



ADVOGADO DEVE ABANDONAR PROCESSO CIVIL NA ARBITRAGEM

*Por Alessandro Cristo e Elton Bezerra

Nos últimos anos, a arbitragem tornou-se uma das vedetes do Direito,

especialmente por conta de sua maior velocidade e especialidade em comparação com o Judiciário e da oportunidade de se colocar disputas complexas nas mãos de especialistas. De 2005 a 2011, o valor global das causas submetidas às principais câmaras arbitrais do país - Câmara Brasil-Canadá; Amcham; Fiesp-Ciesp; FGV-Rio; e Camarb (MG) - saltou de R\$ 247 milhões para R\$ 3 bilhões no Brasil.

Os dados fazem parte de levantamento da especialista em arbitragem Selma Ferreria Lemes, professora do GVLaw da Fundação Getúlio Vargas e representante brasileira na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC). Selma é considerada uma das responsáveis pela consolidação do instituto no país. Trabalhou na Comissão Relatora do Anteprojeto da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) e na elaboração do memorial em defesa da constitucionalidade da norma, declarada válida pelo Supremo Tribunal Federal em 2001, além de colaborar na redação de regulamentos de Câmaras de Arbitragem.

Neste ano, com a instauração de uma comissão de juristas para reformar a Lei de Arbitragem, o instituto voltou à pauta de discussões de especialistas e magistrados. Com 44 artigos, a norma hoje recebe críticas por deixar de regular algumas situações específicas. Para Selma, porém, isso não é defeito, mas virtude. "Tem muita gente que não sabe trabalhar com essa liberdade, porque está acostumado a ser dirigido", declara. "Temos uma boa lei. Espero que preservem essa liberdade".

Em entrevista à ConJur, a professora elogiou o instituto que, nos últimos 17 anos, conquistou credibilidade, graças também às decisões do Judiciário. "Árbitros podem ser mais rigorosos que o juiz, porque eles sabem que o mérito da sentença não vai ser alterado". Ela faz questão

de ressaltar que a Justiça tem respaldado o método alternativo de solução de conflitos.

"Alcançamos um alto nível de segurança jurídica na arbitragem por causa do Judiciário. As decisões do STJ são elogiadas pelo acerto e pertinência".

Ela explica haver uma espécie de simbiose entre Justiça Arbitral e Justiça Estatal, comprovada pelo fato de serem raras as anulações de sentença arbitral pelo Judiciário, o que demonstra o acerto das sentenças arbitrais. "Em todas as instâncias judiciais, na sua grande maioria, as decisões estão afinadas com os princípios que norteiam a arbitragem." Na parte operacional da arbitragem, ela diz, as câmaras estão fazendo seu trabalho, modernizando seus regulamentos e capacitando pessoas para atuar nas secretarias.

Para advogados que desejam trabalhar com arbitragem, Selma aconselha: "É temerário atuar na arbitragem sem conhecer as especificidades do instituto. É preciso se desvincular do Processo Civil e saber que não adianta fazer um pedido extremamente genérico". Mas lembra: "a base de todo direito é o direito civil. Não é a arbitragem. Arbitragem é uma técnica, além de ser uma disciplina jurídica."

Leia a entrevista:

ConJur - Que valores são discutidos em arbitragens hoje, no Brasil?

Selma Ferreira Lemes - Em 2005, eram R\$ 247 milhões. Em 2011, a gente estava com R\$ 3 bilhões. Um aumento de 1.250%. Isso em cinco câmaras em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. Em 2005, havia 21 procedimentos. Passamos para 122 em 2011. Aumento de quase seis vezes. Nas estatísticas da Corte Internacional de Arbitragem, o Brasil é o líder na América Latina em número de arbitragens, e está três vezes à frente do segundo colocado, o México. O total de arbitragens que ingressaram nas câmaras nesses sete anos foi de 532 casos. Em números de arbitragens, as três câmaras de São Paulo representam 82% das arbitragens nacionais.

ConJur - Que áreas despontam?

Selma Ferreira Lemes - Construção civil, sistema financeiro, muitos acordo de acionistas, contratos empresariais em geral. Agora começa a haver um movimento interessante envolvendo propriedade intelectual na área de licença de uso de marca e franquias.

ConJur - Na CCI, o Brasil totaliza quantas arbitragens?

Selma Ferreira Lemes - Em 2011, foram 81 casos. Em número de utilização de arbitragem, em primeiro lugar estão os Estados Unidos, depois vêm Espanha, França, Alemanha, Itália, Inglaterra e Brasil.

ConJur - Quando nasceu esse método?

Selma Ferreira Lemes - A arbitragem é uma forma informal de solucionar os conflitos, no sentido de extrajudicial. Ela nasceu em um ambiente empresarial e comercial. Primeiro na Idade Média. Depois na Revolução Francesa, se desenvolveu bastante e passou a estar presente nas Constituições da Espanha, Portugal e no Brasil com a constituição de 1824. Na

época do surgimento dos códigos, sofreu uma queda. Subiu de novo no século XIX, com a revolução industrial, e hoje com a globalização da economia.

ConJur - E no Brasil?

Selma Ferreira Lemes - Positivação sempre tivemos. As Ordenações do Reino de 1603 falam de arbitragem. O Brasil é fruto de uma arbitragem: o Tratado de Tordesilhas. O grande incentivador da arbitragem foi o barão de Mauá. O Código Comercial foi criação dele, em 1850, e lá tinha arbitragem. Com a proclamação da República, a arbitragem foi muito usada para solucionar as questões de limites entre os estados brasileiros, tendo a participação intensa de Rui Barbosa.

ConJur - Quanto tempo dura um processo arbitral?

Selma Ferreira Lemes - É possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio. Evidentemente, há procedimentos muito complexas que podem levar mais tempo. Isso ocorre no Brasil como no exterior.

ConJur - Há procedimentos que já duram mais de nove anos.

Selma Ferreira Lemes - Nove anos é bastante. Mas deve ser uma matéria muito complexa. Nos procedimentos da CCI há processos que duraram oito, dez anos, mas são questões extremamente complexas. Chega a morrer árbitro. Mas a regra é um ano em questões complexas, um ano e meio. Mais do que três anos não é comum. Dependerá da matéria tratada.

ConJur - Quais as diferenças entre a arbitragem e o processo judicial?

Selma Ferreira Lemes - A informalidade. Uma ponto interessante é a prova. Árbitros podem ser mais rigorosos que o juiz, porque eles sabem que o mérito da sentença não vai ser alterado, daí a importância da prova e o compromisso de analisá-la muito bem. O papel mais importante de um advogado no procedimento arbitral é provar o que está alegando. Ele deve se desvincular do Processo Civil e saber que não adianta fazer um pedido extremamente genérico. Ele tem que ser pontual e objetivo. A instância é praticamente única.

ConJur - Há citação de doutrina em sentença arbitral?

Selma Ferreira Lemes - Sim. Cita-se doutrina nacional e internacional, coloca-se um reforço com uma jurisprudência, tudo se compõe. O ordenamento jurídico como um todo é o direito que você está aplicando, mas o que interessa é a prova. Muitos advogados mencionam que ficam admirados com o desenrolar de uma audiência de arbitragem. Eles apresentam

oralmente o caso e trabalham bastante para que a audiência seja muito bem aproveitada para provar o alegado.

ConJur - A jurisprudência arbitral circula entre as pessoas do meio?

Selma Ferreira Lemes - Batalha-se muito para que tenhamos isso na arbitragem, um ementário de decisões arbitrais, como existe na CCI, que publica as decisões. Obviamente não se fala o nome das partes, mas há trechos da sentença. Seria interessante conhecer a parte científica das decisões. Questões que ainda demandariam mais tempo para serem discutidas no Judiciário já estão sendo discutidas na arbitragem.

ConJur - Como compartilhar esse conhecimento sem comprometer a confidencialidade tradicional desses julgamentos?

Selma Ferreira Lemes - Quase todos os regulamentos das câmaras preveem a publicação de ementas. A Bovespa já tinha até no antigo. A Câmara de Arbitragem da FGV diz respeito ao comércio de energia elétrica e há uma convenção na Aneel que fala que as decisões têm que ser publicadas. O grande problema é que as ementas são tão resumidas que você não tem conhecimento de nada, e não é esse o objetivo.

ConJur - Dependeria de autorização expressa das partes?

Selma Ferreira Lemes - Há autorização no regulamento das câmaras, mas elas não publicam porque não querem se indispor com as partes. Elas pedem, mas muito raramente as partes concordam.

ConJur - Como mudar essa realidade?

Selma Ferreira Lemes - É um pouco papel dos advogados, porque interessa a toda a sociedade a divulgação de trechos ou do contexto em que as arbitragens foram julgadas, mas ainda não existe esse trânsito de sentenças.

ConJur - Há casos em que o sigilo já foi quebrado?

Selma Ferreira Lemes - A arbitragem se presta a resolver questões de direito patrimonial disponível. Um árbitro nunca vai poder opinar sobre nada na área penal ou tributária, porque não é competência dele. O sigilo existe porque as partes assim fixaram e o regulamento trata. Mas essa questão está sendo revista, até em âmbito internacional. Há dois precedentes famosos, um da Austrália e outro da Suécia, em que disseram que o sigilo deveria ser flexibilizado. A lei não fala em sigilo. O sigilo da lei é só para o árbitro: artigo 13, parágrafo sexto da Lei de Arbitragem: o árbitro deve ser discreto.

ConJur - Só os regulamentos estabelecem a confidencialidade?

Selma Ferreira Lemes - Os regulamentos estabelecem, e passa a ser uma obrigação contratual preservar o sigilo, mas isso é mitigado quando há pessoas de Direito Público envolvido, como sociedades de economia mista e empresas públicas.

ConJur - O sigilo do procedimento arbitral pode ser ameaçado diante de uma requisição do Fisco para ter acesso às sentenças arbitrais?

Selma Ferreira Lemes - Há de ser observada a lei. O árbitro tem o dever de sigilo. Se o fisco deseja saber algo deve perquirir junto ao contribuinte. Essa questão precisa ser avaliada pelo judiciário. A câmara [arbitral] tem o dever de honrar o que ela se comprometeu. Se o fisco quiser, pode efetuar fiscalização na empresa, tal como previsto em lei. Se quiser avaliar a contabilidade da câmara também pode, pois é uma pessoa jurídica e observa as disposições legais.

ConJur - É mais vantajoso para o advogado atuar na arbitragem ou na Justiça?

Selma Ferreira Lemes - Argumenta-se que no processo judicial a ação é ganha por meio das regras processuais. Na arbitragem, não é assim. É a prova que rege a sentença. É um mercado de trabalho excelente para os advogados, que recebem os seus honorários com maior rapidez e oferecem um melhor serviço para o cliente. Isso tudo porque a gente tem uma boa lei. Espero que não as alterações preservem seus princípios.

ConJur - O Senado instaurou uma comissão para reavaliar a Lei de Arbitragem. Com 44 artigos, a norma é considerada enxuta. Isso não dá margem a muitas interpretações divergentes?

Selma Ferreira Lemes - Alterar a lei para prever especificidades não é adequado. Matérias setoriais devem estar nas leis respectivas e não lei de arbitragem. Há comentários como: "A lei não falou disso, não regula aquilo". Não falou porque não é para ter regra de processo. Processo na lei de arbitragem não existe. O que existem são princípios. É possível escolher o procedimento e observar três princípios: igualdade de tratamento, direito de defesa e que o árbitro seja independente e imparcial. Tem muita gente que não sabe trabalhar com essa liberdade, porque está acostumado a ser dirigido. Na arbitragem, há muitas opções: você escolhe o número de árbitros (sempre ímpar), forma que a arbitragem seguirá (institucional ou ad hoc), a lei aplicável e autorizar o árbitro a resolver a contenda por equidade. O juiz só poderá fazê-lo se estiver autorizado por lei.

ConJur - Como é isso?

Selma Ferreira Lemes - A arbitragem por equidade é permitir que o árbitro julgue de acordo com o seu real saber e de acordo com o seu critério de justo, fundamentando a decisão com "bom senso jurídico". Essa expressão é de Serpa Lopes. Muitas vezes, em contratos de longa duração, é muito melhor aplicar a equidade do que aplicar a regra no Direito posto. Em um contrato de 15 anos, as partes querem sua permanência, elas só querem que se ponha um equilíbrio. São contratos de fornecimentos eminentemente privados que dependem de variáveis econômicas. Construção civil, joint venture, contratos de franquia, por exemplo.

ConJur - É possível desistir da arbitragem uma vez aceita a cláusula arbitral?

Selma Ferreira Lemes - Não pode. Esse é o ponto fundamental da alteração da lei, é o efeito vinculante da cláusula. Se colocou, é obrigado a honrar.

ConJur - O favor arbitral é usado quando há dúvidas sobre a obrigação de a demanda ser julgada em arbitragem. Como funciona o conceito?

Selma Ferreira Lemes - O favor arbitral diz que, na dúvida, a decisão deve ser pró arbitragem. Será dada uma interpretação favorável à arbitragem se houver indícios de que a parte optou por ela. É um princípio universal.

ConJur - A cláusula arbitral, então, é um contrato à parte?

Selma Ferreira Lemes - Exato. A cláusula compromissória é um contrato dentro de um contrato. Tem que ser honrada, cumprida, mesmo que ela não esteja bem redigida e mesmo que não tenha todos os requisitos.

ConJur - Após 12 anos da validação da Lei de Arbitragem pelo Supremo, ainda há discussões nas cortes superiores sobre a validade das cláusulas arbitrais?

Selma Ferreira Lemes - Há um leading case no STJ sobre arbitragem em Direito do Consumidor - o Recurso Especial 1.169.841, do Rio de Janeiro. Entendeu-se que é preciso dar tratamento privilegiado ao consumidor.

ConJur - Por quê?

Selma Ferreira Lemes - No Projeto da Lei de Arbitragem, havia a seguinte redação, o artigo 4º, II da Lei, baseada no Direito comparado: nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só tem eficácia se o aderente desejar. E por expresse. A redação final alargou o conceito.

ConJur - Qual a implicação disso?

Selma Ferreira Lemes - Em uma análise inicial, é possível dizer que a Lei de Arbitragem revogou o artigo 51, parágrafo 6º, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre cláusula abusiva "a que determina a utilização compulsória da arbitragem". Eu, por exemplo, em determinado contexto, também assim entendi.

ConJur - E agora?

Selma Ferreira Lemes - O julgado do STJ determinou que tudo é para ser interpretado harmoniosamente. Isso significa que, em um contrato de adesão com pessoas que têm total discernimento do que estão fazendo, que conhecem aquela cláusula, ela é válida. E em determinadas situações se faz a interpretação a favor do consumidor, ou seja, a iniciativa da arbitragem deve ser dele e isso se justifica porque é o lado mais fraco.

ConJur - Qual o limite de intervenção do Judiciário nos julgamentos arbitrais?

Selma Ferreira Lemes - Quando desvios ocorrem, eles são reformulados posteriormente pelo Judiciário. Não é a regra, são exceções. Pode-se dizer que alcançamos um alto nível de segurança jurídica na arbitragem por causa do Judiciário. As decisões do STJ são elogiadas pelo acerto e pertinência. Hoje a arbitragem é matéria sumulada pelo STJ.

ConJur - Qualquer caso pode ser submetido à arbitragem?

Selma Ferreira Lemes - Com o tempo, percebemos que a arbitragem não serve para tudo. Primeiro: é só para direito patrimonial disponível. Segundo: não é para pequenas causas.

ConJur - É possível definir um piso?

Selma Ferreira Lemes - Não é uma coisa fechada, mas tenho como parâmetro R\$ 800 mil. Um contrato com valor menor não deve ir para a arbitragem.

ConJur - A senhora trabalhou na recente reformulação do regulamento da câmara arbitral da Bovespa. O que mudou?

Selma Ferreira Lemes - É um regulamento aberto e o único regulamento brasileiro que tem a figura do árbitro de apoio. É também chamado de árbitro de emergência em algumas câmaras internacionais. É aquele árbitro que está lá só para analisar uma medida de urgência, uma medida cautelar prévia da arbitragem. Agora, esse árbitro que ditou a medida cautelar não pode ser árbitro no procedimento principal, porque se entende que ele já fez um prejulgamento e já vem com uma ideia pré-construída.

ConJur - Os regulamentos preveem que cada lado da demanda escolha um árbitro, e os árbitros escolham um terceiro. Como funciona quando existe mais de um demandado no mesmo polo?

Selma Ferreira Lemes - O regulamento da Bovespa tem o princípio de uma arbitragem multiparte. O tribunal arbitral é composto de três pessoas, normalmente. O lado que é um só nomeia um árbitro. Do lado que tem três partes, por exemplo, elas têm que se compor para poder indicar um único árbitro. Se não houver acordo, há regulamentos que dizem que o presidente da Câmara de Arbitragem nomeia um árbitro em nome daquelas do mesmo pólo. Isso é uma inovação que está sendo trazida pela jurisprudência internacional. Ambas as formas são corretas.

ConJur - Qual é o caso que originou essa tendência internacional?

Selma Ferreira Lemes - É o conhecido caso Siemens x Dutco, julgado no começo dos anos 1990, na França, e se propagou pelo mundo. A jurisprudência diz: se um lado tem dificuldade de encontrar um árbitro só, nenhuma das partes, nem a demandante, nem a demandada, indica árbitros. Todos os árbitros serão indicados pelo presidente da corte da câmara de arbitragem. Isso fez com que muitos regulamentos adotassem essa postura, mas reitero, ambas podem ser aplicadas pelos regulamentos das câmaras.

ConJur - A senhora atua muito como árbitra presidente. Como é o seu trabalho?

Selma Ferreira Lemes - O papel do árbitro presidente é de gerenciar adequadamente o processo com os demais co-árbitros, fazer com que as etapas sejam eficientemente cumpridas, dar tranquilidade ao advogado. Explicar, esclarecer e motivar as Ordens Processuais, explicar como transcorrerá a arbitragem, os trabalhos da audiência e para que tudo corra com normalidade e previsibilidade. Preservar o contraditório e tratar as partes com igualdade, bem como, juntamente com os co-árbitros, decidir e emitir sentença final com coerência, fundada nas provas produzidas.

ConJur - Quais as principais diferenças entre o julgamento arbitral e o judicial?

Selma Ferreira Lemes - Na arbitragem, é possível ficar quatro ou cinco dias em uma audiência para um só caso. O juiz não tem condição de fazer isso. [Na arbitragem] o advogado tem que preparar a audiência. Ele geralmente traz um Power Point, um filme. Às vezes o árbitro vai fazer vistoria no local. Há Tribunal Arbitral constituído com engenheiro, administrador, economista.

ConJur - Como os peritos são convocados? São as partes que escolhem?

Selma Ferreira Lemes - Franqueia-se às partes a apresentação de um parecer técnico. Na audiência pode ser ouvida uma testemunha técnica, que presta depoimento, que transmite ao Tribunal Arbitral seus conhecimentos especializados e depois apresenta um relatório. O outro lado também procede dessa maneira. As divergências restantes serão dirimidas por um perito nomeado pelas partes em comum ou designado pelo Tribunal Arbitral.

ConJur - Existe uma regulamentação para esses consultores atuarem?

Selma Ferreira Lemes - Sim. A pessoa deve ser especializada, atuar na área e não pode ter vínculo de trabalho constante com a parte que o indicou. Assim como o árbitro tem que ser independente e imparcial, o perito também tem que ser. A maioria das perícias em arbitragem é contábil, de engenharia e em outras áreas especializadas. Os profissionais estão no mercado e existem associações de classe que podem sugerir nomes.

ConJur - Órgãos estatais têm usado a arbitragem?

Selma Ferreira Lemes - Sim. Na área de comércio de energia elétrica é obrigatória. Na área de concessões de obras e serviços públicos, nas parcerias público-privadas há com frequência a inserção nos contratos de cláusula compromissórias, especialmente quando há banco de fomento internacional financiando, tal como o Banco Mundial.

ConJur - Com o novo pacote do governo federal voltado para a infraestrutura, espera-se algum reflexo na área arbitral?

Selma Ferreira Lemes - Sim. A lei da PPP e as das agências reguladoras, todas dispõem sobre arbitragem. A construção de obras de envergadura sob o regime de uma parceria público-privada envolve tantos partícipes que é impossível pensar em resolver conflitos surgidos senão por meio de Dispute Boards e arbitragem. A lei da PPP estabelece que o árbitro indicado deve falar português, e se sabe que há um contingente de árbitros internacionais estudando português.

ConJur - A CCI é foro para todos?

Selma Ferreira Lemes - Na CCI tem um grande contingente de arbitragens domésticas brasileiras e internacionais. Se justifica pois é uma Câmara quase centenária e com ampla experiência. Pode-se também operacionalizar a arbitragem por meio ad hoc e regulamento Uncitral, e nas diversas câmaras brasileiras. O contrato de construção da hidrelétrica de Santo Antonio tem cláusula de arbitragem CCI. Na Bahia, a Arena da Bahia tem uma cláusula de arbitragem muito bem feita. Aqui em São Paulo os contratos de concessões públicas também têm cláusula de arbitragem.

