

ARBITRAGEM: ASPECTOS TEÓRICOS E A EXPERIÊNCIA CATARINENSE

José Isaac Pilati*

Palestra proferida no V Encontro de Magistrados Catarinenses, em Itajaí, em 5 de junho de 1999

Esse V Congresso Catarinense de Magistrados, desde a sua concepção e organização, até o enfoque crítico dos assuntos, que sugere, já é por si só uma resposta alentadora do Judiciário Catarinense aos grandes desafios do momento histórico presente.

A mim foi confiada a tarefa de abordar os *desafios da Justiça* (para o século XXI), pelo prisma *da arbitragem privada*. O que é a arbitragem privada? No direito brasileiro vigente, é a faculdade, legalmente atribuída às partes, de constituírem ou elegerem, elas mesmas, no lugar dos tribunais estatais, um tribunal (arbitral) privado, para dirimir conflitos seus, em torno de direitos patrimoniais disponíveis.

Afinal, pergunta-se, a arbitragem será ou não um dos instrumentos efetivos do Judiciário no próximo século? A resposta a essa pergunta está atrelada a essa outra: por que razão esse instituto voltou à baila nos últimos anos, justamente nesse novo contexto do mundo e das transnacionais?

Vou fazer uma abordagem sucinta, trazendo, apenas os elementos indispensáveis para montar um quadro à reflexão dessa seleta platéia. Começo colocando o problema no contexto da globalização. Qual é a

relação entre arbitragem e globalização? Existe uma causa material comum aos dois fenômenos? Parece que estamos testemunhando o surgimento de um proto-Estado mundial (Chomski, 1999) e a arbitragem, nesse caso, estaria a serviço e seria decorrência das mesmas causas.

Perquirido esse aspecto, procurarei fazer uma recuperação das origens históricas da arbitragem. Em que condições surgiu e funcionou, e por que teria saído de cena a arbitragem romana? Vejam os senhores que Roma, *mutatis mutandis*, foi uma experiência de *globalização*, e pode-se afirmar que a arbitragem foi alternativa de decisão dos conflitos, na fase pré-estatal romana.

Ora, isso posto, vou dar um salto à realidade interna, catarinense: procurarei resumir e traçar um perfil da Lei 9.307/96 e relatar a nossa recente experiência em arbitragem, em Santa Catarina, experiência de que tenho participado, como Presidente do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Mercosul, sediado em Florianópolis. Essa participação, direta e efetiva, autoriza-me a deixar algumas conclusões, ou sugestões, a esse importante conclave.

*Doutor em Direito. Professor da UFSC. Professor Convidado do CMCJ – UNIVALI,

Presidente da Fundação José Arthur Boiteux e do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Mercosul

Há alguns mitos e muita prosopopéia em torno da arbitragem. A lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, editada na esteira do Tratado do Mercosul, realmente, suscitou muitas controvérsias, que o Professor catarinense Welber Barral elenca e rebate no último número da Revista *Álter Ágora*, publicada pela Fundação José Arthur Boiteux, sob os auspícios da Universidade Federal de Santa Catarina (1999, p.5). Todavia, o desafio mais importante e primeiro é procurar explicar e compreender a origem do fenômeno.

A questão é: por que a soberania do Estado-Nação está em xeque? É a soberania ou são as estruturas jurídico-políticas que estão sendo *sucateadas* por novas exigências de organização e funcionalidade?

Em verdade, vou sugerir apenas um começo de resposta, ou melhor, de reflexão, a esse qualificado auditório. Invoco, a tanto e como exemplo ilustrativo, o novo perfil da propriedade imaterial, que trafega pela “auto-estrada global da informação”.

José Eduardo Faria (1998, p.15), em trabalho recente, fala em sociedade *informacional* (em oposição a um período, agonizante, da sociedade *industrial*); detecta-se a existência de novos padrões de produção, com internacionalização dos mercados, com nova divisão do trabalho mundial, com nova organização institucional do capitalismo. A inovação científica assume o comando da produção econômica, deixando em segundo plano o modelo de produção industrial que liderou e modelou o mundo, até o final do século.

Ora, digo eu na seqüência, a ciência, como fator privilegiado de produção, passou a gerar uma categoria de bens, cujo *habitat* natural, de mercado e de produção, é transnacional. Isso significa a obsolescência das estruturas jurídico-políticas tradicionais, em que vimos laborando. Isso, diz Eduardo Faria (id), com apoio em Boaventura de Souza Santos, desencadeia um período de “rupturas paradigmáticas.”

De fato, gigantes como a Microsoft, no campo da informática, e outras assemelhadas, na área da agricultura e dos cultivares, a par da “explosão do capital financeiro não regulado” (Chomski, 1999, p. 58), vão padronizando o mundo num totalitarismo sem precedentes, e ao mesmo tempo, demolindo o casario jurídico-político do Estado-Nação. Isso gera um contexto muito semelhante ao da fase pré-estatal

romana, em que surgiu e imperou a arbitragem privada (Demo, sd, p. 61).

Em outras palavras, a arbitragem é um instituto que tende a ressurgir como alternativa naturalmente viável à ausência ou ineficácia do instituído; ela volta à cena nos momentos históricos de transformação econômica radical e de reestruturação jurídico-política.

Se fizermos uma retrospectiva, por superficial que seja, da história da justiça, podemos constatar que as formas de produção de bens refletem-se, diretamente, na estrutura jurídico-política, e que a arbitragem pode ser notabilizada como um instituto que serve aos períodos de transição e pré-institucionalização.

A primeira grande reflexão, à vista disso e a propósito da arbitragem aqui tratada, é que o direito é forma, e que a sua especificidade é determinada pelo conteúdo da propriedade.

Um exemplo radical é a constituição gentílica (Engels, 1991). Na tribo, a justiça era feita pelos grupos de parentes, denominados *fratrias*: os dois lados, de vítima e de agressor, acertavam a situação, fosse através de presentes aos ofendidos, fosse abandonando o parente culpado à vingança da outra parte.¹ Diz-se que se tratava de uma justiça privada, o que não é verdade: a decisão não era dos indivíduos envolvidos no conflito, mas da coletividade e seus valores. Tratava-se de uma justiça “estatal”.

No passo seguinte, e no caminho romano da estatalização, na medida em que se afirmava a propriedade (privada) nas mãos do *pater*, surge o arbitramento facultativo: as partes (entendam-se os pais de família) fazem um acordo e acertam a indicação de um árbitro (um outro pai de família), para dirimir o conflito.

À proporção que o Estado Antigo vai-se afirmando (*pari passu* à afirmação da propriedade privada individual), institui-se o arbitramento obrigatório: o Estado passa a obrigar os litigantes a escolher árbitro, assegurando, ao mesmo tempo e pela coerção pública, a execução da decisão. É a figura do pretor que emerge, um magistrado civil que instala o contraditório e nomeia um juiz popular (*iudex*), responsável pela instrução e pela sentença (irrecorrível).

A última fase é a fase estatal, propriamente dita, iniciada a partir do pretor peregrino, até a consagração do processo de cognição extraordinária: a justiça é ministrada por funcionários do Estado, através de ações e juízes, juízes que instauram o contraditório, colhem as provas, decidem e executam a sentença. Chegava-se, assim, à “naturalidade das coisas”, nos regimes de propriedade privada: um Estado e um direito estatal onipresentes, acima das partes e suas relações jurídicas, mas os proprietários com uma esfera própria de liberdade, traduzida em faculdades e direitos subjetivos.

Portanto, historicamente, essa parece ser a sina da arbitragem: a de um instrumento ou instituição que é chamada a um papel (essencial, mas temporário) - nos períodos de transição e mudança! Mais propriamente, nos períodos de revolução no campo da propriedade!

Muito bem. No momento em que, nesse final de século, passou-se a produzir e distribuir bens, e a acumular capitais, na perspectiva (essencial) de um mercado globalizado, a estrutura do Estado-Nação soberano, e todo o seu aparelho institucional de justiça, desarranjam-se. As vias burocráticas da justiça e seu vetusto processo civil inviabilizam-se como as estradas federais congestionadas, dos nossos finais de semana.

Os donos do poder econômico mundial, assentados numa perspectiva transnacional, não encontram resposta nas limitadas instituições dos Estados nacionais (para não dizer locais) e lançam mão da arbitragem, como instrumento alternativo à solução dos seus conflitos. Como os *patres familiae* romanos, colocados acima da massa ignara de “sujeitos de direito” ou de consumidores, e dos próprios Estados, retomam a velha instituição da arbitragem, à revelia dos interesses comunitários, dos direitos sociais e outras “velharias” do período anterior (ou do esgotado modelo, melhor dizendo)...

Na via reflexa, os próprios países partem para a formação de blocos econômicos, a partir do Mercado Comum Europeu e da União Européia, e entre nós, na década de 90, o Mercosul.

Na Europa, partiu-se para um direito comunitário, criando uma Corte supranacional e, com ela, instrumentos de adaptação do Judiciário de cada país à nova realidade, do Bloco. Entre nós, no Mercosul, o Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias (de 17 de dezembro de 1991) previu, como última

alternativa, à falência das negociações diretas e da intervenção dos órgãos previstos no Tratado de Assunção, o procedimento arbitral.

Nessa esteira, à vista do assoberbamento do Judiciário, numa sociedade cada vez mais complexa, surge a idéia, no Brasil, de instituir a arbitragem como alternativa de desafogo da máquina, no plano interno. É a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996!

Essa lei institui a arbitragem privada para os conflitos em torno de direitos patrimoniais disponíveis, conferindo à sentença respectiva (do árbitro privado, bacharel em direito ou não) o mesmo *status* da sentença judicial, acrescido do atributo da irrecorribilidade.

As partes podem estabelecer, no contrato particular (de aluguel, de compra e venda, de seguro) uma *cláusula compromissória*, elegendo a via arbitral à eventualidade de conflito; ou mesmo, na pendência do processo judicial, podem optar, por acordo, pela via arbitral. No passo seguinte, firmam as mesmas partes o *compromisso arbitral*, no qual escolhem o(s) árbitro(s), fixam os pontos controvertidos, estabelecem o procedimento e elegem, querendo, até mesmo as normas e princípios de direito material pertinentes.

A instância arbitral instala-se a partir da aceitação do(s) árbitro(s), e este(s) pode(m) aditar a convenção arbitral, complementando os seus termos, na forma acordada com as partes.

Além da escolha do árbitro, as partes podem optar, também, por normas de órgão arbitral institucional ou de entidade especializada (particular), ao invés de se limitar à simples escolha de pessoa de sua confiança.

O legislador, entretanto, não se restringiu a um sistema privado puro, mas preferiu, com muito senso prático, um sistema misto, prevendo uma série de intervenções e de interfaces com a justiça estatal: o juiz (que seria o juiz) da causa é encarregado de executar a sentença arbitral; decide sobre as medidas cautelares e de coerção (pretendidas pelas partes e pelo árbitro, na pendência do juízo arbitral); julga as questões prejudiciais de ordem indisponível; aprecia os pedidos de anulação da cláusula compromissória e da própria sentença arbitral; assim como indica o árbitro nos casos de suspeição e substituição (se não houver acordo entre os envolvidos).

À vista da Lei, e da possibilidade de se criarem tribunais institucionais, a Universidade Federal de Santa Catarina, através do Centro de Ciências Jurídicas e da Fundação José Arthur Boiteux, houve por bem firmar um convênio com o Governo do Estado, através da Secretaria do Desenvolvimento Econômico e Integração para o Mercosul, para instituir uma corte, com sede no Espaço Mercosul, em Florianópolis. Era o Tribunal de Mediação e Arbitragem do Mercosul – TMA, instituído no seio estatutário da tradicional Fundação José Arthur Boiteux. Tratando-se de um Estado e de uma cidade com vocação turística, a iniciativa mereceu ampla adesão da comunidade.

A instalação deu-se em 19 de maio de 1998, mediante a participação de diversas instituições da sociedade civil, empresários, profissionais, atividades e órgãos públicos, reunidos e representados no Conselho Deliberativo do TMA. O ato constitutivo previa, além do referido Conselho Deliberativo, um Conselho Administrativo, a cargo da Fundação José Arthur Boiteux e um Corpo de Árbitros e Peritos, selecionados por notável saber e idoneidade.

Em 21 de julho de 1998, foi empossada a Diretoria do Conselho Deliberativo e o Corpo de Árbitros provisório, formado por professores pós-graduados da Universidade Federal de Santa Catarina.

Nos meses seguintes, o Conselho Deliberativo tratou de elaborar o estatuto e os procedimentos do Tribunal, tanto os de arbitragem, como de mediação², contando com a participação de advogados, magistrados, promotores de justiça, empresários, professores, e até mesmo de alunos do Curso de Especialização em Mediação e Arbitragem da Fundação José Arthur Boiteux, iniciado em abril de 1998, no Espaço Mercosul.

Nesse mesmo período, a Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina, FIESC, criava a Câmara Catarinense de Mediação e Arbitragem, da qual participavam diversas instituições e autoridades integrantes do próprio TMA. A Câmara, filiada ao CONIMA – Coordenadoria Nacional de Mediação e Arbitragem, com sede em Brasília, tinha uma estrutura diferente do TMA: as atividades finalísticas seriam desenvolvidas por subcâmaras: social e trabalhista, civil e comercial.

No segundo semestre de 1998, aproximando-se a sucessão do Governo estadual, as duas entidades

entraram em acordo para fundir-se numa só, sob o nome de Corte Catarinense de Mediação e Arbitragem. A futura Corte já tem, praticamente, definida a sua estrutura organizacional: Assembléia de todos as pessoas jurídicas participantes; um Conselho Deliberativo, responsável pela Administração; um Conselho de Ética; e Câmaras de Mediação e Arbitragem, espalhadas pelo Estado e formadas em torno atividades de interesse. A assembléia final, da fusão, ainda não foi realizada, devendo ser marcada, provavelmente, para julho próximo.

De sorte que, em Santa Catarina, até o momento, se foram dados alguns passos importantes, como a obtenção de espaço físico, a criação de Cortes e a definição da estrutura político-institucional, o certo é que a arbitragem ainda não deslançou.

As dificuldades não decorrem da legislação, que existe e é boa, mas das barreiras de ordem cultural, decorrentes de todo um quadro explicativo, que tentei esboçar nessa curta intervenção, cuja honra agradeço, particularmente, aos eminentes Magistrados Nelson Juliano Schaefer Martins e Marco Aurélio Gastaldi Buzzi.

Em primeiro lugar, parece claro que a arbitragem notabiliza-se por ser uma instituição que se oferece como alternativa à falta ou inadequação de uma justiça estatal, tendendo a ficar em segundo plano, uma vez afirmada esta última. Assim foi em Roma.

Nos tempos atuais, o retorno da arbitragem, no plano internacional, entre as grandes empresas globalizadas, foi uma imposição dos fatos, ante à existência de interesses transnacionais, sem a contrapartida da existência de um Estado mundial.

No Mercosul, embora prevista como a Segunda alternativa para resolver conflitos entre os Estados signatários, não foi utilizada e não o será tão cedo, pois não corresponde à cultura e às intenções reinantes, ao que parece.

No plano interno, surgiu e foi objeto de lei específica, para servir de alternativa de desafogo do Judiciário. Realmente, no campo dos direitos patrimoniais disponíveis, pode se constituir num excelente instrumento para afastar, com resolubilidade, as causas menores, tais como arbitramento de aluguéis, acidentes de trânsito e coisas do jaez, que abarrotam

as prateleiras do fórum e desviam a atenção de outros problemas e prioridades do Judiciário.

Todavia, para que vingue e produza frutos, na dimensão que lhe foi atribuída pelo legislador, a arbitragem necessita de um grande investimento, junto aos advogados e magistrados. Antes, porém, deve ser assumida pelo próprio Judiciário, como instituição.

É necessário instalar a arbitragem, preliminarmente, na Organização Judiciária; investir na preparação dos magistrados, para que eles próprios assumam a condução desse processo de implantação da via alternativa.

O papel da Universidade e das cortes institucionais, por outro lado, é com a formação de árbitros, de

mediadores e de peritos, atividade essa que desperta, como pode vivenciar, grande interesse entre os profissionais das diversas áreas.

Isso tudo envolve muito tempo e muito dinheiro, além do empenho pessoal dos entusiastas. Não é uma tarefa fácil, por um lado, como também não é a redenção da Justiça, por outro. Trata-se de uma via auxiliar, que a propósito da complexidade dos tempos modernos, poderá ser de grande valia.

Para mim, o que mais me encanta, em face da arbitragem e suas circunstâncias, é que ela abre uma nova perspectiva (ou viés) para o estudo do direito e inaugura uma real possibilidade de participação popular nas atividades da Justiça.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

1 Era o sistema denominado, impropriamente no meu modo de ver, de “justiça privada”. Improriedade, por que se tratava de uma organização social, a *genus* (grega) ou *gens* (romana), em que não havia, ainda, a separação entre o público e o privado. A expressão “justiça privada” tem levado a conclusões preconceituosas e equivocadas, pela aplicação de paradigmas absolutamente incompatíveis com a realidade histórica concreta.

2 Não se deve confundir “mediação” com “arbitragem”. Mediação é um processo em que, no conflito, um terceiro, denominado “mediador”, utilizando de conhecimentos técnicos, apoia as partes em desavença, auxiliando-as a obter um acordo negociado, ou então, a confirmarem, definitivamente, o impasse (Moreira Filho, 1998).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRAL, Welber. A arbitragem e seus mitos. *Álter Ágora*. Florianópolis, n. 5, p. 5-10, fev. 1999.

CHOMSKY, Noam. Democracia e mercados na nova ordem mundial. In: CHOMSKY, Noam, DIETERICH, Heinz. *A sociedade global: educação, mercado e democracia*. Trad. de Jorge Esteves da Silva. Blumenau: Furb, 1999. p.27-66.

DEMO, Wilson. *Manual de história do direito*. Tubarão. No prelo.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Trad. de Leandro Konder. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1991. 215p.

FARIA, José Eduardo. Prefácio. In: NERO, Patrícia Aurélia de. *Propriedade intelectual: a tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: RT, 1998. p. 15-17.