XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

ADRIANA SILVA MAILLART

JAMILE BERGAMASCHINE MATA DIZ

MAURO JOSÉ GAGLIETTI

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

J961

Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Adriana Silva Maillart, Jamile Bergamaschine Mata Diz, Mauro José Gaglietti – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-060-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Mídia. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

JUSTIÇA MEDIÁTICA E PREVENTIVA

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresentamos este livro produto dos dezenove trabalhos apresentados no GT de Justiça Mediática e Preventiva na 24ª edição do CONPEDI em Aracajú (Sergipe) em junho de 2015. O tema deste GT ganhou relevância e, já há algum tempo, sentia-se a necessidade de um ambiente próprio para a discussão dos meios adequados de resolução de controvérsias, tendo em vista, principalmente, o aumento do número e a qualidade dos artigos apresentados nesta área. Assim, por iniciativa dos coordenadores dos GTs de Acesso à Justiça e da Diretoria do Conselho Nacional de Pós Graduação e Pesquisa em Direito entendeu-se relevante a criação de um GT específico para tratar das formas consensuais de solução de conflitos.

A criação deste novo GT coaduna com um momento importante pela qual passam as ADRs no Brasil, principalmente, com a aprovação da Lei n°. 13.129/2015, que amplia a aplicação da arbitragem; da sanção do Novo Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015), que traz capítulo específico sobre a mediação e conciliação e diretrizes para as audiências conciliatórias e mediáticas; e também da tão aguardada promulgação da Lei Brasileira de Mediação (Lei n°. 13.140, de 26 de junho de 2015).

Desta maneira, o Conpedi, atento às transformações no âmbito jurídico e social, vem, uma vez mais, responder aos anseios e às demandas da sociedade acadêmica, criando um veículo para tratar das discussões oriundas dos cursos de pós-graduação e pesquisas em Direito. Isto reflete, sem dúvida, na importância essencial do Conpedi como instrumento de encontro, discussão, reflexão e divulgação dos trabalhos realizados em cenário nacional e internacional.

Assinala-se, assim, que ficamos muito felizes com a incumbência de coordenarmos a primeira edição deste GT voltado à Justiça Mediática e Preventiva. Ao todo, como ressaltado anteriormente, foram 19 trabalhos apresentados, destacando-se que todos os autores e autoras marcaram, significativamente, presença. O debate foi conduzido de modo a facilitar a comunicação, o diálogo e o entendimento entre as pessoas interessadas, todos com grande envolvimento pessoal, profissional e afetivo com os temas abordados e revelam o estágio das pesquisas no que se refere à cultura da autocomposição dos conflitos emergentes na sociedade brasileira, enfatizando-se, nesse caso, os aspectos associados ao litígio na esfera do

Poder Judiciário, e fora, na intervenção junto aos conflitos de interesse cujas partes ao procurarem os núcleos de prática jurídica e as câmaras arbitrais (Lei 9.307/96) tendem a acessar à justiça de um modo mais abrangente e eficiente.

A temática em tela encontra-se em voga em virtude do papel que passa a exercer a mediação na conjectura do Código de Processo Civil (CPC) que vigorará no Brasil a partir de março do próximo ano na medida em que está em harmonia com o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988. Nesse contexto, a institucionalização da mediação no Brasil torna-se extremamente relevante, sobretudo, por abordar extrajudicialmente e judicialmente - os conflitos associados à parentalidade e à conjugalidade no âmbito das famílias brasileiras. Assim, salientam-se os tópicos presentes no novo Código de Processo Civil e na Lei da Mediação aprovados recentemente para refletir acerca da necessidade da preparação cultural do conjunto da sociedade, das famílias e dos profissionais do Direito.

Nessa senda, percebe-se que há um incentivo ao diálogo e ao entendimento, voltando-se, assim, para a busca de um acordo. Provavelmente, a instalação da mediação por via institucional, estatal, e, sobretudo, o seu entendimento e a sua implementação poderá colaborar com a alteração da cultura do litígio expresso, em grande medida, pela judicialização de todas as controvérsias que ocorrem no âmbito social, e, ao mesmo tempo, poderá reduzir a quantidade de processos, que se arrasta junto ao Poder Judiciário há muitos anos. Ao mesmo tempo, nota-se a preocupação segundo a qual é necessário pensar para além da legislação, sobretudo, em relação à singularidade dos operadores do Direito no Brasil. Assinala-se, nesses termos, que o direito que vigora no País possui entre as suas fontes os princípios gerais que também interferem na criação da lei e, principalmente, na sua efetivação (ou não efetivação) ao concretizar materialmente o direito entendido aqui como o acesso à justiça enquanto direito fundamental dos direitos fundamentais.

Pode-se afirmar que, se inicialmente o movimento de acesso à justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos, voltando-se inicialmente a reduzir a denominada litigiosidade contida. Hoje, atenta-se para o fato de a processualística voltar-se a resolver disputas de forma mais eficiente e eficaz - afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente jurídicas e incorporando métodos transdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados, mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social diante da percepção segundo a qual todo o conflito se diferencia do litígio à razão de ser multidisciplinar, ao passo que o litígio é um aspecto do conflito, aquele que se associa direta e indiretamente à dimensão jurídica. Toda a sentença é uma boa resposta ao litígio, mas não resolve o conflito em sua amplitude.

Além disso, percebe-se que por meio da incorporação desses diversos procedimentos ao sistema processual o operador do direito tende a preocupar-se, também, com a litigiosidade remanescente aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo à medida que amplia-se a existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada, seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado. Soma-se a tal atitude, outra, a atentar para o princípio do empoderamento, em sintonia fina com um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação. Além desses dois aspectos, pode-se voltar mediante o emprego desse instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito. Em outros termos: concebe-se o princípio da validação ou o princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos, sobretudo, à medida que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gestão de processos de resolução de disputas. Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito, já que, quando exercendo suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra são menos adversarial e mais propenso à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Desse modo, criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador a pergunta a ser feita deixou de ser "quem devo acionar" e passou a ser "como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente".

Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional. A composição de conflitos "sob os auspícios do Estado", de um lado, impõe um ônus adicional ao magistrado que deverá acompanhar e fiscalizar seus auxiliares (conciliadores autocompositivos, mediadores e árbitros no âmbito da Lei 9.307/1996), ainda que somente quando requisitado como no exemplo da demanda anulatória de arbitragem. Por outro lado, a adequada sistematização desses mecanismos e o seu estímulo para que as partes os utilizem é marcante tendência do direito processual, na medida em que vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.

A arbitragem, neste sentido, funciona como um instrumento alternativo para solucionar as controvérsias que privilegia a autonomia das partes para determinar o alcance das medidas compositivas e a lei aplicável para alcançar tal solução. No âmbito interno, embora a Lei n. 9.307/96 não inaugure a arbitragem no plano jurídico nacional, foi responsável por imprimir uma feição mais moderna além de promover a sistematização do tema e, por isso, compreender as influências sob as quais se encontravam a jurisprudência brasileira em relação à arbitragem no momento de sua elaboração permite conhecer os mecanismos que proporcionaram o desenvolver de sua aplicação no país. No âmbito internacional, pode-se perceber a influência das Convenções de Direito Internacional em matéria de arbitragem na elaboração da lei nacional. Ainda que antes da incorporação de alguns instrumentos normativos ao âmbito interno, certas garantias eram necessárias para que o país pudesse apresentar uma maior confiabilidade a nível internacional no que concernia a proteção jurídica das questões arbitrais.

Agora, um dos pilares da arbitragem se refere à questão da segurança jurídica que deve ser analisada também sob a perspectiva da aplicação e interpretação posterior do reconhecimento e admissibilidade dos efeitos da sentença arbitral sobre as relações jurídicas. Ainda que haja uma regulação específica atinente à utilização do mecanismo arbitral, este só ganha força na medida em que as autoridades judiciais se inclinam pela devida observância da vontade das partes em se submeter a esta forma de solução de controvérsias, e logram admitir que no âmbito da esfera privada podem os particulares pactuar da forma que melhor lhes convier, observados os limites dispostos pelo próprio sistema. A adoção de uma lei segundo os mais avançados parâmetros internacionais não tem o condão de fornecer a segurança jurídica necessária se as instituições brasileiras, especialmente o Judiciário, não conseguirem compreender a importância do instituto para a concretização inclusive do direito fundamental de acesso à justiça.

O Novo Código de Processo Civil confirma a arbitragem como um instrumento jurisdicional autônomo e reconhece a importância do mesmo, pondo fim à eterna e estéril discussão sobre legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença arbitral. Além disso, inova ao estabelecer a possibilidade de integração entre juízo arbitral e juízo estatal para cumprimento de medidas liminares, cautelares e antecipações de tutelas, bem como para condução e oitiva de testemunha renitente, dando plena eficácia ao art. 22 da Lei de arbitragem. Outro ponto digno de nota é que preserva uma das características básicas da arbitragem que é justamente o sigilo, já que a confidencialidade é essencial para a manutenção de certos negócios ou a formulação de estratégias empresariais e o desenvolvimento de novos produtos.

A mediação, a ser nesse momento discutida, constitui uma prática jurídica que pode contribuir com a construção da autonomia. Sendo assim, a obra em foco sugere a você leitor /leitora que atente para esse mecanismo não-adversarial de encaminhamento de conflitos enquanto prática pedagógica de construção da autonomia e de construção do Direito emancipatório. Em outras palavras, a mediação transformadora é, na verdade, uma forma de ecologia política de resolução dos conflitos sociais e jurídicos. Forma particular na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa ao processo judicial (com o outro) de resolução de conflitos e litígios, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

Por fim, quer-se que essa obra possa contribuir com os esforços dos juristas que há décadas clamam pela mediação emancipatória que ao se transmutar de um mero procedimento de resolução de conflitos para se converter em um verdadeiro instrumento de exercício da cidadania, na medida em que possibilita a criação de um direito inclusivo, rompendo com o normativismo jurídico estatal, possibilitando - concretamente - o surgimento de um direito plural, capaz de absorver as expectativas de uma maior variedade de sujeitos sociais, em especial aqueles oriundos de segmentos mais marginalizados da sociedade. Assim, a mediação transformadora assinada por Luis Alberto Warat se coaduna perfeitamente com as perspectivas de uma nova política judiciária que deve estar comprometida com a democratização do direito e da sociedade.

Pode então o direito transformar a sociedade? Os autores/autoras dos textos desse livro pensam e agem de forma otimista a tal assertiva na medida em que além de guiar as coletividades na defesa daquilo que foi ao menos formalmente conquistado, o debate jurídico, enquanto manifestação do político, possibilita a ampliação do campo de luta pela afirmação de identidades sejam elas individuais ou coletivas e a conquista do reconhecimento e legitimação da pluralidade, em um verdadeiro exercício de emancipação da cidadania e democratização da sociedade. Diante de tal perspectiva, um livro pode transformar pessoas e estas o mundo.....

Nesse caso, nos resta a desejar a você que está nos acompanhando até aqui, que seja feliz, na medida do possível e faça uma adorável viagem mental entre as linhas dos trabalhos que se encontram nas próximas páginas!

Até breve,

Profa. Dra. Adriana Silva Maillart (Uninove)

Prof. Dr. Mauro Gaglietti (URI, FAI, IMED)

Profa. Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (UIT e UFMG)

Organizadores da obra

ACORDO SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL DO MERCOSUL E AS NORMAS VIGENTES NOS PAÍSES MEMBROS. BREVE ANÁLISE JURÍDICA.

ACUERDO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL DEL MERCOSUR Y LOS ESTÁNDARES DE LOS PAÍSES MIEMBROS. BREVE ANÁLISIS JURÍDICO

Laura Lúcia da Silva Amorim

Resumo

Os contratos de comércio internacional do Mercosul, estão amparados pelo Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul firmado entre os Estados Parte (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado destes Estados membros. O Acordo trás os procedimentos essenciais e necessários a efetividade da arbitragem, mas muito embora assunto de direito privado regula o procedimento arbitral processo arbitral.

Palavras-chave: Arbitragem comercial internacional, Mercosul, Contratos, Arbitros

Abstract/Resumen/Résumé

Los acuerdos internacionales de comercio del Mercosur, están protegidos por el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, firmado entre los Estados Partes (Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay) y tiene por objeto regular el arbitraje privado como un medio alternativo de solución de controversias derivadas de contratos el comercio internacional entre personas físicas o jurídicas de derecho privado de estos estados miembros. El acuerdo detrás de la ley fundamental y necesaria la eficacia de los procedimientos de arbitraje, pero aunque privada sujeta regula el arbitraje "arbitraje". .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitraje comercial internacional, Mercosur, Contratos, Árbitros

Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL e as normas vigentes nos países membros. Breve análise jurídica.

INTRODUÇÃO

A Arbitragem é um instituto de resolução de conflitos largamente utilizado em todo o mudo.

A Arbitragem é instituto tão antigo que seu surgimento ocorre antes mesmo da existência do juiz estatal e do próprio legislador[1]

Na arena do comércio internacional, a economia global deu amplitude às possibilidades de acesso aos negócios como jamais havia antes acontecido no planeta. Num fluxo que tende a ser cada vez mais ágil e interativo, a globalização fez com que revigorasse a arbitragem não só internacional, mas interna.

A arbitragem comercial internacional dispõe hoje de um verdadeiro aparato transnacional formado por convenções internacionais, leis internas, regulamentos sobre procedimentos de arbitragem, usos e costumes devidamente compilados- Incoterms (International Commercial Terms), instituições de arbitragem sólidas e respeitáveis, uma comunidade de profissionais especializados composta de árbitros, advogados especialistas e estudiosos acadêmicos, jurisprudências própria, amplíssima bibliografia, congressos, seminários, conferencias, revistas especializadas e uma gama imensa de informações on line.

No Mercosul, bloco econômico formado a partir do Tratado de Assunção, subscrito em 26 de março de 1991, entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai; e, o Protocolo de Ouro Preto, subscrito em 17 de dezembro de 1994, entre os mesmos Estados, não poderia ser diferente, motivo pelo qual os países signatários firmaram o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul que tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Não há diferença essencial entre a arbitragem interna e a arbitragem internacional, em ambos casos, se esta diante de um modelo de solucionar litígios, mediante a aplicação de

[1] Conferir autores: Cezar Fiuza, Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte, Editora Del Rey, 1995. Tavares Guerreiro. Fundamentos da Arbitragem do Comércio Internacional. São Paulo. Ed. Saraiva. 1993.

regras adjetivas e substantivas escolhidas pelas partes e ou por julgadores não governamentais por elas designado.

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul é mais um instrumento que objetiva o fortalecimento do processo de integração do bloco econômico, pois nasce com o intuito de regrar os contratos de comércio internacionais entre pessoas físicas e ou jurídicas e a efetividade dos compromissos firmados quando ocorre o litígio entre contratantes cidadãos dos Estados-parte, não deixando de observar as Convenções sobre Arbitragem Comercial Internacional a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros e a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional.

A uniformização a organização da Arbitragem Internacional dos Estados membros ratificada no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul prevê a eleição do foro arbitral, o reconhecimento e a execução de laudos ou sentenças arbitrais estrangeiras, os tipos de arbitragem e as normas gerais de procedimento.

A facilitação do comércio internacional e a solução jurídica comum na resolução de controvérsias é condição *sine qua non* a eficácia e eficiência dos negócios internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado dos Estados membros.

Considerando a importância deste Acordo Internacional e o desconhecimento que a maioria dos operadores do direito dos países do Mercosul tem sobre o tema, é que se traça alguns comentários com a finalidade de auxiliar os profissionais que pretendem conhecer mais o instituto da Arbitragem no Mercosul.

Neste breve estudo pretende-se inquirir com base na legislação interna dos Estados-partes e do Acordo em comento sobre, conceitos de arbitragem, a convenção arbitral, a jurisdição arbitral, os poderes do Árbitro, a execução das sentenças arbitrais estrangeiras bem com, as vantagens que o instituto da arbitragem trás aqueles que se valem desta forma paraestatal de resolução de conflitos, que apontam para renovação da prestação de justiça de forma rápida, econômica e sigilosa.

A legislação brasileira, pela proximidade da autora com esses institutos terá mais destaque em relação os outros alienígenas objeto de apreciação, e a finalidade se alicerça na vontade de investigar os diversos aspectos da lei de arbitragem brasileira, dentre tantos, os polêmicos e transformadores, os que podem quebrar mitos, efetivamente conduzindo a sociedade à cultura arbitral.

1. Arbitragem

Arbitragem é uma prática alternativa, extrajudicial, de pacificação antes do que da solução de conflitos envolvendo interesses patrimoniais disponíveis. Fundada no consenso – princípio universal da autonomia da vontade, através da atuação de terceiro, ou terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência, por isso denominados árbitros – expressão advinda de arbítrio, ou livre exercício da vontade.

Pode se utilizar desta forma de resolução de conflitos as pessoas físicas e ou jurídicas, capazes de contratar.

São inúmeras as vantagens que o instituto da arbitragem promove às partes que dele se utilizam, mas a mais estimulante é a celeridade, ou seja, a sentença arbitral tem prazo determinado, ou pelas partes ou pela legislação interna do Estado-parte, para ser exarada. Ainda há de se destacar as vantagens como sigilo, simplicidade, neutralidade, imparcialidade, informalidade, confiança, ambiente consensual, baixo custo e eficácia.

Na arbitragem internacional o processo de conhecimento se reduz a prazo determinado pelas partes, a contar da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, incluindo quando necessária análise pericial.

Só o instituto da Arbitragem Internacional permite que sejam dirimidos conflitos entre pessoas físicas ou jurídicas de nacionalidade diferentes sem contudo ferir/macular a Soberania do país de origem de cada parte.

Pela Arbitragem Internacional os conflitos comerciais são solucionados com celeridade e as partes obtêm um título executivo – sentença ou laudo arbitral em um tempo programado, observando os acordos e tratados de comércio internacional ou legislação de escolha das partes, garantindo o juízo arbitral.

Na Arbitragem, se for de vontade e determinação das partes, o processo é sigiloso.

A especialidade do Árbitro, também é uma vantagem impar as partes, que poderão ver conflitos de interesses resolvidos por quem tem especialidade no assunto “conhecimento de causa”.

Baixo Custo é outra vantagem às vezes um pouco difícil de ser vista, já que, como “justiça particular” as partes arcam com as custas processuais arbitrais e demais despesas-perícias, honorários, mas facilmente entendido quando se toma por parâmetro a relação tempo para solução do conflito.

1.1 Conceito

Arbitragem é o meio privado, institucional ou ad hoc, instituído pelas partes contratantes para a solução de controvérsias.

A Arbitragem Internacional presta-se à solução de litígios de Direito Privado, com conotação internacional, porém, "sendo de aduzir-se que se tem hoje como arbitragem internacional a que é destinada a produzir efeitos no exterior, quer por pertencerem as partes a Estados diversos, quer pelo litígio ocorrer em território de países diversos"[2]

Conforme Teixeira e Andreatta, a arbitragem é o " ... compromisso através do qual as pessoas interessadas submetem um litígio à decisão de um ou mais árbitros , ficando antecipadamente obrigadas a respeitar o resultado.[3]

Segundo José Maria Rossani Garcez, a arbitragem "consiste no método parajurisdicional mais complexo e certamente o mais efetivo para solução de conflitos de natureza privada que possam ser objeto de disposição pelas partes mediante convenção privada" [4]

O artigo segundo[5] do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul Arbitragem é

> Para fins de aplicação do presente Acordo, entender-se-á por:
>
> a) "arbitragem": meio privado - institucional ou 'ad hoc' - para a solução de controvérsias;
> b) "arbitragem internacional": meio privado para a solução de controvérsias relativas a contratos comerciais internacionais entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas;

Portanto, é uma justiça privada, espécie de justiça, que não pertence a jurisdição estatal de nenhum dos Estados membros, e que necessita da outorga, permissão expressa das partes para que o arbitro (s) escolhido pelos litigantes, visando pôr fim ao conflito existente entre os mesmos, usando de todos os meios necessários a seu esclarecimento e convencimento, sentencie sobre o caso para o qual foi investido como "árbitro juiz".

---

[2] TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro, in Arbitragem na Era da Globalização. Editora Forense, 1999, p.21.
[3] TEIXEIRA E ANDREATTA, A Nova Arbitragem,1997, p.30.
[4] GARCEZ, José Maria Rossani. A Arbitragem na Era da Globalização, 1999, p.1.
[5] Ver Dec. 4.719 de 04 de junho de 2003- No Brasil todo e qualquer acordo internacional começa a ter eficácia no meio jurídico após a avaliação e aprovação do Congresso Nacional e promulgação do Presidente da República.

1.2. Natureza Jurídica

O Acordo tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado dos Estados membros do Mercosul, o que poderia remeter-nos de imediato a considerar que a natureza jurídica seria contratual.

Sim, é contratual, mas no âmbito internacional temos contratos privados e públicos. Exemplo de contrato público internacional é o próprio Acordo em comento.

Neste aspecto a doutrina se divide.

Segundo Pedro A. B. Martins há duas correntes que procuram explicar a natureza jurídica da arbitragem "[...] os privativistas que ressaltam a natureza contratual da arbitragem, em objeção aos publicistas, que reconhecem a função jurisdicional do juízo arbitral".[6]

Tanto uma quanto a outra pode ser apontada dependendo do tipo de arbitragem que estamos analisando.

Quando estudamos a arbitragem internacional do Mercosul nos deparamos com duas possibilidades: a natureza jurídica privativista e a publicista.

A natureza jurídica privativista, é observada a partir do preâmbulo do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Lê-se:

> RECORDANDO que os instrumentos básicos do MERCOSUL estabelecem o compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes;
> REAFIRMANDO a vontade dos Estados-Partes do MERCOSUL de pactuar soluções jurídicas comuns para o fortalecimento do processo de integração do MERCOSUL;
> DESTACANDO a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes do MERCOSUL métodos alternativos para a solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais concluídos entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado;

No entanto, é no artigo 23 do Acordo que se observa que a natureza jurídica da arbitragem do Mercosul não afasta o cunho publicista, ou seja, o compromisso entre os Estados-parte exige que os mesmos observem Convenções, Tratados e Protocolos quando da Execução do laudo ou sentença arbitral estrangeira.

---

[6] PEDRO A. B. MARTINS, A Arbitragem na Era da Globalização 1997, p.38

> Para a execução do laudo ou sentença arbitral estrangeiro se aplicarão, no que for pertinente, as disposições da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975; o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, aprovado por decisão do Conselho do Mercado Comum N.º 5/92, e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevidéu de 1979.

É inegável, entretanto, que é jurisdicional. O árbitro ou árbitros atuarão em um processo arbitral até a prolação da sentença ou laudo arbitral e terão jurisdição onde o caso arbitral alcançar sendo neste caso uma jurisdição privada que pode ou não ter ingerência na jurisdição estatal – cautelares[7]; e, a jurisdição publicista ou estatal pode ser observada quando na fase de execução da sentença ou laudo arbitral estrangeiro os Tribunais Superiores dos Estados membros acatam o exequatur, o que nos deteremos adiante.

2 Convenção Arbitral do Mercosul

Determina o art.2º inciso “e” do Acordo "convenção arbitral" é acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todas ou algumas controvérsias que tenham surgido ou possam surgir entre elas com respeito a relações contratuais. Poderá adotar a forma de uma cláusula compromissória incluída em um contrato ou a de um acordo independente.

A opção pela arbitragem para solucionar os conflitos entre as pessoas físicas ou jurídicas dos Estados-parte não é obrigatória. Às partes cabe escolher entre o juízo arbitral ou submeter-se à jurisdição estatal do Estado-parte conforme legislação autóctone.

Quando as partes, como forma preventiva, convencionam que será pela arbitragem dirimida qualquer controvérsia que venha a ocorrer entre os contratantes, afastam totalmente a justiça estatal do caso, com isso as regras internas e internacionais de direito internacional privado, pois, desde que as partes não ofendam o ordenamento jurídico dos seus Estados podem optar pela legislação que entenderem melhor a seus interesses a serem solucionados por arbitragem.

---

[7] Ver artigo 19 do Acordo. As medidas cautelares poderão ser ditadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente. A solicitação dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral , nem implicará renúncia à arbitragem. 1 - A qualquer momento do processo, por petição da parte, o tribunal arbitral poderá dispor, por conta própria, as medidas cautelares que estime pertinentes, resolvendo, se for o caso, sobre a contracautela.

Mas, para elegerem a arbitragem, é necessário que as partes supram alguns requisitos: capacidade de contratar, que a lide verse sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles que podem ser transacionados, que não estão alienados, hipotecados, penhorados.

A convenção arbitral é autônoma com relação ao contrato-base. Assim sendo, mesmo que seja declarada a inexistência ou invalidade do contrato-base não implicará a nulidade da convenção arbitral.

Neste sentido, exige o artigo sexto do Acordo forma e direito aplicável à validade formal da convenção arbitral.

Vejamos:

> 1 - A convenção arbitral deverá ser escrita.
> 2 - A validade formal da convenção arbitral se regerá pelo direito do lugar de celebração.
> 3 - A convenção arbitral celebrada entre ausentes poderá concretizar-se pela troca de cartas ou telegramas com recebimento comprovado. As comunicações feitas por fax, correio eletrônico ou meio equivalente deverão ser confirmadas por documento original, sem prejuízo do estabelecido no número 5.
> 4 - A convenção arbitral celebrada entre ausentes se aperfeiçoa no momento e no Estado em que se recebe a aceitação pelo meio escolhido e confirmado pelo documento original.
> 5 - Se não se houverem cumprido os requisitos de validade formal exigidos pelo direito do lugar de celebração, a convenção será considerada válida se cumprir com os requisitos formais do direito de algum dos Estados com o qual o contrato-base tem contatos objetivos, de acordo com o estabelecido no art. 3, alínea b).

Competência para conhecer da existência e validade da convenção arbitral, o art. 8 do Acordo diz: “as questões relativas à existência e validade da convenção arbitral serão resolvidas pelo tribunal arbitral, de ofício ou por solicitação das partes”. E para tal observará o tribunal arbitral o Direito aplicável à validade intrínseca da convenção arbitral conforme determina o art. 7 do Acordo.

> 1 - A capacidade das partes da convenção arbitral se regerá pelo direito de seus respectivos domicílios.
> 2 - A validade da convenção arbitral, com respeito ao consentimento, objeto e causa, será regida pelo direito do Estado Parte, sede do tribunal arbitral.

A convenção arbitral inserida em um contrato deverá ser claramente legível e estar localizada em lugar razoavelmente destacado.

A convenção arbitral no Acordo em análise se evidencia pela cláusula compromissória tão somente. Mas o conhecimento de legislações internas que regulam a Arbitragem, no Brasil e Argentina, nos permite dizer que a Convenção Arbitral pode se evidenciar de duas maneiras: pela Cláusula Compromissória, ou pelo Compromisso Arbitral.

2.1 Cláusula Compromissória

A Cláusula Compromissória vem inserida em um contrato, ou pode ser colocada em apartada, nos contratos já existentes, mas a Cláusula Compromissória é uma cláusula contratual ou um contrato inserido em um contrato?

Para responder este questionamento se faz necessário observar a construção de uma cláusula compromissória. As partes devem ter muito cuidado no momento de redigirem uma Cláusula Compromissória, porque as mesmas podem ser classificadas de duas formas: vazias e cheias.

Vazias são aquelas que não definem o modo da arbitragem, o local, a instituição arbitral e ou entidade especializada, tampouco define o número de árbitros, se único ou tribunal.

Cheias são aquelas que trazem todos as informações necessárias para se ter conhecimento como, onde e de que forma será a arbitragem, ou seja, determina local, o nome da instituição arbitral e ou entidade especializada, quem será o árbitro ou árbitros e o procedimento arbitral que deverá ser adotado.

A redação dada a Cláusula Compromissória, deve transmitir a ideia e os princípios a serem seguidos pela Arbitragem, indicando o desejo real das partes envolvidas.

Neste sentido, comunga-se com o pensamento de John Rawls "o mérito da terminologia contrato é que ela transmite a idéia de que princípios da justiça podem ser concebidos como princípios que seriam escolhidos por pessoas racionais e que assim as concepções da justiça podem ser explicadas e justificadas"[8].

Portanto, pode-se afirmar que a Cláusula Compromissória é um contrato inserto no contrato e por esse motivo é autônoma, e mesmo que o contrato em que está inserta seja declarado nulo a Cláusula Compromissória permanecerá vigente.

2.2. Compromisso Arbitral

O Compromisso Arbitral é uma forma de convenção arbitral que não está contemplado no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, sob esta nomenclatura.

---

[8] RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, 2ª edição -Martins Fontes –2002, p. 18.

No Acordo, art. 2ª alínea “e” lê-se: “convenção arbitral": acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todas ou algumas controvérsias que tenham surgido ou possam surgir entre elas com respeito a relações contratuais. Poderá adotar a forma de uma cláusula compromissória incluída em um contrato ou a de um acordo independente

Logo, o acordo independente subentende-se como Compromisso Arbitral, denominação utilizada na legislação brasileira.

Analisemos esta forma de convenção arbitral que foi contemplada por legislações internas de arbitragem.

No Brasil, o art. 3º da Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem, contempla esta forma de convenção arbitral.

> Art. 3º As partes interessadas podem submeter à solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

O mesmo ocorre na Argentina, o art. 736 do Código Processual Civil e Comercial da Nação.

> Art. 736. Objeto del juicio. - Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el articulo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o despúes de deducida en juicio y cualquiera fuera el estado de éste. la sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o en un acto posterior.

Na República Oriental do Uruguay o art. 473.1 do Código Geral de Processo expressa:

> 473.1. En todo contrato o en acto postenor podrá estabelecerse que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse en juicio arbitral.

Na República do Paraguay o art. 777 do Código Processual Civil do Paraguay determina:

> Art. 777. Instrumentación. Todo acuerdo relativo al arbitraje podrá formalizarse por escritura pública o instrumento privado. También podrá hacerse por canje de cartas, telegramas colacionados o comunicaciones por télex u otros medios idóneos.

Por esses institutos legais o compromisso arbitral ocorrerá sempre que não houver acordo prévio, neste caso a parte interessada a dar início à arbitragem manifestará a outra parte sua intenção. Entende-se que o mesmo ocorrerá na eleição do acordo independente.

Há de ter-se muito cuidado ao confeccionar um contrato internacional de comercio para não deixar de privilegiar a arbitragem, e não inserindo a cláusula compromissória, observar que será possível o acordo independente. Não tendo este conhecimento e havendo

um litígio entre as partes contratantes necessariamente ter-se-a que submeter os conflitos advindos do contrato ao Juízo do Estado onde foi celebrado o contrato.

Para as legislações internas citadas, é possível buscar pela arbitragem mesmo quando já houver processos em andamento, na via judicial estatal, pois se for de interesse das partes que um árbitro solucione o conflito, as partes deverão manifestar sua vontade ao juiz, através de seus procuradores, e o juiz não julgará o mérito da causa, enviando o litígio à apreciação do árbitro escolhido pelas partes, ou a instituição arbitral.

3. Jurisdição Arbitral

Ao contratarem, a convenção arbitral para por fim a controvérsias de natureza patrimonial, as partes estão se utilizando de um sistema convencional para estabelecer uma jurisdição.

Neste sentido, manifesta-se Roque Caivano, a arbitragem "[...] é convencional por sua origem", pois surge de um contrato, e "[...] jurisdicional por sua função"[9] .

Importante e relevante o entendimento do termo jurisdição para que se possa compreender a mesma frente ao elemento estatal e da arbitragem.

Para Nilton Costa é imprescindível que se tenha claro o termo jurisdição, pois "o entendimento razoável do que seja jurisdição desvenda o mito do propagado monopólio jurisdicional nas mãos do Estado e justifica a existência cada vez mais necessária dos meios alternativos como opção ética e jurídica de resolução dos conflitos"[10] .

Jurisdição. Derivado do latim jurisdictio é ação de administrar a justiça, judicatura, formada das expressões jus dicere, júris dictio.

A princípio jurisdição quer dizer todo o poder ou autoridade conferido à pessoa, determinando a matéria que deve ser trazida ao seu conhecimento, bem como a extensão territorial em que o mesmo poder se exercita.

Não esquecendo que os cinco elementos que conformam a jurisdição são: notio, *vocatio, coertio, iudicium e executio,* elementos que se investem os juízes estatais no exercício de sua função.

---

[9] CAIVANO, Roque J., Arbitragem Comercial Internacional, LTr, 1997, p. 17.
[10] COSTA, Nilton C. Antunes – Poderes do Árbitro, 2002, p. 59. Editora Revista dos Tribunais.

Muito embora a natureza privatista dos contratos de comércio internacional, e a falta dos elementos de *coertio e executio* do árbitro, prevalece o caráter jurisdicional da arbitragem, entre os doutrinadores[11].

Esta faculdade limitada que tem os árbitros, comparando com a dos juízes estatais, no exercício de sua atividade como assinala Fenochieto Arazi, " carecem de *império*,que compreende a *coercio* e *executio*, porém tem a *iudicium*, essência determinante da jurisdição"[12]

Naturalmente, é uma jurisdição privada, não sendo mantida pelo Estado e nem contendo a obrigatoriedade da justiça Estatal comum. Serão as partes que assumindo as despesas (pagamento de árbitros, contratações de peritos, etc.) proporcionarão a atuação do juízo arbitral.

Outro fator interessante se evidencia e reflete a natureza jurisdicional da arbitragem se observa nas legislações internas dos Estados-parte, demonstrando que embora o árbitro não detenha o poder de coerção nem de execução, quando requerer o auxílio do juízo estatal o mesmo tem o dever legal de prestar de forma rápida e eficaz o auxilio jurisdicional para o processo arbitral. Vejamos o que diz a legislação da Argentina:

> Art. 753. Medidas de ejecución - Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

A República do Paraguai, pela simples leitura da legislação parece que a própria lei interna estabelece a jurisdição arbitral, vejamos o art. 785.

> Facultades
> De conformidad con el art. 2, párrafo 9 de la Ley 879, Código de Organización Judicial, constituído el tribunal, quedará investido de potestad jurisdiccional. Podrá antes de dictar el laudo, intentar la conciliación de las partes.
> Estará además facultado para resolver tanto las cuestiones incidentales como las conexas ; así como ordenar y resolver todo lo relativo a la instrucción de la causa.
> Las diligencias de prueba podrán ser encomendadas en los tribunales pluripersonales, a cualquiera de sus miembros, el cual deberá resolver todo lo relativo a la instrucción de la causa.
> Las diligencias de prueba podrán ser encomendadas, en los tribunales pluripersonales, a cualquiera de sus miembros, el cual deberá resolver en el acto las incidencias que se susciten con motivo de su diligenciamiento.

---

[11] Observar os doutrinadores: Carlos Alberto Carmona, A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro, Ed. Malheiros 1993. Adolfo Armando Rivas. El Arbitraje em El Derecho Argentino, in Revista de Processo nº 45 ano 1987.

[12] Op cit. PUCCI, Adriana Noemi, El Arbitraje em los Países Del Mercosur, in A Arbitragem na Era da Globalização. Ed. Forense. , p125.

No Brasil o arbitro é equiparado ao juiz togado e aos funcionários públicos devendo agir "[...] com independência, discrição, imparcialidade, diligência e competência [...]"[13] , sob pena de ser responsabilizado criminalmente, de acordo com o artigo 17 da Lei 9.307/96. Mas não ressalva a jurisdição arbitral, o que permite várias interpretações doutrinárias.

O Acordo em comento, como na legislação brasileira, no art. 16, inciso 3 - No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com probidade, imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

Quanto as medidas cautelares depreende-se do art. 19 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul que as medidas cautelares poderão ser ditadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente. A solicitação dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral nem implicará renúncia à arbitragem.

> 1 - A qualquer momento do processo, por petição da parte, o tribunal arbitral poderá dispor, por conta própria, as medidas cautelares que estime pertinentes, resolvendo, se for o caso, sobre a contracautela.
> 2 - Estas medidas, quando forem ditadas pelo tribunal arbitral, serão instrumentalizadas por meio de um laudo provisional ou interlocutório.
> 3 - O tribunal arbitral poderá solicitar, de ofício ou por petição da parte, à autoridade judicial competente, a adoção de uma medida cautelar.
> 4 - As solicitações de cooperação cautelar internacional editadas pelo tribunal arbitral de um Estado Parte serão remetidas ao juiz do Estado da sede do tribunal arbitral para que este juiz a transmita para seu diligenciamento ao juiz competente do Estado requerido, pelas vias previstas no Protocolo de Medidas Cautelares do MERCOSUL, aprovado pela Decisão Conselho do Mercado Comum N.º 27/94. Neste caso, os Estados poderão declarar no momento de ratificar este Acordo, ou posteriormente, que, quando seja necessária a execução dessas medidas em outro Estado, o tribunal arbitral poderá solicitar o auxílio da autoridade judicial competente do Estado em que se deva executar a medida, por intermédio das respectivas autoridades centrais ou, se for o caso, das autoridades encarregadas do diligenciamento da cooperação jurisdicional internacional.

O conceito de jurisdição não tem sido desenvolvido pela doutrina brasileira, no sentido de acompanhar a evolução que o instituto vem sofrendo nos ordenamentos mais modernos. “Ainda estamos sob a influência estática da noção chiovendiana de jurisdição, de atuação da lei no caso concreto e função estatal substitutiva da vontade das partes. [14]

---

[13] MARTINS Pedro A. B., A Arbitragem na Era da Globalização 1997, 1997, p.39.

[14] NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 67.

Nelson Nery Junior[15] para melhor esclarecer o que é jurisdição faz uma breve análise da Constituição Federal Brasileira em seus art. 52; 71 II e VIII, e 73 que determina respectivamente, privativamente ao Senado Federal compete processar e julgar Presidente, Vice Presidente, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procuradores e Advogados Geral da União nos crimes de responsabilidade; o Tribunal de Contas compete julgar contas dos administradores; que o Tribunal de Contas da união tem jurisdição em todo o território nacional, concluindo que:

> Além do Poder Judiciário, outros órgãos do Estado podem exercer o poder jurisdicional. Isto ocorre, por exemplo, quando o Senado Federal julga o presidente da república por crime de responsabilidade (art.52,n I, CF). Em alguns sistemas se atribui ao Poder Executivo o exercício de parcela da atividade jurisdicional, por meio de contencioso administrativo.

Disto se pode concluir, primeiramente, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário.

Assim, após breve análise, pode-se dizer que a jurisdição arbitral é o poder-dever que tem o árbitro que foi investido na condição de juiz arbitral e incumbido de dizer o direito ou o costume das partes, diante de um caso concreto, de forma definitiva, na busca da composição justa e equânime dos conflitos.

As partes sendo capazes e o direito sendo disponível, não se justificam o monopólio estatal para dizer o direito, mesmo porque, como diz Giovanni Verde[16]

> A experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e, talvez, não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juízes.

A jurisdição arbitral, portanto, está onde está o desejo das partes em solucionar o conflito, não está condicionada ao espaço territorial ou a competência do local.

3.1 Poderes do Árbitro

O instituto da arbitragem como se apresenta, ainda é novo e desconhecido por uma grande maioria da sociedade privada e para os operadores do direito.

---

[15] NERY JUNIOR, Nelson; AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Arbitragem : conceito e pressupostos de validade : de acordo com a lei 9.307-96. Novembro/2006.

[16] VERDE, Giovanni - Arbitrato e giurisdizione. L'arbitrato secondo la Legge 28/1983 Napoli: Jovene, 1985, p.168.

Os procedimentos ainda necessitam de adequação às situações diárias, a rotina arbitral e os julgados arbitrais, estão aos poucos criando jurisprudências, que futuramente serão normalmente aceitas.

É lógico que para este fim deve-se caminhar muito e ser infinitamente comprometidos com a ética, com as partes e com a lei.

A prática da arbitragem demonstra que o Árbitro dispõe de poderes de resolução total dos conflitos a ele confiados, no que tange ao chamado processo de conhecimento, podendo para tanto inquirir testemunhas, determinar perícias, fazer todo e qualquer tipo de diligência.

No Brasil embora o art.18 da Lei Federal 9.307/96 disponha que "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário" , o Árbitro, ainda tem poderes limitados, não tem poder de coerção, e ou de execução de suas decisões, mas tem o poder de medidas cautelares, "As medidas cautelares poderão ser ditadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente" é um grande avanço percebido no Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, já que no direito interno do Brasil e da Argentina, ainda não se tem este respaldo legal

É um inconveniente não ter poder de coerção, mas lógico por outro lado, porque se coercitiva a arbitragem perde seu princípio fundamental, que é a livre vontade das partes.

A prática e a ética dos profissionais ligados a arbitragem permitirão uma maior flexibilização da lei.

3.2 Da Instituição Arbitral

Quando se diferencia entidade arbitral e ou instituição arbitral, se faz por força do Acordo[17].

Entidade arbitral será aquela especializada, p. ex, conflitos ambientais arbitrados por uma entidade ambiental; Câmaras de Conciliação Prévia, formada nos Sindicatos, para dirimirem conflitos trabalhistas.

Instituição arbitral, é aquela composta por vários árbitros, sujeita a regras (regimentos e regulamentos internos) e pode-se denominá-las de Câmara, Tribunal Arbitral ou qualquer nome acompanhado dos termos Mediação e ou Arbitragem.

Há diversas instituições de arbitragem atuando no cenário internacional e nacional, algumas famosas: a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), a

[17] - art. 12 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.

Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA), a Associação Americana de Arbitragem (AAA), a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio do Mercosul, entre outras.

Não se pode esquecer que todas as entidades são independentes dos governos dos países onde se encontram suas sedes.

3.3 Procedimento Arbitral

Considera-se instituída a Arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários. Vejamos o que diz o Acordo:[18]

> Na arbitragem institucional o procedimento se iniciará conforme o que disponha o regulamento ao qual as partes se tenham submetido. Na arbitragem 'ad hoc' a parte que pretenda iniciar o procedimento arbitral intimará a outra na forma estabelecida na convenção arbitral.

O Árbitro a partir do momento em que é nomeado, ou aceito por ambas as partes, conforme a legislação brasileira[19] passa a ser juiz de fato e de direito àquelas pessoas, respondendo cível e criminalmente por todos os atos que fizer e que cause prejuízos a elas.

No entanto, frente às partes que estiverem compromissadas, o Árbitro pode exigir o respeito e usar das prerrogativas da função, determinando o cumprimento de todos os atos que acreditar necessários ao deslinde do conflito. O árbitro tem fé pública, aquelas partes.

Verifica-se o quanto o legislador brasileiro foi prudente, ora, se um leigo pode ser investido de poderes, deverá responder igualmente pelo mau uso do mesmo.

O Árbitro deve seguir alguns princípios de comportamento no desempenho da função, ou seja, ser imparcial tendo compromisso com a verdade; deve ser independente não tendo qualquer ligação com as partes, não pode estar vinculado as partes; deve ter competência, demonstrando às partes que é capaz de resolver a demanda; deve ser diligente examinando todo os pormenores que envolvem o caso; deve ser discreto, ou seja, deve abster-se de comentar processos que tenha tido conhecimento através da arbitragem.

Frise-se, o Árbitro só é Juiz de fato e de direito, perante as partes que firmaram o compromisso arbitral, e continua nesta condição até o encerramento da arbitragem ou pela sentença ou por outras condições do art. 24 do Acordo.

> A arbitragem terminará quando for ditada a sentença ou laudo definitivo, ou quando seja determinado o encerramento da arbitragem pelo tribunal arbitral caso:

---

[18] - art. 15.
[19] - art. 18 da Lei 9.307/96.

> a) as partes estejam de acordo em terminar a arbitragem;
> b) o tribunal arbitral constate que o procedimento arbitral se tornou, por qualquer razão, desnecessário ou impossível.

No Brasil por força da Lei de Arbitragem, 9.307/96, estende-se esta condição por 90 (noventa) dias após o árbitro ou tribunal ter proferido sua sentença.

Na Justiça Arbitral, não existe revelia, as partes, desde que não tenham acordo prévio - cláusula compromissória sempre poderá recorrer ao Judiciário Estatal.

Quando já tiver sido convencionada a arbitragem, pela inserção de cláusula compromissória - cheia, se uma das partes, resistirem à arbitragem, o Árbitro, a pedido da parte, reportar-se-á ao Juiz estatal requerendo a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. Nesta audiência, o juiz estatal só poderá homologar acordo, não ocorrendo, o compromisso arbitral é lavrado, em juízo estatal, e passa ao árbitro o dever de julgar o feito.

A revelia citada na Lei[20], difere totalmente da revelia imputada na Justiça Estatal – Se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão verdadeiros os fatos afirmados pelo autor[21].

Na Arbitragem a "revelia" só é aplicada no tramite processual, ou seja, após ter as partes terem assinado o compromisso arbitral se, uma delas não mais comparecer ou manifestar-se para instrução processual, não impedirá que o árbitro profira a sentença arbitral, mas sempre nos limites do Compromisso Arbitral, e nunca pelo pedido inicial – protocolo ou petição inicial - do autor.

O árbitro Ad hoc ou institucional, no Acordo em análise, poderá ditar medidas cautelares, vejamos o que diz o art. 16:

> As medidas cautelares poderão ser ditadas pelo tribunal arbitral ou pela autoridade judicial competente. A solicitação dirigida por qualquer das partes a uma autoridade judicial não se considerará incompatível com a convenção arbitral , nem implicará renúncia à arbitragem.

Na legislação interna do Brasil e Argentina as medidas coercitivas necessárias ou medidas acautelatórias não são de competência dos Árbitros a determinação, mas, poderão solicitar, de ofício ou a requerimento da parte ao Poder Judiciário que as concedam.

O trabalho diário com a arbitragem nas lides do cotidiano, demonstram que, muitas vezes, o árbitro precisa socorrer-se no judiciário para que possa ver cumprida sua ordem. Parece estranho, mas se exemplifica, no caso das partes oferecerem como garantia um veículo, pelo não cumprimento da obrigação de dar ou fazer, nasce a necessidade de buscar o

[20] - art. 22 da Lei Federal 9.307/96.
[21] -art. 319 do Código de Processo Civil Brasileiro.

bem dado em garantia, e, sem o poder de coerção, não pode o árbitro agir só, mas com o amparo do judiciário, vê cumprida sua determinação.

O mandado de busca e apreensão é expedido pelo Juiz Arbitral, que pede através de precatória, que o Juiz Estadual determine que o Oficial de Justiça, cumpra sua determinação.

Vejam, é o Poder Judiciário auxiliando a função jurisdicional do árbitro.

As Tutelas antecipadas, ao contrário, desde que o Árbitro tenha junto aos autos provas suficientes ao seu convencimento, "... prova inequívoca e verossimilhança.." [22] da alegação, com relação aos fatos narrados pelo requerente, e estando antecipadamente instituída a arbitragem[23], poderá o Árbitro deferir a tutela antecipada, ou seja, antecipar total ou parcialmente a sua sentença. Sempre dentro dos limites legais e de sua competência.

A sentença arbitral é irrecorrível, embora, dela pode a parte insurgir-se requerendo: primeiro a sua complementação, oferecendo no prazo de cinco dias "Embargos de Declaração" ao Juiz Arbitral; segundo sua nulidade, em ação própria na justiça estatal; mas nunca sua reforma.

Para legislação brasileira o prazo de noventa dias é o prazo máximo que qualquer uma das partes envolvidas no processo arbitral tem após ter sido proferida a sentença para requerer em Juízo estatal a nulidade da mesma. Os fundamentos exigidos a procedência ao pedido de nulidade da Sentença Arbitral, são a falta de cumprimento dos requisitos exigidos na Lei de Arbitragem. [24]

No âmbito do Mercosul, o art. 22 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul lê-se que a petição de nulidade do laudo ou sentença arbitral será encaminhada para a autoridade judicial do Estado sede do tribunal arbitral, logo, único competente a declara a nulidade.

Suscita-se a nulidade quando: a) a convenção arbitral seja nula; b) o tribunal tenha sido constituído de modo irregular; c) o procedimento arbitral não esteja em conformidade com as normas do Acordo, com o regulamento da instituição arbitral ou com a convenção arbitral, conforme o caso; d) não tenham sido respeitados os princípios do devido processo legal; e) tenha sido ditado por pessoa incapaz para ser árbitro; f) refira-se a uma controvérsia não prevista na convenção arbitral; g) contenha decisões que excedam os termos da convenção arbitral.

---

[22] - art. 273 do CPC.
[23] Cláusula Compromissória
[24] - arts. 26 e 32 da Lei Federal 9.307/96

Julgada procedente a anulatória[25], volta ao "status quo ante" da nulidade, permanecendo a convenção arbitral[26], será proferida nova sentença arbitral.

A parte também pode insurgir-se contra a Sentença Arbitral no momento do processo de execução, e como é título executivo judicial somente através de Impugnações.

Para que à parte, através de seu advogado, busque o cumprimento da sentença arbitral no Judiciário, necessitará da Sentença Arbitral, título executivo judicial e do Compromisso Arbitral[27].

4. Executividade das Sentenças/Laudos Arbitrais Internacionais.

Existe diferença entre laudos arbitrais e sentenças arbitrais? Sobre este questionamento muito usual no meio acadêmico e jurídico esclarece Adriana Noemi Pucci[28], que algumas legislações dos Estados-parte, assim como algumas convenções internacionais sobre o tema, denominam o laudo de sentença arbitral, como uma forma de mostrar que o laudo arbitral goza de efeitos que a sentença proferida pelo juiz estatal.

A lei Argentina denomina a decisão arbitral de laudo[29]. No Brasil denomina-se de sentença arbitral[30]. A legislação Uruguaia e Paraguaia também se refere à decisão dos árbitros como laudos.

A Convenção de New York de 1958 – Convenção sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeira. A Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, no Panamá ressalva em seu art. 4 "Las sentencias o laudos arbitrales no impugnables..." . Demonstra-se desta forma que a denominação a decisão final proferida por um ou mais árbitros não tem uma denominação de senso comum, mas independente do nome – laudo ou sentença- será título executivo.

Execução do laudo ou sentença arbitral estrangeiro está regulamentado no art. 23 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.

Para a execução do laudo ou sentença arbitral estrangeiro se aplicarão, no que for pertinente, as disposições do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial,

---

[25] - art. 22, inciso 3 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.
[26] - art. 22, inciso 4 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul.
[27] - art 475 N, IV do CPC
[28] PUCCI, Adriana Noemi, op cit. p.133
[29] Art. 754 del CPCyCN – "Si lãs partes no hubiesen establecido El plazo dentro Del cual debe pronunciarse El laudo, lo ....."
[30] Art. 18 da Lei 9.307/96

Trabalhista e Administrativa do MERCOSUL, aprovado por decisão do Conselho do Mercado Comum N.º 5/92,

> ARTIGO 19. - O reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais solicitado pelas autoridades jurisdicionais poderá tramitar-se por via de cartas rogatórias e transmitir-se por intermédio da Autoridade Central, ou por via diplomática ou consular, em conformidade com o direito interno.
>
> Não obstante o assinalado no parágrafo anterior, a parte interessada poderá tramitar diretamente o pedido de reconhecimento ou execução de sentença. Em tal caso, a sentença deverá estar devidamente legalizada de acordo com a legislação do Estado em que se pretenda sua eficácia, salvo se entre o Estado de origem da sentença e o Estado onde é invocado, se houver suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade.

e a Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevidéu de 1979,

> Artigo 2
>
> As sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o artigo l terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes, se reunirem as seguintes condições:
> a) se vierem revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de onde provenham;
> b) se a sentença, o laudo e a decisão jurisdicional, e os documentos anexos que forem necessários de acordo com esta Convenção, estiverem devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado onde devam surtir efeito;
> c) se forem apresentados devidamente legalizados de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito;
> d) se o juiz ou tribunal sentenciador tiver competência na esfera internacional para conhecer do assunto e julgá-lo de acordo com a lei do Estado onde devam surtir efeito;
> e) se o demandado tiver sido notificado ou citado na devida forma legal de maneira substancialmente equivalente aquela admitida pela lei do Estado onde a sentença, laudo e decisão jurisdicional devam surtir efeito;
> f) se se tiver assegurado a defesa das partes;
> g) se tiverem o caráter de executáveis ou, conforme o caso, se tiverem passado em julgado no Estado em que houverem sido proferidas;
> h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que se pedir o reconhecimento ou o cumprimento.

A legislação interna dos Estados-parte do Mercosul, seguem o Modelo da UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional, para classificar o laudo/sentença arbitral.

Na lei 9.307/96 do Brasil é considerada sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional. Nesta legislação, no Capítulo VI, artigos 34 a 40, fica estabelecido que para homologação das sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, para fins de execução pela justiça brasileira a competência é do Superior Tribunal de Justiça (Emenda Constitucional n.º 45/2004 (art. 105, I "i" da CF).

Por meio da Resolução nº 9 de 4 de maio de 2005, o Presidente do STJ, resolve que ficam criadas as classes processuais de Homologação de Sentença Estrangeira e de Cartas Rogatórias no rol dos feitos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça; a homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados; A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente; Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública. A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória. Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução. Ver anexo I.

> Ementa
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. NACIONALIDADE. DETERMINAÇÃO. CRITÉRIO TERRITORIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF.
> 1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial.
> 2. A execução, para ser regular, deve estar amparada em título executivo idôneo, dentre os quais, prevê o art. 475-N a sentença arbitral (inciso IV) e a sentença estrangeira homologada pelo STJ (inciso VI).
> 3. A determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme o disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.311/02,
> razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira.
> 4. No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (ius solis) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96).
> 5. Na espécie, o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade dessa sentença, que permanece brasileira.
> 6. Sendo a sentença arbitral em comento de nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, IV, do CPC e 31 da Lei da Arbitragem, título executivo idôneo para embasar a ação de execução da qual o presente recurso especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte.
> 7. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida à e-STJ fl. 60.

A sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro será executada por carta de sentença, no Juízo Federal competente. A carta rogatória, depois de concedido o exequatur, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora assunto vastíssimo se considerado a gama de Tratados, Convenções e Acordos sobre contratos de comércio internacional, é relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, considerando que também é recente e ainda em processo de conclusão a Integração dos Estados-parte do Mercosul. Motivo que nos faz concluir que há muito ainda que ser estudado e compreendido sobre os temas de arbitragem internacional, execução de sentença arbitral internacional. E muito embora sejam muitas nuances de pesquisa, pois são muitas legislações internacionais a serem observadas ainda não se pode esquecer das legislações internas de cada Estado-parte.

Dentro do que se propôs pode-se concluir que existe uma vontade política em promover resolução com celeridade e eficácia as sentenças estrangeira surgidas de desacordo comercial internacional entre particulares pessoas física e ou jurídica, bem como as legislações internas se adéquam a tal fim.

Contudo, muito embora a Lei de Arbitragem vigente no ordenamento brasileiro do qual vivenciamos, que é um mecanismo de acesso a justiça, um método apropriado à resolução dos mais diversos tipos de conflitos, é uma lei de fácil aplicação prática, pois o legislador teve a preocupação de aprovar um texto de lei onde se encontra todo o procedimento a ser seguido, mesmo assim não é usual no Brasil o instituto da Arbitragem.

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL assim como a legislação interna sobre arbitragem no Brasil é desconhecido por a grande maioria dos operadores do direito.

A pesquisa acadêmica de integração é a melhor forma de amenizar o desconhecimento sobre o tema – Arbitragem- ao nível internacional e interno.

Referência Bibliográfica

BRASIL, Código Civil Brasileiro. Saraiva, 2011.

CAIVANO, Roque J., Arbitragem Comercial Internacional, LTr, 1997.

COSTA, Nilton C. Antunes – Poderes do Árbitro, 2002. Editora Revista dos Tribunais.

GARCEZ, José Maria Rossani. Coord. A Arbitragem na Era da Globalização; autores, Adriana Noemi Pucci.. (ET al.). Rio de Janeiro. Forense, 1999.

NELSON NERY JUNIOR - AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade : de acordo com a lei 9.307-96. Nov./2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 67.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça, 2ª edição -Martins Fontes –2002, p. 18.

TEIXEIRA E ANDREATTA, A Nova Arbitragem. Sintese,1997.

VERDE, Giovanni - Arbitrato e Giurisdizione. L'arbitrato secondo la Legge 28/1983 Napoli: Jovene, 1985.

Referências on line.

Código Procesal Civil Y Comercial De La Nación Argentina. Disponível em: <http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/iniciocpcc.htm. Acesso em Jan/2012.

Código Procesal Civil da República Del Paraguay. Disponível em < http://www.iberred.org/pt/node/222. Acesso em Jan/2012.

STJ – Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/368/Res_9_2005_original.pdf?sequence=4. Acesso em Jan/2012.