REVISTA ELETRÔNICA DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA
FAC SÃO ROQUE

Aspectos Relevantes do Instituto da Arbitragem no Direito Brasileiro e no Mercado Comum do Sul

Maria Bernadete Miranda [1]

1. Origens Históricas da Arbitragem

Alguns autores afirmam que a arbitragem foi muito utilizada na Grécia Antiga e no Império Romano. Segundo Cretella Júnior, *"... o instituto da arbitragem encontra-se na mitologia grega quando Paris funciona como árbitro entre Atenas, Hera e Afrodite, em disputa pela maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela".* [2]

Assevera Cretella Neto que *"Aristóteles, na Retórica (I, 13, 1974 b, 420) confirma que o árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei".* [3]

Os antigos hebreus também conheciam o instituto, sendo que as disputas de direito privado eram resolvidas através da arbitragem, existindo inclusive um Colegiado denominado *Beth-Din*, constituído por três doutores da lei.

Ensina Cretella Neto que o *Beth-Din* era *"um colegiado formado por três árbitros, considerados "doutores da lei", competentes para julgar todas as matérias, atendo-se aos princípios bíblicos"*. [4]

Determinadas características procedimentais do primeiro período do processo romano, de 754 a.C. ao ano de 149 a.C., que vigoraram desde a fundação de Roma até o fim da República assemelham-se às modernas Cortes de Conciliação. O sacerdote dos templos romanos fazia o papel de árbitro nas questões de guerra e resolvia as pendências cíveis e criminais, nos períodos de paz.

No Direito Romano, naquela época, o processo consistia em duas fases: *"in jure"* (perante o juiz) e *"in judicio"* (perante o árbitro ou juiz leigo).

---

[1] Mestrado e Doutorado em Direito das Relações Sociais, sub-área Direito Empresarial, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Empresarial na Universidade de Sorocaba, Uniso; professora de Direito Empresarial na União das Instituições Educacionais do Estado de São Paulo, Uniesp - São Roque; Diretora responsável pelas Revistas Eletrônicas da Faculdade de Administração e Ciências Contábeis de São Roque - Fac. Advogada.

[2] LENZA, Vitor Barboza. **Cortes arbitrais**. Goiânia: AB, 1997, p. 135.
[3] CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7.
[4] CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.7.

No final do século III, no período pós-clássico, ocorreu o estabelecimento da Justiça Oficial, com a implantação do juiz estatal, com a finalidade de resolver as pendências entre as partes em nome do Estado, substituindo o particular, que era o árbitro escolhido pelos próprios litigantes.

Na Idade Média, na Europa, o instituto era conhecido, e existiam normas estabelecidas sobre o compromisso da arbitragem, destinadas especialmente à solução de disputas familiares.

Na Revolução Francesa, a partir de 1789, com o surgimento do positivismo, a arbitragem passou a ser substituída e tornou-se logo em seguida concorrente do Judiciário, ainda que sua prática estivesse reservada exclusivamente ao Estado.

Todos os conflitos ocorridos no século XIX encontraram soluções com base em codificações, e a arbitragem deixou de ser adotada.

Somente com a Revolução Industrial, no final do século XIX e início do século XX, ficou evidente que o pensamento positivista e codificador não era adequado para a solução de conflitos comerciais. Além do surgimento de um direito próprio do comércio internacional, paralelamente a arbitragem passou a ser uma alternativa de solução de controvérsias em que as normas próprias do comércio internacional poderiam ser aplicadas por árbitros.

No Brasil, o primeiro disciplinamento sobre arbitragem foi registrado, em 1603, nas Ordenações Filipinas, que faziam parte das Ordenações do Reino. Era admitida a possibilidade de recurso, mesmo que as partes tivessem lavrado o compromisso arbitral com disposição expressa de cláusula sem recurso. A decisão arbitral daquela época não estava sujeita à homologação judicial, via juiz togado.

As Ordenações Filipinas continuaram em vigor, sob o nome Dos Juízos Arbitrais, até a promulgação da Constituição de 1824, quando houve uma correção de sua sistemática, por estar defasada, com muitas distorções e casuísmos.

O artigo 160 da Constituição de 1824 já assegurava sentenças sem recursos: *"Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes".*

O Código Comercial brasileiro, editado no tempo do Império, pela Lei nº 556, de 25 de julho de 1850, recomendava em seus artigos 139 e 294 que: *"As questões de fato sobre a existência de fraude, dolo, simulação, ou omissão culpável na formação dos contratos, ou na sua execução, serão determinadas por arbitradores".*

"Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral".

Este dispositivo de arbitragem compulsória só foi revogado pela Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866, permanecendo, todavia, o Juízo Arbitral voluntário, que foi regulado pelos artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil brasileiro, Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. O Código Civil, elaborado pela influência do jurista brasileiro Clóvis Bevilacqua, previa a solução de pendências judiciais ou extrajudiciais por arbitragem. O antigo Código de Processo Civil brasileiro, Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939, e o atual, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, consignaram também dispositivos referentes à arbitragem. O atual Código de Processo Civil previa, em seus artigos 1.072 a 1.102, a solução de pendências por juízo arbitral e condicionava à homologação do laudo arbitral ao juiz originariamente competente para o julgamento da causa. Esses artigos foram revogados pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, Lei da Arbitragem.

A escolha da arbitragem, pelas partes litigantes, tem provocado controvérsias por alguns, que entendem ser a Lei da Arbitragem inconstitucional, por ferir o inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que diz*: "A lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".*

A escolha representa liberdade individual e a Constituição só seria ferida se as pessoas fossem obrigadas a escolher o juízo arbitral.

2. Conceitos de Arbitragem

Para Plácido e Silva o vocábulo arbitragem é derivado do *"latim arbiter (juiz, louvado, jurado), embora por vezes tenha a mesma significação de arbitramento, é, na linguagem jurídica, especialmente empregado para significar o*

processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas". [5]

Assevera José Cretella Neto que *"arbitragem é, portanto, um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediannte a intervenção de terceiro ou terceiros, expressamente autorizado ou autorizados pelos litigantes".* [6]

A arbitragem é um processo alternativo, extra-judicial e voluntário, entre pessoas físicas e jurídicas capazes de contratar, no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, sem a tutela do Poder Judiciário. As partes litigantes elegem em compromisso arbitral, uma ou mais pessoas denominadas árbitros ou juízes arbitrais, de confiança das partes, para o exercício neutro ou imparcial do conflito de interesse, submetendo-se a decisão final dada pelo árbitro, em caráter definitivo, uma vez que não cabe recurso neste novo sistema de resolução de controvérsias.

Na arbitragem, a função do árbitro nomeado será a de conduzir o processo arbitral, de forma semelhante ao processo judicial, porém muito mais rápido, menos formal, de baixo custo onde a decisão deverá ser dada por pessoas especialistas na matéria, que é objeto da controvérsia, diferentemente do Poder Judiciário, onde o juiz, na maioria das vezes, para bem instruir seu convencimento quanto à decisão final a ser prolatada, necessita do auxílio de peritos especialistas.

Esses especialistas serão escolhidos livremente e terão a função de julgadores. Exemplo prático, são as pessoas capacitadas em direito sobre locação residencial ou comercial, compra e venda de bens em geral, contratação de serviços, conflitos trabalhistas, seguros, acidente de automóvel sem vítima humana, conflitos agrários, condominial, indústria, portuário, navegação e marítimo. Com a assinatura da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral, a arbitragem assume o caráter obrigatório e a sentença tem força judicial.

Para Carlos Alberto Carmona *"a arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção*

[5] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 129.
[6] CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.11.

sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial". [7]

Em estudo aprofundado acerca do tema, Rozane da Rosa Cachapuz estabelece o seguinte conceito de arbitragem: *"é importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário"*. [8]

Os conceitos acima considerados revelam dois componentes fundamentais da estrutura da arbitragem, quais sejam: a autonomia de vontade das partes e o poder de julgar que os árbitros recebem em detrimento ao julgamento estatal. Dessa forma, pode-se afirmar que, na maioria dos casos, a arbitragem nasce com o contrato celebrado entre particulares e deságua na atividade de um árbitro, terceiro imparcial inserido no contexto com base na confiança e especialidade das partes conflitantes, capaz de solucionar o conflito sem intervenção do Estado-Juiz.

O artigo 1º da Lei de Arbitragem brasileira, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, determina como objeto da arbitragem litígios concernentes a direitos patrimoniais disponíveis: *"As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".*

Direitos patrimoniais são aqueles que podem ser considerados em sua expressão econômica, assim ensina João Roberto Parizatto, *"direitos patrimoniais devem ser entendidos como aqueles que possuem por objeto um determinado bem, inerente ao patrimônio de alguém, tratando-se de bem que possa ser*

[7] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.
[8] CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96.** São Paulo: LED, 2000, p.22.

apropriado ou alienado. Patrimônio indica o complexo de bens, materiais ou não, direitos, ações, posse e tudo o mais que pertença a uma pessoa ou empresa e seja suscetível de apreciação econômica". [9]

Para que possam ser objeto da arbitragem, os direitos devem ser suscetíveis de livre disposição de seus titulares [10], via de regra.

Pode-se dizer que a lei exclui do juízo arbitral as relações que não dizem respeito ao Direito Privado, não podendo o árbitro decidir sobre questões de ordem pública como os direitos da personalidade, os direitos de poder e de estado; as questões de família, falência, de incapazes e outras que, acima de tudo, ainda exigem a participação obrigatória do Ministério Público; e as questões que se submetem, a procedimentos de jurisdição voluntária, dada a natureza pública que existe em todos esses procedimentos.

A arbitragem, enquanto meio extrajudicial de solução de conflitos não tem sua natureza jurídica delineada pacificamente na doutrina, nacional ou estrangeira. A doutrina se divide basicamente em duas correntes: a publicista e a privatista.

A doutrina publicista sustenta que a arbitragem tem caráter jurisdicional, pois, o árbitro, investido na qualidade para julgar e decidir o litígio, dentro dos limites estabelecidos em lei, exerce função de interesse estatal, substanciando verdadeiro *munus publicum*. O árbitro, escolhido pelas partes, atua em nome do Estado, de modo que o conflito seja solucionado de forma mais célere.

Para a doutrina privatista, a arbitragem tem caráter contratual, eis que as partes, ao firmar a convenção arbitral, estariam entregando a decisão da questão controvertida a um terceiro, no caso um árbitro, outorgando-lhe poderes para tanto. Segundo esse entendimento, a sentença arbitral é desprovida de jurisdicionalidade, pois o Estado é o ente destinado a dizer o direito e aplicar a lei ao caso concreto, com plena exclusividade. O poder não está nas mãos do árbitro, e este não atua em nome do Estado como perseguidor da justiça, mas

[9] PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23-9-96.** São Paulo: LED, 1997, p.16.

[10] Contrariamente, as relações jurídicas que contemplem natureza jurídica extrapatrimonial e indisponível, não integram o conteúdo de convenção arbitral, como as coisas comuns, as públicas e as fora de comércio, por imposição da lei. Estão fora do âmbito da arbitragem questões ligadas, basicamente, ao Direito Público, como o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Direito Administrativo.

sim, no estrito cumprimento da vontade das partes, perpetuando-se como atividade eminentemente privada. O árbitro é mero preparador da questão em controvérsia, cabendo, em um segundo momento, ao juiz de direito homologar seus atos para a efetiva aplicação da lei ao caso concreto.

Esse posicionamento, contudo, não é totalmente consentâneo com a atual legislação pátria, tendo em vista que a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 deixou de exigir a ratificação da sentença arbitral na justiça comum, assim determina o artigo 31*: "A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo".*

Pode ser citada ainda uma terceira corrente que é a híbrida, sustentando que o instituto da arbitragem teria caráter jurisdicional e contratual. Conjuga os argumentos sustentados pelas doutrinas anteriormente mencionadas: a arbitragem nasce com o contrato e será exercida sob a égide da jurisdicionalidade. Poder-se-ia dizer serem dois os momentos da arbitragem. Primeiramente se estabelece a convenção entre particulares que determinam o juízo arbitral, consagrando a autonomia de vontades das partes que irão dispor sobre o terceiro (árbitro), e sobre os regimentos do próprio procedimento arbitral. Em um segundo momento, verifica-se que é o Estado, por intermédio da lei, que atribui poderes, garantias, e força à decisão do julgador, independentemente da vontade das partes, daí seu caráter jurisdicional.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que trata da arbitragem evidencia o caráter privado, mas também ressalta sua ótica jurisdicional ao dispensar a chancela do Poder Judiciário para ratificar a sentença arbitral.

De fato, a sentença arbitral emitida pelo árbitro, devidamente investido em sua função, não necessita mais da chancela estatal de homologação como requisito para produzir seus efeitos, identificando-a com a jurisdição, que de pronto já se aperfeiçoa independentemente da intervenção do Estado, mas não descaracteriza a natureza privada do contrato que a instituiu.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, trouxe profunda alteração para o Juízo Arbitral. Tanto a cláusula arbitral, como, o compromisso arbitral, estão aptos a instituir a arbitragem entres as partes celebrantes, e, por conseqüência, a afastar a jurisdição estatal, conforme preceitua o seu artigo 3º: *"As partes*

interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

A Lei de Arbitragem, procedeu uma releitura dos institutos da cláusula arbitral e do compromisso arbitral, os quais passaram a ter os mesmos efeitos jurídicos, representados na denominação singular de Convenção Arbitral.

Conseqüência dessa atitude foi a transformação da cláusula arbitral em negócio jurídico processual, celebrado entre as partes interessadas, que elegem o procedimento arbitral para solucionar a lide, ou seja, submeter a apreciação do conflito a um arbitro.

Assim, por meio de referido acordo de vontades tem-se a subtração da jurisdição estatal e a instituição obrigatória da arbitragem entre as partes celebrantes.

Não há normas ou requisitos de formação do teor da cláusula, as partes são livres; podem apenas se obrigar a instituir o procedimento arbitral quando da ocorrência de conflitos, ou disciplinar todo o procedimento e nomeação de árbitros entre outros, o que evidencia a autonomia das partes em relação ao procedimento.

Sentença arbitral é a decisão proferida, dentro do procedimento arbitral, por árbitro devidamente designado, que visa solucionar o litígio em discussão, com força de título executivo.

Para Carlos Alberto Carmona, o ato mais relevante do árbitro no processo é a sentença, *"momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes".* [11]

No âmbito do procedimento arbitral, podemos constatar igualmente sentenças terminativas e definitivas. As terminativas, são de conteúdo meramente processual, põe fim ao processo sem julgamento de mérito, como as que decretam a invalidade da convenção arbitral. Já, as sentenças definitivas, são aquelas definidoras do direito aplicável ao caso concreto, ou seja, a decisão que

[11] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2007, p.221.

reconheça o direito de uma das partes de receber indenização por perdas e danos e que será catalogada como sentença arbitral de mérito. [12]

3. Requisitos Fundamentais da Arbitragem

A Lei de Arbitragem estabelece em seu artigo 1º os dois requisitos fundamentais para as partes poderem optar pela arbitragem: a capacidade de contratar e a disponibilidade do direito.

Assim determina o artigo 1º: *"As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".*

A capacidade do homem e da mulher para o exercício dos direitos e obrigações será total desde que tenham completado 18 (dezoito) anos de idade.

Conforme dispõe o artigo 5º do Código Civil brasileiro, a maioridade é alcançada aos 18 (dezoito) anos completos. É a partir daí que a pessoa fica habilitada a praticar todos os atos da vida civil. Determina ainda o Código Civil, no parágrafo único do artigo 5º, que cessará para os menores, a incapacidade: a) pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos; b) pelo casamento; c) pelo exercício de emprego público efetivo; d) pela colação de grau em curso de ensino superior; e) pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

Deve-se lembrar que segundo o artigo 1.630 e 1.634 do Código Civil, os filhos enquanto menores estão sujeitos ao poder familiar e conseqüentemente serão representados até aos dezesseis anos nos atos da vida civil, e assistidos após esta idade, nos atos em que forem partes.

Portanto para que o menor de 18 (dezoito) anos e maior de 16 (dezesseis) anos consiga a emancipação em qualquer das hipóteses mencionadas no parágrafo único do artigo 5º do Código Civil, deverá estar autorizado e ter o consentimento dos pais.

[12] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2007, p.222.

A incapacidade é a exceção, pois se manifesta por meio de impedimentos jurídicos ou psíquicos.

Os impedimentos psíquicos são de cunho subjetivo e dizem respeito a personalidades desequilibradas, doentias, com atitudes de comportamentos anormais.

Os impedimentos jurídicos dizem respeito à idade exigida pela lei.

O Código Civil, no artigo 3º, classifica os absolutamente incapazes de exercer pessoalmente atos da vida civil: a) os menores de dezesseis anos; b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

O Código Civil, no artigo 4º, menciona os que são incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, são eles: a) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; b) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; c) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; d) os pródigos.

Os pródigos são pessoas que dissipam seu patrimônio e valores financeiros de forma descontrolada e inexplicável.

Convém, portanto, estar atento a esses requisitos estabelecidos pela lei, para não incorrer em nulidades do processo arbitral.

No que tange aos direitos patrimoniais disponíveis, são todos os bens corpóreos e incorpóreos passiveis de avaliação monetária e que sejam de propriedade das pessoas e dos quais estas podem livremente desfazer-se.

Para tratar de patrimônio e de direitos disponíveis, é necessário entender o que se considera juridicamente um bem.

Para Fábio Ulhoa Coelho *"bem é tudo o que pode ser pecuniariamente, avaliado em dinheiro, traduzido em quantia monetária"*. [13]

Assevera Carlos Roberto Gonçalves que *"bem, em sentido filosófico, é tudo o que satisfaz uma necessidade humana. Juridicamente falando, o conceito de coisa corresponde ao de bens, mas nem sempre há perfeita sincronização entre as duas expressões. Às vezes, coisas são o gênero e bens, a espécie; outras vezes, estes são o gênero e aquelas, a espécie; outras, finalmente, são os dois*

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 279.

termos usados como sinônimos, havendo entre eles coincidências de significação". [14]

Devemos considerar direitos patrimoniais disponíveis todos os bens corpóreos e incorpóreos passíveis de avaliação econômica que sejam de nossa propriedade e dos quais podemos livremente nos desfazer.

Bens corpóreos são aqueles que nossos sentidos podem perceber, por exemplo: veículos, mercadorias, dinheiro, etc.

As coisas corpóreas pode ser objeto da compra e venda, enquanto as incorpóreas se prestam à cessão.

Bens incorpóreos são aqueles que não têm existência tangível. São direitos das pessoas sobre as coisas, sobre o produto de seu intelecto, ou em relação à outra pessoa, com valor econômico, por exemplo: direitos autorais, créditos, invenções.

As coisas incorpóreas não pode ser objeto de usucapião nem de transferência pela tradição, que requer a entrega material da coisa.

Os bens incorpóreos são entendidos como abstração do Direito; não têm existência material, mas existência jurídica.

As relações jurídicas podem ter como objeto tanto os bens materiais quanto os imateriais.

Estão afastados da arbitragem os bens públicos, os processos de insolvência e as ações concernentes ao estado e a capacidade das pessoas conforme previsto pelo Código de Processo Civil brasileiro.

Os direitos patrimoniais decorrentes das relações de trabalho são bastante discutíveis, mas a Constituição Federal do Brasil em seu artigo 114 prevê a escolha de árbitros e de arbitragem pelas representações sindicais de empregados e empregadores.

Assim dispõe o artigo 114 da Constituição Federal*: "Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o*

[14] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 238.

conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente".

4. Tipos de Arbitragem

As partes poderão acordar sobre a forma de se realizar a arbitragem: *ad hoc* ou institucional.

Arbitragem *ad hoc* é aquela em que as partes fixam as regras e formas em que o processo arbitral será conduzido naquele caso específico. O procedimento arbitral não seguirá as regras de uma instituição arbitral, mas as disposições fixadas pelas partes, ou na ausência de disposição o procedimento será aquele determinado pelo árbitro. A expressão latina *ad hoc*, significa "para isto", "para um determinado ato".

É aquela que nasce da escolha efetuada livremente pelas partes, através da cláusula arbitral ou do compromisso, quanto à forma como será concluído o juízo arbitral.

Em outras palavras: este tipo de arbitragem é escolhido pelas partes, que livremente determinam os árbitros que participarão do juízo arbitral e os mecanismos a serem adotados durante a arbitragem. Obviamente que, na escolha das regras, as partes poderão optar por um conjunto de normas já existentes.

A arbitragem *ad hoc* é aquela que se dará somente entre os árbitros e as partes, sem intermédio de nenhuma entidade.

Na Arbitragem "*ad hoc*", também chamada de avulsa, as partes de comum acordo nomeiam os árbitros e administram elas próprias o procedimento arbitral. Este tipo de arbitragem disponibiliza as partes a escolha dos profissionais que participarão do juízo arbitral, assim como as regras, legislações, tratados e mecanismos a serem adotados durante a arbitragem.

A arbitragem institucional realiza-se por intermédio de uma entidade especializada que possui um regulamento próprio e uma relação de árbitros que as partes poderão indicar se não houver consenso entre um ou mais nomes. As regras serão as adotadas pela instituição escolhida. A melhor maneira de se escolher este tipo de arbitragem é incluir na cláusula compromissória que em

futuros conflitos serão utilizados os regulamentos de determinada entidade escolhida.

Na arbitragem institucional as partes determinam uma Câmara de Arbitragem e se submetem ao seu regimento interno e as suas regras de funcionamento, se utilizando da infra-estrutura de seus serviços, tais como local para reunião, secretaria, tesouraria e quadro de mediadores, conciliadores e árbitros sugeridos por ela.

Este tipo de arbitragem é normalmente realizado por intermédio de uma entidade especializada, onde as regras que serão adotadas são as da instituição escolhida.

A arbitragem institucional estabelece também que as partes poderão optar pela forma a ser adotada e condução do julgamento: eqüidade ou de direito. Na arbitragem de direito o árbitro utiliza a lei para julgar, enquanto que na eqüidade o árbitro julga utilizando o bom senso.

Quando as partem convencionam, ou por meio da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral que a arbitragem será delegada a uma instituição ambos estão se resguardando para que a entidade nomeada gerencie todo procedimento arbitral e dê todo suporte necessário na estipulação do prazo, do idioma, do local que serão realizadas as audiências, da forma que serão pagas as custas do procedimento arbitral, quais os árbitros ou mediadores da instituição que serão nomeados, sendo sempre em número ímpar, bem como as demais questões que envolvem o procedimento arbitral.

O uso da arbitragem institucional traz uma séria de vantagens, pois proporciona às partes maior segurança jurídica e agilidade. Ademais, as partes não precisam se preocupar com a administração do procedimento, isso permite que ambos fiquem mais seguros quanto à forma do procedimento, sem elevar o contrato a níveis exorbitantes de complexidade, e dispensando o desgaste de estabelecer minuciosamente todas as regras aplicáveis ao procedimento.

Na arbitragem institucional, a instituição seguirá os parâmetros estabelecidos pela Lei nº 9.307/96. Tem normas internas de funcionamento para trazer segurança para as partes, e possui especialistas em diversas áreas, que além de ter o conhecimento técnico passam por um treinamento para conhecer as técnicas de mediação, conciliação e arbitragem, isso certamente evitará novos

conflitos e até a nulidade de uma sentença arbitral que não seguiu os ditames exigidos pela lei.

5. Árbitros

Assevera Plácido e Silva que *"árbitro se diz da pessoa que é escolhida pelas partes, em face de um compromisso assumido, para tomar parte no juízo arbitral e dirigir a arbitragem".* [15]

Árbitro é qualquer pessoa capaz que pode ser escolhida pelas partes para dirimir controvérsias entre elas e investida de autoridade que lhe confere a lei para prolatar sentença de mérito idêntica à da Justiça Comum.

A figura o árbitro ou árbitros está definida no artigo 13 da Lei de Arbitragem: *"Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes".*

Árbitro é toda pessoa capaz e de confiança das partes, nomeada para prolatar uma decisão da Justiça Arbitral.

A escolha do árbitro é tarefa muito importante em um procedimento arbitral, uma vez que a ele estará afeita a decisão última do litígio, sentença essa que somente poderá ser atacada por via de ação de anulação e de embargos do devedor.

Existem cinco qualidades que devem estar presentes no comportamento do árbitro, no desempenho de suas funções: imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição ou confidencialidade das deliberações. Esses são os paradigmas do árbitro, devendo ser por ele perseguidos. Deve, portanto, estar centrado em princípios éticos, estando consciente dos deveres e direitos a que está sujeito enquanto exerce o mister de julgar. E para preservar a ética, a *International Bar Association* IBA, associação de advogados internacionais, redigiu em 1956 um Código de Ética para os Árbitros Internacionais, que foi revisto em 1987. Esse Código, apesar de ter sido redigido para arbitragens comerciais internacionais, pode ser utilizado também em arbitragens domésticas, sejam cíveis, trabalhistas ou comerciais, uma vez que apresenta padrões éticos que são universais.

[15] SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 130.

A aceitação para desempenhar a função de árbitro não é obrigatória, e a recusa não necessita de resposta e tampouco ser fundamentada, como é exigido na perícia judicial.

A aceitação ficará expressa em documento ou compromisso e a investidura do árbitro ocorrerá no momento em que ele declarar formalmente que está apto e sem impedimentos para processar e julgar determinada causa.

Nada impede que um mesmo árbitro atue em vários processos, mas o compromisso arbitral deve ser individualizado.

O número de árbitros indicados pelas partes deverá ser, sempre que possível ímpar. Quando forem nomeados números pares de árbitros, estes deverão nomear mais um árbitro, e, em caso de controvérsia, este será escolhido na Justiça Comum.

A lei permite, ainda, que instituições arbitrais ou entidades especializadas atuem em arbitragem de tal forma que as partes possam, em comum acordo, estabelecer a escolha dos árbitros ou deixar que estas assim o façam.

O artigo 13, parágrafo 6º da Lei de Arbitragem informa quem pode ser árbitro; quantos árbitros podem ser nomeados para um determinado caso; como deve ser a escolha do árbitro: se de comum acordo entre as partes ou adotando as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada; como deve ser o procedimento do árbitro e quais as diligências que deve tomar.

Em sua atividade, o árbitro deverá fazer o papel de juiz de direito e de fato e a sentença que proferir será com força de título executivo.

Muito embora a lei faça exigências quanto aos conhecimentos técnicos e científicos do árbitro, ela disciplina procedimentos comportamentais no desempenho desta função, assim dispõe o artigo 13, § 6º: *"Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição".*

Supõe-se que a não exigência de escolaridade de nível superior pretenda tornar o processo de arbitragem simplificado, mas, quando a lei ressalta a competência, subentende-se que é aconselhável a atuação de *experts* no julgamento da matéria. Não será bom, nem para o árbitro ou instituição que o

acolhe, nem mesmo para as partes em disputa sobre questões de todo tipo, que outros profissionais opinem, até mesmo porque determinadas matérias só podem ser julgadas por profissional tecnicamente habilitado, pois a matéria a ser submetida ao árbitro se tornará ela própria exigência de profundo conhecedor.

Se, por um lado, a lei não exige que o árbitro tenha títulos, os órgãos institucionais de arbitragem têm defendido a idéia e exigido de seus participantes estes quesitos, como forma de salvaguardar o bom nome da instituição.

A independência do árbitro refere-se a que este não tenha com as partes ligações que possam torná-lo inseguro ou dependente em relação a sua forma de examinar a questão arbitrada.

O bom árbitro deve ser zeloso e diligente, não esquecendo os pormenores de cada questão examinada e possíveis implicações de seu julgamento. Ele deve estar atento às conseqüências de sua sentença.

Se, no caso da justiça estatal, salvo segredos de justiça os atos são públicos, a arbitragem tem como um de seus méritos a não publicidade, salvaguardando informações confidenciais sobre pessoas físicas ou jurídicas. Encontramos na discrição similaridade com as exigências comportamentais da atividade de perito, que, assim como os árbitros, deverá deixar todos os comentários para os autos do processo.

A imparcialidade também é requisito disciplinado em lei, e embora possa ser nomeado por uma parte, o árbitro deve estar consciente de que seu compromisso é com a verdade, e não com amizades.

6. Arbitragem Comercial Internacional

Os negócios entre países, no mundo atual, não se restringem a contratos de compra e venda, mas incluem os mais diversos assuntos, tais como, transferência de tecnologia, patentes, agrupamentos de empresa, etc.

Desse modo inúmeros conflitos surgem destas relações negociais e não podem aguardar longas discussões judiciais que fazem uso do Direito Internacional Privado. As modernas legislações internacionais dos países desenvolvidos evoluíram para dar soluções aos litígios internacionais privados, com arbitragem extrajudicial internacional.

Entende-se por arbitragem internacional aquela em que os elementos que compõem a arbitragem se vinculem a mais de um Estado.

Inúmeras são as características da arbitragem que têm sido motivadoras da escolha deste instituto para a solução de conflitos no comércio internacional.

São motivos desta escolha: a) o caráter confidencial da arbitragem, pois o conhecimento do litígio fica restrito às partes e ao árbitro, inexistindo publicidade sobre provas produzidas, valor econômico envolvido, razões da disputa, entre outros; b) desconfiança quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros, ou seja: receio de que o juiz estatal beneficie a parte com a mesma nacionalidade; c) a morosidade dos procedimentos estatais, em que as partes não têm direito de fazer alterações ou estabelecer as próprias regras, conforme na arbitragem; d) decisão proferida por técnicos com conhecimento da matéria controversa e que, ao julgar, assumem responsabilidade e vinculem o nome, conceito e prestígio pessoal; e) o litígio é arbitrado por pessoas ou órgãos escolhidos diretamente pelas partes envolvidas, o que favorece o cumprimento espontâneo da decisão proferida mediante sentença arbitral.

A experiência estrangeira tem demonstrado que cada vez mais se buscam métodos alternativos de solução de controvérsias, justamente pelas inúmeras vantagens que apresentam. E, assim, diversas entidades atuam para a sua implementação. São elas, entre outras, por exemplo, a AAA (*American Arbitration Association*), com sede em Nova York, a CIC *(Câmara Internacional do Comércio)*, de Paris, e a LCA (*London Court of Arbitration*). Também na América

Latina [16] encontram-se recentes esforços no sentido de viabilizar a arbitragem e padronizar as legislações locais na superação dos entraves formais e culturais quanto a arbitragem. É exemplo dessas medidas a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial e as recentes legislações da Bolívia, Colômbia, Peru e Venezuela.

Sobre a Arbitragem são inúmeros os textos internacionais aplicáveis. Iniciando-se com o Protocolo de Genebra, em 1923 (incorporado pelo Brasil através do Decreto nº 21.187 de 22/03/1932), [17] a Convenção de Nova York (1958), [18] a Convenção do Panamá (1975) [19] até a Lei-modelo sobre Arbitragem Comercial (UNCITRAL) [20] editada pela ONU.

Um exemplo da moderna tentativa de soluções alternativas para os conflitos decorrentes da prática mercantil é o que ocorre no NAFTA, [21] onde a solução de controvérsias fica a cargo da Comissão de Livre Comércio, composta pelos Secretários de Estado dos países membros. Quando não sucedidas a prevenção, a consulta, a conciliação ou a mediação, as partes recorrem à arbitragem, com procedimento rígido, sendo optativa a consulta de *experts*.

No Mercosul, após o Protocolo de Brasília temos dois sistemas de solução de conflitos. Para as controvérsias públicas, inicia-se o procedimento com negociações diretas, passando-se a intervenção do Grupo Mercado Comum. [22] Para as reclamações particulares, é necessária uma prévia tentativa da Seção

[16] O desenvolvimento experimentado pelo instituto da Arbitragem na América Latina tem relação com o processo de Globalização e ainda com a recente onda de privatizações ocorrida. As grandes empresas multinacionais que investem nessa região *"pretendem certo grau de segurança de que qualquer controvérsia relativa a estas atividades será julgada em foro imparcial. A arbitragem e a mediação oferecem esta possibilidade justamente porque possibilitam evitar os tribunais locais, cuja imparcialidade suscita dúvidas, ou que simplesmente desconhecem as práticas do comércio internacional".*(BARRAL, 2000. p.71).

[17] Grande discussão surgiu em torno deste Protocolo, indagando-se se este teria sido revogado pelo Código de 1939, ou não. Posteriormente ficou estabelecido que o Protocolo, continuava em vigor para as arbitragens comerciais internacionais.

[18] O Brasil ainda não assinou a Convenção de Nova York. Isso causa algum transtorno na medida em que certos países não consideram válidos laudos arbitrais internacionais oriundos de países participantes da Convenção, deste modo o Brasil não seria internacionalmente confiável para arbitragens comerciais.

[19] Adotado pelo Brasil através do Decreto nº 1.902 de 1996.

[20] Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional, criada em 1966, visava à uniformização do Direito Comercial internacional, enfatizando a utilização da solução arbitral para os conflitos decorrentes do comércio.

[21] *North American Free Trade Agreement*, firmado por Canadá, Estados Unidos e México.

[22] Órgão Executivo do Tratado ao qual cabe avaliar a questão, com a eventual colaboração de peritos, para posteriormente formular recomendações aos Estados para a devida solução do conflito.

Nacional do GMC, para então, se adotar o sistema do Protocolo de Brasília. Esgotados os mecanismos previstos no Tratado, passa-se ao procedimento arbitral (art. 8º do Protocolo de Brasília – sendo desnecessário o compromisso arbitral).

Contudo, *"os particulares não têm acesso ao Tribunal. Têm-no apenas os Estados, quer o reclamante diretamente interessado no caso da primeira espécie (conflito entre Estados-membros), quer o reclamante patrocinador da causa do particular, na hipótese das controvérsias da segunda espécie (reclamação de particulares)."* [23]

O sistema arbitral previsto não é ideal, mas representa grande avanço para defesa dos interesses privados dentro do Mercosul. Em comparação com o NAFTA, a maior parte dos conflitos no MERCOSUL foi resolvida de maneira informal, com poucos casos atingindo a fase arbitral.

Também a OMC (Organização Mundial do Comércio) merece destaque. Seu sistema de solução de controvérsias [24] inicia-se com as consultas prévias, passando-se então ao estabelecimento de um painel arbitral (através de notificação ao Órgão de Solução de Controvérsias). Da decisão arbitral cabe recurso ao Órgão de Apelação. Caso não haja espontâneo cumprimento da decisão arbitral, possibilita-se a adoção de medidas compensatórias em relação à parte vencida. Este último mecanismo garante a efetividade das decisões arbitrais.

7. Arbitragem no Mercosul e o Protocolo de Olivos

No Mercosul, encontramos dois sistemas de arbitragem, regidos por normas distintas: o primeiro, está sujeito ao direito internacional público; o segundo ao direito internacional privado.

Nesse contexto, a arbitragem regulada pelo direito internacional público surgiu com o Tratado de Assunção, criador do Mercado Comum do Sul (Mercosul). O derrogado Protocolo de Brasília, de 12 de dezembro de 1991, prevê

[23] RANGEL, Vicente Marotta. **Solução de controvérsias após Ouro Preto**. *In* CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul.** São Paulo: LTR, 1996, p.700.

[24] Rege-se pelos seguintes princípios: a reclamação só admitida entre Estados membros e a reclamação deve fundar-se em infrações a acordos relacionados a OMC.

a arbitragem *"ad hoc"* para resolver controvérsias entre os países-membros do grupo. Segundo o artigo 21 do referido protocolo, ao fim do procedimento arbitral, proferem-se laudos que, são *"inapeláveis, obrigatórios para os Estados-partes na controvérsia a partir do recebimento da respectiva notificação e terão relativamente a eles força de coisa julgada."*

O Protocolo de Olivos, Decreto nº 4.982, de 9 de fevereiro de 2004 alterou a sistemática primitiva e criou um Tribunal Permanente de Recursos, composto por cinco árbitros, para rever as decisões do tribunal arbitral *"ad hoc"* de primeira instância. Os Estados do Mercosul podem submeter-se à arbitragem de direito internacional público no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) ou do Protocolo de Olivos; uma vez feita a escolha, entretanto, ela não mais poderá ser modificada. Essa previsão gerou muitas controvérsias doutrinárias, sob a alegação de enfraquecimento institucional, pois admite que as partes recorram a uma estrutura diversa daquela existente no seio do Mercosul.

Já foram proferidos vários laudos arbitrais envolvendo os vários países, dentre eles: 1) Argentina versus Brasil, 1999, aplicação de medidas restritivas ao comércio recíproco; 2) Argentina versus Brasil, 1999, subsídios à produção e exportação de carne de porco; 3) Brasil versus Argentina, 2000, aplicação de medidas de salvaguarda sobre produtos têxteis; 4) Brasil versus Argentina, 2001, aplicação de medidas *antidumping* contra a exportação de frangos inteiros, provenientes do Brasil; 5) Uruguai versus Argentina, 2001, restrições de acesso ao mercado argentino de bicicletas de origem uruguaia; 6) Uruguai versus Brasil, 2002, Proibição de Importação de pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai; 7) Argentina versus Brasil, 2002, obstáculos à entrada de produtos fitossanitários argentinos no mercado brasileiro; 8) Paraguai versus Uruguai, 2002, aplicação do imposto específico interno à comercialização de cigarros; 9) Paraguai versus Uruguai, 2003, incompatibilidade do regime de estímulo à industrialização de lã; 10) Uruguai versus Brasil, 2005, Controvérsia sobre medidas discriminatórias e restritivas ao comércio de tabaco e produtos derivados do tabaco; 11) Uruguai versus Argentina, 2005, sobre proibição de importação de pneumáticos remoldados procedentes do Uruguai; 12) Uruguai versus Argentina, 2006, sobre a omissão do Estado argentino em adotar medidas apropriadas para

prevenir e interromper os impedimento à livre circulação, em ração dos cortes estabelecidos no território argentino de vias de acesso às pontes internacionais.

Os processos de integração econômico-regionais de países em desenvolvimento estão calcados na busca de recursos comuns a serem investidos na obtenção de tecnologia que possibilite uma participação competitiva dos produtos regionais no mercado internacional.

Dentro desse contexto internacional, os países do Cone Sul, representados pelos governos do Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina, pactuaram, em 9 de fevereiro de 2004, o Protocolo de Olivos para a solução de controvérsias que surjam entre os Estados Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Ouro Preto, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das Decisões do Conselho do Mercado Comum, das Resoluções do Grupo Mercado Comum e das Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul.

Estabelece o artigo 6 do Protocolo de Olivos que se mediante as negociações diretas não se alcançar um acordo ou se a controvérsia for solucionada apenas parcialmente, qualquer dos Estados partes poderá iniciar diretamente o procedimento arbitral. De comum acordo, os Estados Partes poderão submeter o litígio à consideração do Grupo Mercado Comum que avaliará a situação, dando oportunidade às partes para que exponham suas respectivas posições, requerendo, quando necessário, o assessoramento de especialistas. O grupo de especialistas será composto de 3 (três) membros designados pelo Grupo Mercado Comum ou, na falta de acordo sobre um ou mais especialistas, estes serão escolhidos por votação que os Estados Partes realizarão dentre os integrantes de uma lista de 24 (vinte e quatro) pessoas. A Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará ao Grupo Mercado Comum o nome do especialista ou dos especialistas que tiverem recebido o maior número de votos. Neste último caso, e salvo se o Grupo Mercado Comum decidir de outra maneira, 1 (um) dos especialistas designados não poderá ser nacional do Estado contra o qual foi formulada a reclamação, nem do Estado no qual o particular formalizou sua reclamação.

A controvérsia também poderá ser levada à consideração do Grupo Mercado Comum se outro Estado, que não seja parte na controvérsia, solicitar,

justificadamente, tal procedimento ao término das negociações diretas. Nesse caso, o procedimento arbitral iniciado pelo Estado Parte demandante não será interrompido, salvo acordo entre os Estados partes na controvérsia.

Quando não tiver sido possível solucionar a controvérsia através das negociações diretas ou pela intervenção do Grupo Mercado Comum qualquer dos Estados partes poderá comunicar à Secretaria Administrativa do Mercosul sua decisão de recorrer ao procedimento arbitral que notificará, de imediato, a comunicação ao outro ou aos outros Estados envolvidos no litígio e ao Grupo Mercado Comum.

O procedimento arbitral tramitará diante de um Tribunal *Ad Hoc* composto de 3 (três) árbitros que serão designados da seguinte maneira: Cada Estado parte na controvérsia designará 1 (um) árbitro titular, no prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da data em que a Secretaria Administrativa do Mercosul tenha comunicado aos Estados partes a decisão de um deles de recorrer à arbitragem e simultaneamente, será designado 1 (um) árbitro suplente para substituir o titular em caso de incapacidade, ou escusa deste em qualquer etapa do procedimento arbitral. Se um dos Estados partes na controvérsia não tiver nomeado seus árbitros no prazo indicado, eles serão designados por sorteio pela Secretaria Administrativa do Mercosul em um prazo de 2 (dois) dias, dentre os árbitros desse Estado. No que tange ao árbitro Presidente este será designado da seguinte forma: Na controvérsia os Estados designarão, de comum acordo, o terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, em um prazo de 15 (quinze) dias, contados a partir da data em que a Secretaria Administrativa do Mercosul tenha comunicado aos Estados partes na controvérsia a decisão de um deles de recorrer à arbitragem. Simultaneamente, será designado um árbitro suplente para substituir o árbitro titular em caso de incapacidade ou escusa deste em qualquer etapa do procedimento arbitral. O Presidente e seu suplente não poderão ser nacionais dos Estados partes na controvérsia. Se não houver acordo entre os Estados partes na controvérsia para escolher o terceiro árbitro dentro do prazo indicado, a Secretaria Administrativa do Mercosul, a pedido de qualquer um deles, procederá a sua designação por sorteio, sendo excluídos os nacionais dos Estados partes na controvérsia. Aqueles que forem designados para atuar como terceiros árbitros na controvérsia, deverão responder, em um prazo máximo de 3

(três) dias, contados a partir da notificação de sua designação pela Secretaria Administrativa do Mercosul, sobre sua aceitação ou não.

O objeto das controvérsias ficará determinado pelos textos de apresentação e de resposta entregues ao Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, não podendo ser ampliado posteriormente.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* poderá, por solicitação da parte interessada, e na medida em que existam presunções fundamentadas de que a manutenção da situação poderá ocasionar danos graves e irreparáveis a uma das partes na controvérsia, determinar as medidas provisórias que considere apropriadas para sua prevenção, podendo a qualquer momento, tornar sem efeito tais medidas. Caso o laudo seja objeto de recurso de revisão, as medidas provisórias que não tenham sido deixadas sem efeito antes da sua emissão se manterão até o tratamento do tema na primeira reunião do Tribunal Permanente de Revisão, que deverá resolver sobre sua manutenção ou extinção.

O Tribunal Arbitral *Ad Hoc* emitirá o laudo num prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por decisão do Tribunal por um prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados a partir da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul às partes e aos demais árbitros, informando a aceitação pelo árbitro Presidente de sua designação.

Qualquer das partes na controvérsia poderá apresentar um recurso de revisão do laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ao Tribunal Permanente de Revisão, em prazo não superior a 15 (quinze) dias a partir da sua notificação.

O recurso estará limitado a questões de direito tratadas na controvérsia e às interpretações jurídicas desenvolvidas no laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*. Os laudos dos Tribunais *Ad Hoc* emitidos com base nos princípios *ex aequo et bono*[25] não serão suscetíveis de recurso de revisão. A Secretaria Administrativa do Mercosul estará encarregada das gestões administrativas que lhe sejam encomendadas para o trâmite dos procedimentos e manterá informados os Estados partes na controvérsia e o Grupo Mercado Comum.

[25] *Ex aequo et bono* (em português, "conforme o correto e válido") é uma expressão jurídica latina. No contexto da arbitragem, ela é utilizada quando as partes optam por conferir aos árbitros o poder de decidir o conflito com base em seu leal saber e entender. Assim, a questão é resolvida conforme o senso de justiça dos árbitros, que pode, inclusive, vir a ser contrário ao disposto na legislação aplicável.

O Tribunal Permanente de Revisão será integrado por 5 (cinco) árbitros. Cada Estado Parte do Mercosul designará 1 (um) árbitro e seu suplente por um período de 2 (dois) anos, renováveis por no máximo dois períodos consecutivos. O quinto árbitro, que será designado por um período de 3 (três) anos não renovável, salvo acordo em contrário dos Estados Partes, será escolhido, por unanimidade dos Estados Partes, pelo menos 3 (três) meses antes da expiração do mandato daquele que estiver em exercício. Este árbitro terá a nacionalidade de algum dos Estados Partes do Mercosul. Não havendo unanimidade, a designação se fará por sorteio realizado pela Secretaria Administrativa do Mercosul, dentre os integrantes da lista constante do Protocolo de Olivos, nos 2 (dois) dias seguintes ao vencimento do referido prazo. A lista para a designação do quinto árbitro contará com 8 (oito) integrantes. Cada Estado Parte proporá 2 (dois) integrantes que deverão ser nacionais dos países do Mercosul, podendo os Estados Partes, de comum acordo, definir outros critérios para a sua designação. Pelo menos 3 (três) meses antes do término do mandato dos árbitros, os Estados Partes deverão manifestar-se a respeito de sua renovação ou propor novos candidatos. Caso expire o mandato de um árbitro que esteja atuando em uma controvérsia, este deverá permanecer em função até sua conclusão.

Os integrantes do Tribunal Permanente de Revisão, uma vez que aceitem sua designação, deverão estar disponíveis permanentemente para atuar quando convocados.

Quando a controvérsia envolver dois Estados Partes, o Tribunal estará integrado por 3 (três) árbitros, onde 2 (dois) árbitros serão nacionais de cada Estado parte na controvérsia e o terceiro, que exercerá a Presidência, será designado mediante sorteio a ser realizado pelo Diretor da Secretaria Administrativa do Mercosul, entre os árbitros restantes que não sejam nacionais dos Estados partes na controvérsia. A designação do Presidente dar-se-á no dia seguinte à interposição do recurso de revisão, data a partir da qual estará constituído o Tribunal para todos os efeitos.

Quando a controvérsia envolver mais de dois Estados Partes, o Tribunal Permanente de Revisão estará integrado por 5 (cinco) árbitros, podendo os Estados Partes, de comum acordo, definir outros critérios para o seu funcionamento. A outra parte na controvérsia terá direito a contestar o recurso de

revisão interposto, dentro do prazo de 15 (quinze) dias da notificação do recurso. O Tribunal Permanente de Revisão pronunciar-se-á sobre o recurso em um prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados a partir da apresentação da contestação ou do vencimento do prazo para a referida apresentação, conforme o caso. Por decisão do Tribunal, o prazo de 30 (trinta) dias poderá ser prorrogado por mais 15 (quinze) dias.

O Tribunal Permanente de Revisão poderá confirmar, modificar ou revogar a fundamentação jurídica e as decisões do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.

O laudo do Tribunal Permanente de Revisão será definitivo e prevalecerá sobre o laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*.

Os laudos do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* e os do Tribunal Permanente de Revisão serão adotados por maioria, fundamentados e assinados pelo Presidente e pelos demais árbitros. Os árbitros não poderão fundamentar votos em dissidência e deverão manter a confidencialidade da votação. As deliberações também serão confidenciais e assim permanecerão em todo o momento.

Os laudos dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc,* a partir de sua notificação, são obrigatórios para os Estados partes na controvérsia e terão, em relação a eles, força de coisa julgada se, transcorrido o prazo não superior a 15 (quinze) dias, não for interposto recurso de revisão.

Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão a partir de sua notificação são inapeláveis, obrigatórios para os Estados partes na controvérsia e terão, com relação a eles, força de coisa julgada, devendo ser cumpridos na forma e com o alcance com que foram emitidos. A adoção de medidas compensatórias nos termos do Protocolo de Olivos não exime o Estado parte da obrigação de seu cumprimento.

Qualquer dos Estados partes na controvérsia dentro de 15 (quinze) dias subseqüentes à sua notificação, poderá solicitar ao Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou ao Tribunal Permanente de Revisão um esclarecimento do laudo e a forma que deverá ser cumprido.

O Tribunal respectivo se manifestará sobre o recurso nos 15 (quinze) dias subseqüentes à apresentação da referida solicitação e poderá outorgar um prazo adicional para o seu cumprimento.

Os laudos do Tribunal *Ad Hoc* ou os do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, deverão ser cumpridos no prazo que os respectivos Tribunais estabelecerem. Se não for estabelecido um prazo, eles deverão ser cumpridos no prazo de 30 (trinta) dias seguintes à data de sua notificação.

Caso um dos Estados parte interponha recurso de revisão, o cumprimento do laudo do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* será suspenso durante o seu trâmite.

O Estado parte que for obrigado a cumprir o laudo, dentro dos 15 (quinze) dia contados de sua notificação, informará à outra parte na controvérsia e ao Grupo Mercado Comum, por intermédio da Secretaria Administrativa do Mercosul, sobre as medidas que adotará para o seu cumprimento.

Caso o Estado beneficiado pelo laudo entenda que as medidas adotadas não dão cumprimento ao estabelecido, terá um prazo de 30 (trinta) dias, a partir da sua adoção, para levar a situação à consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso. O Tribunal respectivo terá um prazo de 30 (trinta) dias a partir da data que tomou conhecimento da situação para dirimir as questões.

Se um dos Estados parte na controvérsia não cumprir total ou parcialmente o laudo do Tribunal Arbitral, a outra parte na controvérsia terá a faculdade, dentro do prazo de 1 (um) ano, de iniciar a aplicação de medidas compensatórias temporárias, tais como a suspensão de concessões ou outras obrigações equivalentes, com vistas a obter o seu cumprimento.

O Estado Parte beneficiado pelo laudo procurará, em primeiro lugar, suspender as concessões ou obrigações equivalentes no mesmo setor ou setores afetados. Caso considere impraticável ou ineficaz a suspensão no mesmo setor, poderá suspender concessões ou obrigações em outro setor, devendo indicar as razões que fundamentam essa decisão.

As medidas compensatórias a serem tomadas deverão ser informadas formalmente pelo Estado Parte que as aplicará, com uma antecedência mínima de 15 (quinze) dias, ao Estado Parte que deve cumprir o laudo.

Caso o Estado Parte beneficiado pelo laudo aplique medidas compensatórias por considerar insuficiente o seu cumprimento, e o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considerar que as medidas adotadas são satisfatórias, este último terá um prazo de 15 (quinze) dias, para levar esta situação à

consideração do Tribunal Arbitral *Ad Hoc* ou do Tribunal Permanente de Revisão, conforme o caso, o qual terá um prazo de 30 (trinta) dias desde a sua constituição para se pronunciar sobre o assunto.

Caso o Estado Parte obrigado a cumprir o laudo considere excessivas as medidas compensatórias aplicadas, poderá solicitar, até 15 (quinze) dias depois da aplicação dessas medidas, que o Tribunal *Ad Hoc* ou o Tribunal Permanente de Revisão, conforme corresponda, se pronuncie a respeito, em um prazo não superior a 30 (trinta) dias, contados a partir da sua constituição.

O Tribunal pronunciar-se-á sobre as medidas compensatórias adotadas e avaliará, conforme o caso, a fundamentação apresentada para aplicá-las em um setor distinto daquele afetado, assim como sua proporcionalidade com relação às conseqüências derivadas do seu não cumprimento.

Ao analisar a proporcionalidade, o Tribunal deverá levar em consideração, entre outros elementos, o volume ou o valor de comércio no setor afetado, bem como qualquer outro prejuízo ou fator que tenha incidido na determinação do nível ou montante das medidas compensatórias.

O Estado Parte que aplicou as medidas deverá adequá-las à decisão do Tribunal em um prazo máximo de 10 (dez) dias, salvo se o Tribunal estabelecer outro prazo.

Os Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* e o Tribunal Permanente de Revisão decidirão a controvérsia com base no Tratado de Assunção, no Protocolo de Ouro Preto, nos protocolos e acordos celebrados no Tratado de Assunção, nas Decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum, nas Diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul e nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis à matéria.

Os árbitros dos Tribunais Arbitrais *Ad Hoc* e os do Tribunal Permanente de Revisão deverão ser juristas de reconhecida competência nas matérias que possam ser objeto das controvérsias e ter conhecimento do conjunto normativo do Mercosul.

Os árbitros deverão observar a necessária imparcialidade e independência funcional da Administração Pública Central ou direta dos Estados Partes e não ter interesses de índole alguma na controvérsia. Serão designados em função de sua objetividade, confiabilidade e bom senso.

O Protocolo de Olivos foi elaborado na cidade de Olivos, Província de Buenos Aires, República Argentina aos dezoito dias do mês de fevereiro de dois mil e dois, em um original, nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

8. Considerações Finais

No que tange ao Instituto da Arbitragem no Direito brasileiro, por sete votos a quatro, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram que os mecanismos da Lei da Arbitragem nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 são constitucionais. A decisão representa o fim de uma discussão que mobilizou o Supremo Tribunal Federal por alguns anos acordando o país para a relevância e utilidade do Instituto da Arbitragem comercial.

O entendimento foi firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206). Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a Lei de Arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A corrente vencedora, por outro lado, considera a Lei de Arbitragem um grande avanço e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça, salienta que: *"O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever."*

Após o término do julgamento, o presidente do tribunal, ministro Marco Aurélio, enfatizou que seja *"dada confiança"* ao instituto da arbitragem e que, a exemplo do que ocorreu em outros países, que essa prática *"pegue no Brasil também"*. Diz o ministro que, na arbitragem, presume-se uma atuação de boa-fé por parte dos árbitros.

Referente ao Protocolo de Olivos assinado em 2002, na cidade argentina de Olivos pelos membros do Mercosul, entrando em vigor em 2004, com o objetivo de solucionar controvérsias e de minimizar as suas diferenças, criou-se, o Tribunal Permanente de Revisão, com sede em Assunção, podendo se reunir em

caso de necessidade devidamente justificada, em outras cidades do Mercosul, cuja finalidade será controlar a legalidade das decisões arbitrais. Um estágio seguinte poderá ser a criação de uma corte permanente do Mercosul.

No caso de dois Estados se envolverem em uma controvérsia, esta será resolvida em primeira instância por arbitragem *ad hoc*, por árbitros escolhidos dentre uma lista de nomes previamente fornecida pelos Estados. Poderá existir recurso do laudo arbitral ao Tribunal Permanente de Revisão onde, as votações e deliberações seguirão o princípio majoritário e serão confidenciais. Os laudos do Tribunal Permanente de Revisão possuirão força de coisa julgada.

A adoção do instituto da arbitragem, para a solução de conflitos, demonstra um aprimoramento nas relações comerciais internacionais. A arbitragem internacional possibilita não apenas aos Estados mais também aos particulares sujeitarem suas demandas e conflitos a árbitros escolhidos de comum acordo pelas partes, com custos menores e com a vantagem adicional de sigilo, tecnicismo e celeridade.

O instituto da arbitragem será o caminho que possibilitará ao Brasil e a outros países uma melhor preparação para as exigências e desafios da globalização, principalmente no que tange ao dinamismo e celeridade das atividades empresariais.

Referências Bibliográficas

ALVIM, J. E. Carreira. **Tratado geral da arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BUSH, R. B. & Folger, J. P. (1994). **The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition.** San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 2002.

CALCATERRA, R. A. **Mediación estratégica.** Barcelona: Gedisa, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2007.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96.** São Paulo: LED, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTURE, Eduardo. Apud THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Princípios gerais de direito processual civil.** Revista de Processo, São Paulo, ano 6, nº 23, 1981, p. 182.

CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
_____ **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FISCHER, Roger e URY, William. **Como chegar ao sim**. Rio de Janeiro: Imago, 1985.

FROST, P. **Toxic emotions at work: how compassionate managers handle pain and conflict.** Boston: Harvard Business School Press, 2002.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

KOVACH, Kimberlee K. **Mediation**. USA, St. Paul, Min: West Group, 2003.

LENZA, Vitor Barboza. **Cortes arbitrais**. Goiânia: AB, 1997.

MOORE, Christopher W. **The mediation process: practical strategies for resolving conflict.** San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1996.
_____ **O Processo de mediação – Estratégias práticas para a resolução de conflitos.** Porto Alegre: Artmed, 1998.
_____ **El proceso de mediación**. Buenos Aires: Granica, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 43.

NUGENT, P. S. **Managing conflict: third-party. Interventions for managers.** Academy of Management. Executive, 16 (1), 139–154, 2002.

PADILHA, Roberto E. & outros. **Negociación y mediación**. Obra coletiva. Buenos Aires: AD HOC, 2006.

PARIZATTO, João Roberto. **Arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23-9-96.** São Paulo: LED, Editora de Direito, 1997

RANGEL, Vicente Marotta. **Solução de controvérsias após Ouro Preto**. *In* CASELLA, Paulo Borba (coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul.** São Paulo: LTR, 1996.

RHODE, Deborah. **In the interests of the justice**. New York: Oxford University Press Inc., 2000.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. São Paulo: Nacional, 1967.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SUARES, M. **Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires: Paidós, 1996.

THOMPSON, L. **The mind and heart of the negotiator.** New Jersey, USA: Prentice Hall 1998.

WHEELER, M. A. **Presence of mind**. Boston, USA: Harvard Bussiness School, 2002.