

Complexidade do sistema da lei de arbitragem brasileira N.º 9.307, de 23 de setembro de 1996: Sistema estatal nem sempre se mostra aberto ou acessível

Vale a pena litigar quando se pode optar pela arbitragem?

Complexity of the Brazilian arbitration law system No. 9,307, of September 23, 1996: State system is not always open or accessible Is it worth litigating when you can opt for arbitration?

Salomao Lopes Teixeira

Analista Judiciário da Seção Judiciária no Ceará

RESUMO

O presente estudo analisa a Lei nº 9.307/1996, que instituiu a arbitragem no Brasil, destacando sua relevância no cenário jurídico e econômico nacional e internacional. A lei surge como resposta às deficiências do processo judicial tradicional, marcado pela morosidade, altos custos, desigualdade entre as partes e baixa efetividade no cumprimento das decisões. A arbitragem apresenta-se como alternativa, conferindo maior celeridade, flexibilidade e autonomia às partes. Todavia, persiste a tensão entre a autonomia da vontade dos litigantes e a necessária intervenção judicial, o que confere à norma um caráter de instabilidade. O trabalho busca discutir essas contradições a partir de fundamentos teóricos e reflexões desenvolvidas em curso de doutoramento em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidad del Museo Social Argentino.

Palavras-chave: Arbitragem; Processo judicial; Lei nº 9.307/1996; Autonomia da vontade; Intervenção judicial.

ABSTRACT

This study analyzes Law No. 9,307/1996, which established arbitration in Brazil, highlighting its relevance in the national and international legal and economic contexts. The law emerges as a response to the deficiencies of traditional judicial proceedings, characterized by excessive delays, high costs, inequality between the parties, and low effectiveness in enforcing decisions. Arbitration is presented as an alternative, offering greater speed, flexibility, and autonomy to the parties. However, tensions remain between the autonomy of the litigants' will and the need for judicial intervention, which gives the law an unstable character. This paper discusses these contradictions based on theoretical foundations and reflections developed during a doctoral course in Legal and Social Sciences at the Universidad del Museo Social Argentino.

Keywords: Arbitration; Judicial process; Law No. 9,307/1996; Party autonomy; Judicial intervention.

1. INTRODUÇÃO

Inegáveis são os avanços trazidos com essa lei. Sua importância emerge do fato de oferecer respostas aos reclamos da expansão econômica, a cada dia mais exigente nas relações do Brasil, internamente ou com países e instituições estrangeiras.

A exigência pode ser justificada a partir de mazelas observadas no processo judicial comum, dentre as quais poderíamos elencar: demora exagerada desse processo; seus custos elevados e desigualdade brutal de tratamento dado às partes, em vista da situação material vivida pela sociedade ocidental, em que as armas em jogo favorecem mais aos poderosos.

Também incomoda muito no processo tradicional o fato de as decisões proferidas não serem no seu todo cumpridas. Dentre as razões levantadas para que tal fato ocorra, figura a de que as partes alegam que a decisão não proveio de acordo entre elas, com o acréscimo negativo de que o julgador, no caso um juiz, não foi o de sua escolha e, portanto, de sua confiança.

A arbitragem tenta fazer contraponto a esses fatores, nos moldes delineados na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Contudo, existem críticas assacadas contra tal diploma, decorrentes do fato de haver em seu bojo algo que a faz qualificada como de “corda bamba”. Explicamos: ela oscila o tempo todo, entre a autonomia conferida às partes em litígio e a necessidade de intervenção judicial.

É o que tentaremos demonstrar neste trabalho, a partir de considerações teóricas que o tema oferece, quanto (principalmente) de observações levadas a efeito em curso de doutoramento ministrado pela Dra. Graciella Torales, no posgrado em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade del Museo Social Argentino, por ocasião do 2º módulo do curso, realizado em janeiro e fevereiro de 2010.

2. A LIBERDADE DE CONTRATAR

A lei 9.307/96 traz no art. 1º a noção do instituto, embora sem o definir. Preconiza que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.¹

A arbitragem é assim definida nas palavras de Lília Sales: “Procedimento no qual as partes elegem um árbitro para solucionar as divergências. Na arbitragem, ao contrário da negociação e da mediação, as partes não possuem o poder de decisão, o qual se encontra a cargo do árbitro”.²

Citada por Sales, Ariana Bruscatto complementa: “O instituto da arbitragem veio preencher uma lacuna jurídica de alternativas válidas para a solução de questões, com maior celeridade e efetividade da Justiça, como bem da vida”.³

Muitas são as passagens, ao longo do corpo da lei mencionada, hábeis a formar o entendimento do pesquisador quanto a se encontrar frente a diploma garantidor de liberdade. Tomamos o termo como sinônimo de autonomia e buscamos no texto legal sinais comprovadores desse fenômeno. A ideia inicial com que nos deparamos aponta para uma vida própria (independente) desta lei.

¹ Lei 9.307/96, conforme texto publicado no Diário Oficial da União, de 24.9.1996.

² SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41.

³ BRUSCATO, Wilges Ariana. A figura do juiz privado. Disponível em: <http://www.wilges.com.br/arbitro.htm>. Acesso em: 17.6.2010, p. 1.

Confirmando essa liberdade, lemos no art. 2º, § 1º, a expressão “escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem” como item que vai solidificando nas partes interessadas a força do instituto.

O percurso da liberdade atinge um ponto em que se divide em dois caminhos. É preciso minudenciar o Juízo Arbitral, tomando para tanto o art. 3º da lei, que ramifica a Convenção de Arbitragem em: Cláusula Compromissória e Compromisso Arbitral.

A cláusula compromissória rege litígio futuro, portanto que ainda não existe quando do acerto dessa cláusula.

Já o compromisso arbitral rege um litígio já existente, uma questão presente, já formada.

A primeira forma de convenção é feita por contrato escrito. Já a segunda pode ser feita por termo nos autos (quando judicial) ou por escrito particular (quando extrajudicial).

A lei continua seu passo de altivez e autonomia e assim chega ao art. 5º, que na esteira de princípios anteriormente postos, confirma que “a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras”.

Quais regras? As escolhidas pelas partes, é claro.

Mas chegamos ao art. 6º. Há aqui o começo de um verdadeiro reboiço ou, se quisermos designar de outro modo, uma reviravolta na maneira autônoma de consideração desta lei.

O que ocorre?

Há expressa referência de procura ao Poder Judiciário para ajudar na solução da temática arbitral. Quem o diz é o **parágrafo único, verbis**:

Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Os modos de proceder da Arbitragem se misturam aos modos do Judiciário. E então vemos o art. 7º e seus §§ 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º e 7º referirem-se aos termos “citação”, “juiz”, “audiência”, “instrução de pedido”, “julgamento de mérito” e quejandos que vão dando outra cor à roupagem inicial desta lei.

Daí por diante, a autonomia de tratamento desenhada para os litígios vai cedendo o passo à dependência do sistema judicial.

3. O QUE DIZER DO PROCEDIMENTO?

A instituição da arbitragem leva ao entendimento de que as partes são livres para escolher as regras. Estas, uma vez escolhidas e firmadas, passam a obrigar as partes. Mais um

aspecto de complexidade. Antes de acordada a arbitragem, há ampla liberdade. Feita a opção pelas regras, sobrevém a obrigatoriedade e, pois, a vinculação das partes ao acordado.

Esse aspecto é decorrência da noção mesma do instituto da arbitragem. É que nesse âmbito, o árbitro é escolhido pelas partes (liberdade); já no sistema judicial, ao contrário, é dado pelo próprio regramento um juiz ao caso, geralmente de acordo com regras de competência distribuída por matéria (assunto do litígio), lugar de ocorrência dos eventos discutidos ou em razão das pessoas litigantes.

Seja como for, visualiza-se na arbitragem uma margem de liberdade, pois propicia a escolha do julgador aos contendores. Já o sistema judicial, por seu turno, impõe um julgador à causa.

O art. 21, no § 1º da lei em estudo, dispõe que “Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou tribunal arbitral discipliná-lo”.

Aqui, observa-se nova face da liberdade. A arbitragem que por si já configura uma liberdade conferida à solução de litígios, comporta como que uma subespécie de liberdade. As partes são livres para optarem pelo procedimento. Entretanto, não o fazendo, passa a pertencer ao árbitro tal opção. É dizer: não exercida a autonomia pelas partes, exerce-a, nesse tocante, o árbitro.

Ainda no art. 21, § 2º, há a previsão de que “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

Será que tais princípios de contrariedade, igualdade e imparcialidade são observados no Poder Judiciário?

Já tivemos a oportunidade de participar de várias audiências perante o sistema estatal. A começar pela forma como são dispostos os integrantes da audiência na sala a tal destinada, pode-se perceber quão criticáveis se apresentam na prática do fórum as noções referidas.

A simples maneira como os participantes se posicionam em torno da mesa dos trabalhos passa a desmentir a igualdade de tratamento. Normalmente, o juiz adona-se da cabeceira da mesa, que é o mais das vezes quadrada ou quadrangular, deixando aos demais o que sobrar dela. Às vezes se põe tão distante de uma parte, que dificulta olhar para ela ou até ouvi-la.

Nessa mesma esteira de formalidades, obedece-se a ritos que sufocam os participantes. Há hora de apregoação, de sentar-se e de exposição dos assuntos. Quando o juiz está com a palavra, é ofensa grave para a maioria deles a intromissão de quem quer que seja. Sob o argumento de que a hierarquia da autoridade lhe dá ares de sabedoria, é “proibido” atrapalhar-lhe o discurso ou fazer-lhe naquele instante alguma observação.

Em casos tais, pode acontecer de alguma ideia advinda da parte, testemunha, participe no embate, não prosperar, mesmo percebida útil ao depois, simplesmente por não convir sua manifestação para o ensejo. A contenção é imposta pelo sistema judicial, com seu formalismo exagerado, que, deixando de olhar para a solução do problema levado ao sistema, elenca o sistema como mais relevante que o problema a ser tratado.

A arbitragem opta por colocar o árbitro no centro da mesa, dispondo os participantes em equidistância do centro. Uma mesa redonda é bem apropriada para esse fim. Os diálogos, se respeitosos, podem ser intercalados e interrompidos, porquanto o que se quer, pelo espírito dos litígios, é a solução destes (e que realmente devem interessar) muito mais que o paletó do julgador (como se veste), e o cargo que ocupa (juiz ou desembargador ou membro de tribunal de última instância).

No mesmo art. 21, § 4º, o sistema arbitral copia o sistema judicial, ao dizer: “Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes...”.

Não haveria sentido, tratando-se como é o caso de um sistema que tenta focar e estimular a autonomia da vontade, fossem impedidas as partes de conciliar. Mais do que no sistema judicial, a arbitragem pode levar a verdadeiros acordos. A experiência nos tem mostrado que perante o fórum o que se tem, o mais das vezes, é algo que não podemos designar, autenticamente falando, de acordo. Os chamados conciliadores, antes mesmo de apregoarem as partes para a audiência, indagam a elas sobre a possibilidade de composição. Daí por diante, o que se tem visto é um festival de insanidades que o sistema estatal deveria coibir e não estimular.

Digamos que as partes concordem, de logo, com a ideia de pôr fim à disputa. Nesse caso, tudo bem. Lavra-se de imediato o termo respectivo e se encerra sem problemas o processo. Mas há casos, e não são poucos, em que uma das partes se nega a aceitar o acordo, e o conciliador, por sua vez, insiste até insultuosamente para dissuadi-la.

Tal ação é perigosa por vários motivos. Em primeiro lugar, não é papel de conciliador forçar quem quer que seja a concordar com o que não deseja. Depois, muito mais perigoso que forçar alguém é incutir-lhe medo. Sim, há “conciliador” que assombra a parte, asseverando-lhe que “se não fizer o acordo, pode vir a perder a questão”, que “o processo é longo; mesmo que ganhe a causa, poderá não estar vivo para receber o pagamento dela conseqüente...”.

E nem valem argumentos da parte no sentido de demover o conciliador, nessas horas. Suas respostas são preparadas a situações até ilógicas, como, por exemplo, quando a parte lhe diz “O tribunal tem jurisprudência consolidada a me favorecer nesse caso”, quando então ele responde “É, mas poderá mudar de entendimento!”.

A lição que fica disso tudo é que a liberdade do sistema judicial, mesmo em se tratando de conciliação, é criticável. Pode-se e deve-se buscar outro sistema de solução de litígios em que o instituto da conciliação seja mais respeitado. Não se deve fazer acordo pelo simples acordo, tampouco porque o conciliador o tenha imposto. Acordo deriva de vontade livre, não de imposição.

O § 2o do art. 22 da lei em foco talvez seja, dentre todos os dispositivos do diploma arbitral, o que mais complexidade nos enseja como pesquisador. Vejamos o seu teor:

Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

Se considerada a dificuldade prática a envolver o comparecimento de litigantes e testemunhas a audiências onde se discutam quaisquer controvérsias humanas, poderíamos, somente pela leitura do presente dispositivo, perceber o sistema de arbitragem como incapaz de resolver os assuntos para os quais é chamado.

E esta é uma característica que leva muitos analistas (principalmente integrantes do Poder Judiciário) a não encarar com seriedade a arbitragem. Seu argumento é de que o instituto não tem como obrigar ninguém a comparecer à audiência. Deixam subtendido, por outro lado, que o fato de o sistema recorrer ao Judiciário para auxiliá-lo com a força pública (condução forçada de partes e testemunhas), tira-lhe a razão de ser.

Não é esta, no entanto, uma visão adequada à compreensão do dispositivo em estudo. O sistema de arbitragem é uma tentativa de encorajar as pessoas a decidirem fora do sistema estatal. Se no presente momento histórico ainda não se consolidou como instância capaz de atender apenas por seus contornos internos aos reclamos dos litigantes, vindo a necessitar de apoio de outros sistemas que lhe são exteriores, tal fato não o desnatura, mas antes o enriquece de possibilidades.

4. A AUTOPOIESE ARBITRAL

"Poiesis" vem do grego e quer dizer produção. Autopoiesis significa, pois, autoprodução. O sistema de arbitragem, por tal noção, compõe-se de unidades ou elementos

que se organizam e desorganizam. Mas é mercê de tais fenômenos que poderá fornecer respostas às suas finalidades.

Se a tais elementos (seres vivos e em conflito) reconhecermos que são comuns a igualdade em organização e a diferença em estrutura, chegaremos à explicação de Humberto Maturana, que sobre a matéria lecionou:

A característica mais peculiar de um sistema autopoietico é que ele se levanta por seus próprios cordões, e se constitui como diferente do meio por sua própria dinâmica, de tal maneira que ambas as coisas são inseparáveis. O que caracteriza o ser vivo é uma organização autopoietica. Seres vivos diferentes se distinguem porque têm estruturas distintas, mas são iguais em organização.⁴

Ora, os seres humanos são as unidades que contam com a maior autonomia. Se do ponto de vista biológico mantêm a base dessa independência na noção pura denominada "vida"; no sistema social, por sua vez, fundamenta-se esse caráter autônomo na base integrativa denominada "comunicação".

Mas, seja como for considerado, tanto na base biológica como na base social, os sistemas vivos (com seus elementos conflitivos) necessitam do "meio" em que vivem para obtenção de recursos e respostas. Dá-se então algo curioso e complexo: ao mesmo tempo em que os sistemas são autônomos, são também dependentes uns dos outros.

Esse paradoxo autonomia/dependência faz a complementaridade dos sistemas. Torna-os circulares na sua produção. Para Maturana, a estrutura é determinante da organização autopoietica. Tudo o que acontece ao ser vivo, em dado momento, é resultado de suas estruturas. Se o sistema da arbitragem, ao funcionar, é percebido por seus atores como suficiente a fornecer os resultados procurados, a autonomia do sistema se basta a si. Não há mais o que perseguir a título de método resolutivo de problemas entre as partes. Doutro modo, se a percepção que se obtém do sistema é de molde a caracterizar uma insuficiência de resposta, urge que o sistema se abra a outro, no caso o Judicial, para, desse enlaçamento (ou solidariedade de sistemas), chegar-se a porto seguro na solução conflitiva.

Vejamos se não é o que ocorre com o sistema da arbitragem. Ele tenta viver ou funcionar por si mesmo. Encorpa-se de regras e procedimentos que o tornam autônomo como sistema, tanto que muitas vezes se basta à solução dos problemas que lhe são submetidos. Entretanto, nem sempre é assim. Nem sempre consegue por si mesmo levar pessoas a decidirem apenas em tal sistema, dentro dele. É então que revela sua dependência maior ou menor ao sistema que lhe

⁴ MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 5. ed. São Paulo: Palas Athena, 2005, p. 55.

é exterior (o sistema Judicial). Não há por que negar-se à interconexão. Valer-se da força de outro sistema é medida salutar à sua manutenção e à finalidade resolutive do problema.

O sistema de arbitragem da lei 9.307/96 não é fechado. À feição de todo sistema biológico, abre-se à comunicação com outro sistema, no caso o Judicial. Precisa da troca de energia, e uma vez que lida com conflitos, busca por essas relações os meios de superar a fragilidade de si mesmo.

O autor de "A árvore do conhecimento" ⁵ chamou a tal entrosamento "acoplamento estrutural". A designação é o que menos importa. O que vale mesmo é entender que os sistemas vivos e o meio de que dependem se modificam constantemente. Tal ocorre porque não são sistemas fechados e podem, assim, trocar energias e estabelecer comunicação.

Bem a propósito, vale transcrever o que seja sistema aberto, para as finalidades deste trabalho. Ouçamos Morin:

O sistema aberto está na origem de uma noção termodinâmica, cuja primeira característica era permitir circunscrever, de modo negativo, o campo de aplicação do segundo princípio, que necessita da noção de sistema fechado, isto é, que não dispõe de fonte energética/material exterior a si próprio. Tal definição não teria de modo nenhum oferecido interesse se não se pudesse a partir dela considerar um certo número de sistemas físicos (a chama de uma vela, o movimento de um rio em torno do pilar de uma ponte), e sobretudo os sistemas vivos, como sistemas cuja existência e estrutura dependem de uma alimentação externa, e no caso dos sistemas vivos, não apenas material/energética, mas também organizacional/informacional. ⁶

Os elementos do sistema de arbitragem, assim, podem agir sobre as estruturas de elementos do sistema judicial e daí provocarem relações compensatórias. Por sua vez, o inverso também pode se verificar: o sistema judicial influenciar uma mudança de rumo para a atuação das partes quando estas já tenham entabulado uma solução arbitral. Cada caso a ser discutido é que irá indicar o melhor caminho, ou seja: o sistema arbitral ou o sistema judicial.

As partes sopesarão e medirão, em suas disputas, vários elementos envolvidos, tais assim: dinheiro, tempo, viagens, condições de trazer testemunhas, provas de seus argumentos, o que ensejará a escolha de um sistema de solução. Em tais contextos, não podem deixar de perceber que se optar pelo sistema judicial, abrirá mão, pelo menos inicialmente, de sua autonomia.

⁵ MATURANA, Humberto; conf. obra já citada.

⁶ MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução do francês por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006, pp. 20/21.

A lei 9.307/96 enlaça dois sistemas, o judicial e o extrajudicial. A lei também leva a se interpenetrarem a liberdade e a dependência. A lei trabalha dois sistemas que, em interação, funcionam autopoieticamente. Há uma previsão constante de complementaridade. Há um movimento pendular, ora para um lado, ora para outro, entre liberdade das partes e de ausência dessa liberdade. Idem entre Justiça privada e justiça estatal.

O instituto da arbitragem insere-se na noção de complexidade. É fácil notar que assumindo, de início, relevo no mundo das relações privadas, nem por isto deixa de manter contato com a esfera pública. Constantemente interage com as noções próprias da jurisdição e até chega a fazer uso delas como forma de complementar sua atuação. Esse vai-e-vem entre mecanismos de justiça privada e justiça pública nos leva a reconhecer a arbitragem como via dupla de resolução de litígios.

Tal entendimento já encontra acolhida em manifestações da mais alta corte de justiça brasileira (Supremo Tribunal Federal), que soube receber a Lei 9.307/96 com suas peculiaridades, de via pública e privada, a um só tempo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Legislação. Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

BRUSCATO, Wilges Ariana. A figura do juiz privado. Disponível em: <http://www.wilges.com.br/arbitro.htm>. Acesso em: 17.6.2010.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. A árvore do conhecimento. Tradução de Humberto Mariotti e Lia Diskin. 5. ed. São Paulo: Palas Athena, 2005.

MORIN, Edgar. Introdução ao pensamento complexo. Tradução do francês Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.