jurisdicional.

Essa reivindicação, se legítima ou não, justifica-se no fato de as duas facetas da jurisdição – a de julgar e a de executar o julgamento são exercidas no procedimento arbitral por juízos ideologicamente diferentes (árbitro e juiz de direito, respectivamente).

7.2. As medidas cautelares no sistema arbitral.

Tanto no processo civil como na arbitragem, podem ocorrer eventos urgentes ou de natureza cautelar no curso do procedimento arbitral.

Como leciona o autor português **MANUEL PEREIRA BARROCAS**²⁸, esse poder nasceu quando a arbitragem já tinha certa aceitação internacional, cuja principal fonte impulsionadora da competência para decretar tais medidas foi a Lei-Modelo da UNCITRAL, hodiernamente seguida por inúmeras, dentre elas: a alemã, a portuguesa, a espanhola, a belga e a inglesa.

Por vezes, a celeridade inerente ao processo arbitral não é suficiente para tutelar adequadamente o direito material pleiteado pela parte, o que torna necessária a concessão de medidas de urgência pelo árbitro. O objetivo de tais medidas é

²⁸ Obra: Manual de Arbitragem. Coimbra: Editora Almedina. 2010, p. 661.

impedir a ocorrência de dano ou prejuízo irreparável a quem pleiteia o direito, em virtude da demora na composição da lide.

A medida cautelar, inclusive, poderá ser decretada pelo juiz togado, anteriormente à constituição do tribunal arbitral ou nomeação do árbitro, sem que seja interpretado com uma renúncia da parte requerente à convenção de arbitragem, segundo o magistério do professor **JOSÉ MIGUEL JÚDICE**²⁹, da Universidade de Nova Lisboa.

Adverte, ainda, **MANUEL PEREIRA BARROCAS**³⁰ que *“após a decisão do Tribunal Europeu de Justiça proferida no caso Van Uden ficou claro que, nos países da União Europeia, os tribunais judiciais podem fazê-lo. E isto é particularmente importante nos países comunitários em que não exista lei expressa para permitir essa possibilidade”*.

O árbitro, todavia, não possui poder de coerção, razão pela qual se a medida cautelar por ele decretada necessitar de ser imposta a um dos litigantes, deverá o juízo arbitral pedir auxílio ao Poder Judiciário.

A opção legislativa foi no sentido de se atribuir ao Estado-Juiz um caráter **fiscalizador** da jurisdição consensual delegada aos particulares (teoria da fiscalização³¹).

A atuação judicial, em tais casos, segundo a balizada doutrina, possui natureza controladora do sistema arbitral. Novamente, o Estado-juiz atua como guardião das garantias individuais constitucionais bem como da higidez do procedimento arbitral, ao verificar a legalidade e a observância do estabelecido na convenção de arbitragem.

O procedimento ora aludido não cogita de deficiência da arbitragem, pois todas as legislações nacionais que deferem ao árbitro poder cautelar sujeitam a sua

²⁹ Obra: As providências cautelares e a arbitragem: em que estamos? Disponível no sítio eletrônico do próprio autor em: <http://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/03_ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/As_Providencias_Cautelares_e_a_Arbitragem_Em_que_estamos.pdf>. Acesso em: 13/06/2013.

³⁰ *Op. Cit.*, p. 8.

³¹ VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem). Disponível em: <<http://www.portugalmurad.com.br/artigos/reflexoes-sobre-a-tutela-cautelar-na-arbitragem/>>. Acesso em: 26/06/2103.

legalidade ao crivo do órgão estatal detentor da jurisdição, como fiscal da lei, que, pela mesma convenção social, a delegou ao juiz privado.

O juiz togado não tem competência para modificar a medida cautelar proferida pelo árbitro, porém, exercendo o seu poder de controle, pode deixar de determinar o seu cumprimento se entender que é ilegal ou inconstitucional, casos em que deverá fundamentar a sua decisão.

No ordenamento jurídico brasileiro, por disposição legal expressa, a partir do deferimento da medida cautelar pelo árbitro, este se dirigirá ao juiz estatal, para que a execute (mediante seu poder de *coertio* e *executio*), caso a parte resista em cumpri-la espontaneamente. Esta solicitação será feita mediante um simples ofício, acompanhado da cópia da convenção de arbitragem e do adendo explicativo da questão litigiosa.

O referido ofício deverá ser distribuído na comarca de instituição da convenção, a um dos juízes que seria competente para julgar a demanda, respeitada a lei de organização judiciária, caso ela não fosse levada à jurisdição arbitral.

Por tal motivo, entende-se que essa parceria entre o poder jurisdicional estatal e a arbitragem **assim deve continuar**, sobretudo para preservar o sistema arbitral e sua higidez.

Todavia, há que se atentar a outras limitações em relação ao poder judicial: a inexistência e/ou ineficácia de medidas que possam alcançar terceiros, bem como, a impossibilidade de se conceder medidas entre as partes sem a observância do contraditório prévio previsto na convenção de arbitragem.

Quiçá, estes dois fatores sejam determinantes na falta de interesse, em alguns Estados, concernente à adoção das medidas cautelares no âmbito arbitral.

Questão que merece destaque, segundo adverte **MANUEL PEREIRA BARROCAS**³², situa-se na antecipação de tutela, sobretudo nos casos de apreensão de bens patrimoniais.

O arresto patrimonial, pelo juízo arbitral, como forma de assegurar o seu provimento final, todavia, é limitado (no caso português, em razão da matéria não ter sido clarificada na LAV) ou até mesmo proibido em certas nações, como é o caso da Holanda, da Itália e da França (de acordo com a nova lei francesa de arbitragem, o árbitro não pode decretar as nominadas “*saisies conservatoires*”)³³.

No Brasil, admite-se, a teor do disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, que a medida de urgência necessária à garantia da preservação do resultado do litígio seja proferida pelo juiz togado, ainda que implique em antecipação de juízo de valor e mérito da controvérsia.

Tal situação já foi o objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, tendo sido asseverado que: “*na pendência da constituição do Tribunal Arbitral, admite-se que a parte se socorra do Poder Judiciário, por intermédio de medida de natureza cautelar, para assegurar o resultado útil da arbitragem*”. E, “*superadas as circunstâncias temporárias que justificavam a intervenção contingencial do Poder Judiciário e considerando que a celebração do compromisso arbitral implica, como regra, a derrogação da jurisdição estatal, os autos devem ser prontamente encaminhados ao juízo arbitral, para que este assumo o processamento da ação e, se for o caso, reaprecie a tutela conferida, mantendo, alterando ou revogando a respectiva decisão*” (AgRg na MC 19.226/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).

7.3. A confidencialidade das decisões arbitrais e o intuito de se formar um doutrina uniforme.

³² Obra: Algumas notas sobre medidas cautelares no direito comparado da arbitragem. Disponível no sítio eletrônico: <<http://arbitragem.pt/estudos/as-medidas-cautelares-na-arbitragem--manuel-pereira-barrocas.pdf>>. Acesso em 13/06/2013.

³³ BARROCAS, Manuel Pereira. *Opus cit.*

Por fim, um novo desafio surge, na atualidade, em razão da rapidez de veiculação e de acesso às informações vivenciadas na presente e moderna era virtual.

À medida que a arbitragem avança como meio eficiente de resolução de conflitos, chega-se a um paradoxo que em breve há de eclodir. O sigilo em relação à matéria que foi controversa é o grande atrativo do sistema arbitral, característica que o distingue da jurisdição estatal, podendo-se designá-lo também como princípio da confidencialidade, ensejando a formação de uma verdadeira jurisprudência oculta e rica que dificilmente gera precedentes.

A confidencialidade surge a partir de uma imposição legal ou contratualmente, em razão da obrigação assumida pelos personagens da arbitragem. Duas decisões: uma da Austrália, em 1995, no conhecido "*Caso Essa*", e a outra, prolatada na Suécia, em 2000, o "*Caso Bulbank*"; tocam nessa questão, de modo similar, adotando idêntico raciocínio³⁴.

Em razão destes dois precedentes autoriza-se compreender a possibilidade de, com temperamentos, relativizá-la.

Não há compulsoriedade no âmbito dos sistemas jurídicos em geral em obrigar que em toda e qualquer arbitragem seja observado o princípio da publicidade.

Logo, o sigilo ou confidencialidade do procedimento arbitral é uma garantia aos particulares contratualmente envolvidos e sua inobservância ou supressão somente poderá ser autorizada se a convenção de arbitragem firmada expressamente assim consignar.

No entanto, na atualidade, surgem de forma pujante os defensores e as teses favoráveis à divulgação do teor das sentenças arbitrais, conforme se pôde observar nos debates empreendidos na VIII Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro, realizada em 08 de maio de 2012.

³⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. Obra: Confidencialidade na arbitragem. Disponível em: < <http://lob-svmfa.com.br/arquivos/site/publicacoes/files/artigos/LOB%20-%20Confidencialidade%20na%20arbitragem.pdf> >. Acesso em: 20/06/2013.

A criação de precedentes na arbitragem seria um dos fatores favoráveis à divulgação das sentenças arbitrais e à formação de uma doutrina arbitral estruturada, como defende a professora brasileira **SELMA LEMES**, da Faculdade de Direito da Fundação Getúlio Vargas - FGV³⁵.

Destaque-se, contudo, diferenças acentuadas em relação aos precedentes criados pelos sistemas arbitral e judicial. Os precedentes, no caso da arbitragem, não são vinculantes e nem têm caráter de embasamento da decisão. São, na verdade, referenciais doutrinários que podem ser usados tanto como base de argumentos quanto como formas de persuasão dos árbitros. Sua utilidade, portanto, seria reduzida, principalmente nos ordenamentos jurídicos adeptos ao *civil law*.

Outro fator positivo, como defende o professor português, membro do Comitê Português da Câmara de Comércio Internacional, **ANTÓNIO PINTO LEITE**³⁶ seria a rapidez de propagação de material cognitivo e científico apto a auxiliar, além dos árbitros, o magistrado na apreciação de questões empresariais já debatidas pelos tribunais arbitrais e ainda desconhecidas da jurisdição estatal, em razão da notória celeridade e especialização dos feitos submetidos a este meio alternativo de resolução de conflitos.

Contudo, não é possível afastar a reflexão de que o “*tesouro escondido*” nos precedentes não divulgados, caso publicados, ensejariam o esvaziamento da arbitragem (Min. Sidnei Beneti, do STJ)³⁷.

Portanto, filiando-se a essa linha de pensamento, não haveria como afastar o fato de que a publicação das respectivas sentenças além de significar uma profunda modificação do sistema, não importaria em conseqüente aperfeiçoamento, mas, ao contrário, estaria exposto a um revés, ou seja, o enfraquecimento do atual modelo construído para a arbitragem.

Segredos, técnicas empresariais, informações confidenciais, verdadeiras jóias do sucesso empresarial alcançado seriam reveladas, provocando incalculáveis

³⁵ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas> >. Acesso em: 14/06/2013.

³⁶ Obra: *Juria novit curia* e a arbitragem internacional. Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 09, vol.

³⁵ Editora Revista dos Tribunais, 2012.

³⁷ Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-31/sigilo-obstaculo-formacao-jurisprudencia-arbitral-dizem-especialistas> >. Acesso em: 25/06/2013.

prejuízos, expondo os optantes da arbitragem a verdadeira devassa propiciada pela publicação das decisões arbitrais, como ocorre no caso das sentenças judiciais.

Nessa hipótese, acredita-se ausentar irremediavelmente as vantagens e os benefícios, enfim, os atrativos, que exatamente emprestam a este modelo a adversarial, quanto a este aspecto, a sua razão de ser.

Tudo isso redundaria em negligenciar a arbitragem, rendendo ensejo a que eventuais interessados preferissem ingressar diretamente com suas demandas no Poder Judiciário, podendo dar causa ao letal ferimento, posto que, ausentando-se a preservação do sigilo, presencia-se o desinteresse do particular de acionar este método alternativo de solução de conflitos.

Concluindo, verifica-se, assim, que o processo arbitral, dentro das limitações expostas, torna-se a cada dia mais interessante para os particulares e investidores internacionais, fomentando, por consequência, internamente, nos sistemas jurídicos estudados, a redução de ajuizamento de litígios perante o Estado-Juiz e, externamente, o crescimento econômico nacional em razão do aporte livre fluxo de capitais estrangeiros pelas empresas multinacionais.

