ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A ARBITRAGEM NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Priscilla Fernandes Candido (IC) e Edilson Vitorelli Diniz Lima (Orientador)

Apoio: PIVIC Mackenzie

RESUMO

Este artigo tem por objetivo traçar um paralelo entre a legislação do procedimento arbitral do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA), analisando suas similaridades e discrepâncias, mediante aplicação de metodologia de direito comparado (comparative law), com o propósito de identificar pontos para estudo sobre a legislação nacional. A metodologia adotada foi de investigação bibliográfica e de estudo das legislações em ambos os países. Foram avaliados livros e artigos de forma não sistemática, para a identificação dos principais elementos de ambas as legislações. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), no ano de 2016 passaram pelos tribunais brasileiros quase 80 milhões de processos dos quais 29 milhões eram novos casos, demonstrando uma tendência de crescimento anual no número de processos em torno de 3,6%, confirmando claramente a importância da arbitragem para a redução do número de ações judiciais na justiça comum. No desenvolvimento do direito comparado, ficam claras as similaridades entre as leis, como a exigência da concordância por escrito entre as partes, a livre escolha dos árbitros ou instituto arbitral, a permissão do procedimento fora do território nacional ou a homologação de sentenças estrangeiras. Ficam claras também as discrepâncias, tais como o impacto das influências históricas e a amplitude dos casos em que pode ser aplicada a arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Direito Comparado. Lei 9.307/96.

ABSTRACT

This article's objective is to trace a parallel between the arbitration process legislation from Brazil and USA, analyzing its similarities and discrepancies, through the use of comparative law aiming to identify issues to be studied in the Brazilian legislation. The methodology adopted was bibliographical investigation and study of legislations in both countries. Were evaluated books and articles in a non-systematic manner, looking to identify the main elements in both legislations. According to the Conselho Nacional de Justiça (National Justice Council) in 2016 went through the Brazilian courts almost 80 million law suits of which 29 million were new cases, showing the annual growth tendency in the cases numbers in about 3,6%, clearly demonstrating the importance of arbitration to reduce the number of causes in the common justice. In the development of comparative law, it became clear some similarities between the legislations such as the demand for agreement in writing between the parts, the free will to choose the arbiters or the arbiter institution, the permission to conduct procedures abroad or the ratification of international sentences. The discrepancies are also clear such as the impact of the historical influences and the amplitude of cases in which arbitration can be applied.

Keywords: Arbitration. Comparative law. 9.307/96 Law.

1. INTRODUÇÃO

A história da arbitragem no Brasil iniciou-se em 1494, em um embate entre Portugal e Espanha sobre terras brasileiras, definidas por meio do Tratado de Tordesilhas. Em 1850, o Código Comercial tornou a arbitragem obrigatória em questões comerciais. No entanto, essa obrigação foi revogada pela lei 1.350, de 1866. Em 1916 ela foi incluída no primeiro Código Civil brasileiro e, em 1923, o Brasil assinou o Protocolo de Genebra sobre cláusulas de arbitragem internacionais. Nos tempos atuais, o Brasil ratificou alguns tratados sobre o tema como a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional (assinada pelo Brasil em 1975 e ratificada em 1995); a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (assinada em 1979 e ratificada em 1995); a Convenção da ONU sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (ratificada em 2002) e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL (ratificado em 2003). Em 1996 foi promulgada a Lei da Arbitragem (9.307/96), sendo o primeiro diploma legal a tratar exclusivamente do assunto. Sua entrada em vigência gerou debates a respeito de sua legalidade e, em 12 de dezembro de 2001, o STF se posicionou confirmando a sua validade.

A lei, considerada moderna, foi um avanço permitindo que as partes elejam árbitros imparciais e independentes para a solução de controvérsias. Embora as decisões sejam tomadas fora do poder judiciário, as decisões arbitrais possuem os mesmos efeitos de uma sentença, produzindo resultados sobre as partes e seus sucessores, tal qual uma decisão judicial e, após proferida a decisão, a mesma se transforma em título executivo.

Nos Estados Unidos, temos o registro do Ato de *New York Arbitration Act* em 1920 e o *United States Arbitration Act* (conhecido como *Federal Arbitration Act* - FAA) em 1925. Ambos os atos buscaram regular a arbitragem tornando-a válida e exequível. Nas décadas de 80 e 90, a Suprema Corte norte-americana julgou uma série de casos que questionavam a validade do FAA e determinaram que o mesmo antecipou uma série de leis estaduais que buscavam proteger os consumidores contra as grandes corporações.

Tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil, todas as decisões de arbitragem são finais e não permitem recursos. Os dois países também determinam que para que se opte pela arbitragem, ambas as partes devem ter acordado com o procedimento. Por ser uma prática muito relevante no direito norte-americano, eles dividem a arbitragem em categorias, tais como: Arbitragem Trabalhista, que discute divergências entre trabalhadores e empregadores, lembrando que os Sindicatos Trabalhistas não são obrigatórios no país; a Arbitragem de Títulos focada nas relações entre as corretoras de ações e entre as

corretoras e seus clientes; e a Arbitragem Judicial, que lida com casos encaminhados por ordens judiciais.

Segundo o CNJ (2017), no ano de 2016 passaram pelos tribunais brasileiros quase 80 milhões de processos dos quais 29 milhões eram novos casos, demonstrando uma tendência de crescimento anual no número de processos em torno de 3,6%.

O novo Código de Processo Civil de 2015 demonstra a tendência da nossa legislação em buscar alternativas ao poder judiciário, estimulando a autocomposição das lides através das mediações, conciliações e arbitragens.

O jurista Clóvis Beviláqua (1897) foi um grande incentivador da prática do direito comparado no Brasil, no século XIX, escrevendo a obra *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*. Encontramos também uma longa lista de autores dedicados ao direito comparado nas mais diversas áreas, incluindo autores contemporâneos como Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e Heleno Taveira Torres. O propósito do direito comparado é avaliar os elementos constitutivos de sistemas jurídicos de diferentes Estados de uma forma acadêmica, na busca de um conhecimento mais profundo dos sistemas e na melhoria dos mesmos, além de buscar encontrar a possibilidade de unificação dos sistemas.

Analisando-se o momento em que se encontra a evolução do Direito Civil brasileiro, verifica-se a oportunidade da aplicação do direito comparado do sistema de arbitragem do Brasil e dos EUA (país que possui um longo histórico do uso da arbitragem na solução de conflitos). Desta forma, este artigo faz uma análise bibliográfica e das legislações existentes, traçando um comparativo entre elas.

Para uma melhor compreensão, o artigo se inicia com uma revisão histórica, apresentando os acontecimentos mais relevantes no desenvolvimento da arbitragem, abordando desde a Roma Antiga e analisando mais profundamente sua evolução nos EUA e no Brasil, fornecendo elementos que permitem entender melhor como foi feita a construção da estrutura da legislação de cada país.

Em seguida foi feita uma leitura das principais legislações de cada país: a lei 9.307/96 do Brasil e o *Federal Act of Arbitration* (FAA) dos EUA, detalhando-se os pontos mais importantes de cada uma das leis, assim como a sua aplicação.

A terceira parte elabora uma análise das duas legislações, ressaltando suas principais similaridades e diferenças, inclusive as ocasionadas pela diferença da aplicação do *civil law* ou do *commom law*, incluindo a elaboração de uma tabela comparativa.

Finalmente o artigo se encerra com uma reflexão sobre as similaridades e diferenças encontradas, assim como uma recomendação de possíveis estudos para ajustes na legislação brasileira.

2. COMPONENTES HISTÓRICOS DA ARBITRAGEM

Delgado (2011) apresenta em seu artigo uma evolução histórica da arbitragem iniciando com o direito romano, no *ordo judiciorum privatorum* que apresentava a figura do *pretor* que fazia o enquadramento da ação na lei que depois era julgada por um *iudex* ou um *arbiter*. Eles não eram parte integrante do corpo funcional romano, mas eram cidadãos idôneos incumbidos de julgar. Este formato perdeu força com o crescimento do império romano que foi assumindo o poder absoluto, com a concentração de poder, passando, as lides, a serem totalmente estatais.

Devido às variações históricas, verifica-se que a arbitragem perdeu sua força onde é aplicada a *civil law* como o Brasil, enquanto subsistiu nos países de aplicação da *commom law* como os EUA.

A arbitragem retomou sua importância nos tempos contemporâneos, ganhando força no âmbito do comércio internacional, preenchendo a lacuna deixada pela ausência de legislações que regulem as relações internacionais.

O autor apresenta alguns exemplos do uso da arbitragem ao longo da história: cláusula compromissária no tratado entre Espanha e Atenas em 455 a.C.; o *iudicium privatum-judez* (lista de cidadãos idôneos) de Roma para resolução de conflitos em campo não judicial entre cidadãos e relações comerciais no século XI de soluções de conflitos entre comerciantes fora dos tribunais com base em usos e costumes.

3. A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NOS EUA

Conklin (2016) defende que a arbitragem nos Estados Unidos teve suas raízes baseadas na arbitragem inglesa, sendo que ela precede o sistema jurídico de Common Law, uma vez que já em 1684 existe a definição de árbitro em dicionários ingleses. Em 1768 já existia uma definição de William Blackstone:

Arbitration is where the parties, injuring and injured, submit all matters in dispute, concerning any personal chattels or personal wrongs, to the judgment of two or more arbitrators; who are to decide the controversy: and if they do not agree, it is usual to add, that another person be called in as umpire, (imperator) to whose sole judgment it is then referred: or frequently there is only one arbitrator originally appointed. This decision, in any of these cases, is

called an award. And thereby the question is as fully determined, and the right transferred or settled, as it could have been by the agreement of the parties of the judgment of the court of justice . . . (CONKLIN, 2016, p. 61)

A partir de uma pesquisa histórica feita por Conklin (2016), verifica-se a aplicação da arbitragem nos EUA já se apresenta nos anos iniciais de sua composição sob diferentes nomenclaturas tais como: arbitragem, arbitragem da Common Law, arbitragem costumeira, arbitragem *in pais*, arbitragem estatutária, etc.

Conklin (2016) também relaciona o desenvolvimento da arbitragem nos EUA se deu de diferentes formas em diferentes regiões do país e destaca três estados: Kentucky, New Jersey e Massachusetts.

O primeiro dos três estados a aprovar uma lei de arbitragem foi New Jersey que em 1794 aprovou o *Act for Regulating References and Determining Controversies by Arbitration*. O desenvolvimento da arbitragem em New Jersey está intimamente ligado à história e prática da arbitragem dos Quakers¹. Existem registros do uso da arbitragem pelos Quakers desde 1681 definindo que as divergências deveriam antes discuti-las nas reuniões mensais do grupo antes de levar o assunto à justiça. Já em 1719, na reunião anual foi declarado que em casos de divergências seus membros deveriam buscassem por árbitros para resolvê-las.

Esse modelo de arbitragem Quaker era baseado em um processo multinível, e baseado nos ensinamentos de sua religião. O processo se iniciava com uma negociação, seguida de mediação e se ainda não houvesse solução eram levados às reuniões mensais onde um membro da comunidade era apontado como árbitro. Dessa forma, a arbitragem em New Jersey apresenta características que buscam preservar e proteger a harmonia e bem-estar da comunidade.

Kentucky foi um estado povoado por pessoas que buscavam locais para se estabelecerem e foram distribuídas muitas terras como forma de pagamento por serviço militar, através de empresas de loteamento ou através de pessoas que simplesmente registraram as terras como suas. Esse cenário levou à demanda de um número muito elevado de disputas judiciais, representando quase metade de todas as disputas judiciais das cortes federais da época. Dessa forma, em 1795, o estado aprovou sua versão do estatuto Locke, o *Arbitration Act*, buscando uma justiça barata, rápida, justa e acima de tudo final.

Já Massachusetts, foi fortemente influenciada pela comunidade mercante. A legislação, nesse estado (*Referee Act*), foi aprovada em 1786, como resposta a debates

---

¹ Os Quakers são membros de uma sociedade religiosa de amigos, com uma denominação de novos cristãos, originários da Inglaterra por volta de 1650.

sobre leis e políticas gerados pelo sentimento antiadvogados iniciado em Kentucky. Este estado foi um dos maiores defensores da arbitragem e buscava garantir a consistência, simplicidade e bem-estar da comunidade, mantendo a justiça. Eles buscavam evitar que o sistema judiciário ficasse cada vez mais complexo e limitador. Adicionalmente buscavam a possibilidade do árbitro ser uma pessoa escolhida pelas partes, geralmente pessoas com profundos conhecimentos de legislação comercial, muitas vezes com muito mais conhecimento que os juízes. Outro objetivo era que o processo simplificado pudesse permitir o acesso à justiça às pessoas que não podiam bancar processos longos e um sistema jurídico complexo. Eles entendiam que a arbitragem removia as diferenças de poder entre as partes.

Adicionalmente, Szalai (2016) relaciona o *Federal Arbitration Act* (FAA) a um movimento maior que buscava as regras federais de processo civil, buscando simplificar os procedimentos da corte, aliviar o sistema judiciário e melhorar as formas de resolver disputas. Dessa forma, ele defende que o FAA é uma lei procedimental e que deveria ser aplicado somente nas cortes federais, baseando-se em uma série de cartas entre membros do comitê que elaborou o FAA que discutiam o risco de pequenas causas atolarem o sistema judiciário por causa de sua aprovação.

De acordo com Szalai (2016), o *Federal Arbitration Act* (FAA) foi originalmente desenvolvido para criar uma estrutura para as cortes federais abrirem um espaço limitado e modesto para a resolução de disputas comerciais particulares. Esse conceito foi estendido ao longo dos anos para diversas outras áreas cobrindo basicamente todos os tipos de disputas não criminais.

Em 1984, foi julgado o caso Southland que aplicou o FAA em uma corte estadual e, com o sistema de precedentes, abriu espaço para que a lei fosse aplicada em outros casos estaduais, sendo considerado superior às leis locais e evitando a sua aplicação. Szalai (2016) chama a decisão do caso Southland de falha e afirma que está sendo utilizada de forma a evitar a apresentação de ações de classe, de forma que beneficia as grandes instituições e, muitas vezes, reduz as chances das pessoas físicas ou pequenas empresas de terem seus direitos garantidos.

Outro caso que influenciou a ampliação da aplicação do FAA para as cortes estaduais, segundo Szalai (2016) foi o *Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler-Plym-out, Inc* em 1985, que expandiu o escopo da aplicação do FAA para reivindicações estatutárias, embora ele tenha sido criado para a resolução de disputas contratuais, como disposto no seu art. 2º. Essa flexibilização da atuação criou precedentes que levam o FAA a ser aplicável a quase todos os casos de reivindicações estatutárias não criminais. Essa

ampliação tem sido discutida, uma vez que pode levar ao uso abusivo da arbitragem como por exemplo nos casos de disputas entre empregados e empregadores, que obrigam a arbitragem que pode ter um custo superior aos custos que o empregado teria caso recorresse à justiça.

Szalai (2016) ainda faz uma análise da influência histórica na aplicação do FAA:

- FAA se encaixa com as necessidades do sistema legal e da sociedade.
- Pode-se verificar a relação entre a arbitragem e o sistema jurídico ao longo dos anos. Inclusive o FAA foi parte do movimento que buscava aplicar mudanças nos procedimentos processuais.
- Os legisladores do FAA tinham boa fé na criação do processo de arbitragem e buscavam um método eficiente para a resolução de disputas comerciais num ambiente de desentendimento.
- O FAA permite que as partes possam criar procedimentos aos quais estarão submetidos.
- Originalmente o FAA revelava uma importante relação entre governo e cidadãos, onde o primeiro respeita a autonomia do segundo.
- Atualmente a relação entre governo e cidadãos foi modificada: não existe mais a necessidade de consentimento das partes para a arbitragem; as categorias cobertas pelo FAA foram altamente ampliadas; ocorreu uma diminuição da autoridade das cortes de verificarem as disputas arbitrais para garantirem a equidade. Isso coloca em dúvida a preocupação do governo em proteger partes menos favorecidas na busca de seus direitos.

4. A HISTÓRIA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Diferente da arbitragem nos Estados Unidos, a história da arbitragem brasileira não está profundamente ligada a valores históricos e à construção do país. Está bem mais relacionada com a criação de leis que permitiram a sua aplicação. Alem (2009), Delgado (2011), e Tavares (s.a.) apresentam uma evolução histórica da arbitragem no território brasileiro.

A arbitragem no Brasil já estava presente na Constituição Imperial de 1824, como forma de solução de conflitos cíveis e penais tentados de forma civil através do art. 160, que

permitiam as partes nomearem juízes-árbitros para a solução de conflitos cíveis. Em 1831 foi aprovada uma lei que permitia o uso de arbitragem para o julgamento de causas de seguro e, em 1837, uma lei permitiu o seu uso para disputas sobre locações de serviços. Em 1850, foi promulgado o Decreto 737/1850 que aplicava a arbitragem em litígios entre comerciantes através dos seus artigos 245, que definia a arbitragem como forma de resolução de conflito de contratos de locação mercantil e 294, que previa a arbitragem forçada em casos de questões sociais entre os sócios.

A carta constitucional de 1895 não regulava a arbitragem, mas não apresentava nenhuma restrição à sua prática. Na Constituição de 1934 foi feita a inclusão da arbitragem, determinando a competência da União para legislar as regras disciplinadoras deste instituto. Já as cartas de 1937 e 1946 não o valorizaram. A Constituição Federal de 1988 fez referência à arbitragem nos artigos 4º, § 9º, VII e 114, § 1º.

Os Códigos Civis de 1939 e 1973 regulamentaram a arbitragem.

Entre os anos de 1981 e 1988 foram apresentados três anteprojetos que futuramente levariam a promulgação da lei 9.307/96. Carmona (2009) apresenta os principais pontos de cada anteprojeto. Em 1981, foi elaborado o primeiro anteprojeto de lei por solicitação do extinto Ministério da Desburocratização. Ele procurava criar mecanismos para ampliar o uso do instituto, com o propósito de reduzir a sobrecarga do sistema judiciário. Seus principais pontos eram a equiparação entre compromisso e cláusula arbitral, sendo que, na existência de qualquer um dos dois, seria afastada a competência do juiz estatal. Propunha também a extinção da necessidade de homologação do laudo arbitral, equiparando-o a um título executivo extrajudicial. Infelizmente este anteprojeto, embora necessitasse de ajustes técnicos, foi abandonado.

Mais um anteprojeto foi desenvolvido em 1986. Dentre os seus principais diferenciais, pode-se destacar o afastamento da competência do juiz togado sempre que fosse estipulada a arbitragem estabelecendo um procedimento da ação de cumprimento de estipulação arbitral. Este projeto foi arquivado por apresentar defeitos técnicos. Dentre os defeitos Carmona (2009, p. 7) destaca: “Entre outros tópicos de desajuste, cumpre citar o art. 1º, onde se confundia arbitragem (meio de solucionar controvérsias) com arbitramento (meio de integrar um elemento faltante em um contrato)...”. Outro importante problema deste anteprojeto era a ausência para reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, tornando-a automaticamente um título executivo extrajudicial apenas com a autenticação consular, conflitando com o Código de Processo Civil da época.

O terceiro anteprojeto foi desenvolvido em 1988. Essa proposta também propunha que tanto o compromisso arbitral como a cláusula compromissária instituiriam a arbitragem,

mas a redação sugeria que ambos deveriam conter o objeto do litígio, sendo incoerente no caso da cláusula arbitral que busca solução para litígios futuros desconhecidos, impossibilitando especificar o objeto. Outro problema apresentado era a previsão de recurso de apelação a ser julgado pelo Tribunal de Justiça, o que iria contra os objetivos de agilidade e simplicidade da arbitragem. Mais um problema apontado foi a necessidade dos árbitros serem bacharéis em direito, o que muitas vezes iria contra o propósito do árbitro ser conhecedor do objeto do litígio, tendo melhor capacidade para avaliar as provas apresentadas. Por essas e outras falhas técnicas, este projeto também acabou sendo arquivado.

5. A LEI 9.307/96

Um grande marco jurídico da arbitragem no Brasil é a introdução da lei 9.307/96, conhecida com a lei de arbitragem.

Quando se iniciou o anteprojeto que deu origem à lei 9.307/96, a comissão se deparou com vários questionamentos. Deveria basear-se nos anteprojetos anteriores? Deveria manter partes do sistema vigente? Ou fazer algo totalmente novo? Como funcionaria o reconhecimento de laudos estrangeiros?

A comissão então optou por buscar inspiração nos anteprojetos de 1981 e 1986, assim como em legislações estrangeiras como a legislação espanhola e a Lei Modelo de Arbitragem da Uncitral, Convenção de Nova Iorque (1958) e do Panamá (1975). Esse projeto foi apresentado para votação em 1992 e, após um longo período e várias emendas, foi aprovado em setembro de 1996. Carmona (2009) apresenta uma análise dos principais pontos dessa lei, que apresentaremos a seguir.

A lei permite a prevalência da autonomia das vontades das partes dentro de algumas limitações. As partes podem optar por fazer a resolução de conflitos, de forma privada, definindo quais regras serão aplicáveis, sem a intervenção do Estado, mantendo a eficácia de uma sentença judicial. Ou seja, as partes podem escolher o direito material e processual a serem aplicados, a língua oficial do julgamento, a aplicação de princípios gerais do direito, usos e costumes de forma livre. No entanto, existe a limitação de que a arbitragem só pode ser aplicada a direitos disponíveis, ou seja, não se aplica a questões de Estado, direito de família e outros direitos indisponíveis.

A lei 9.307/96 foi a primeira legislação que normatizou a cláusula compromissária no direito brasileiro e passou de ser apenas um pré-contrato de compromisso e passou a gerar a instalação da arbitragem sem a necessidade de firmar-se um compromisso arbitral. Ela

pode ser constituída através de uma cláusula de um contrato firmado, ou pode ser estabelecida após a sua assinatura, podendo ser estipulada inclusive através de troca de mensagens eletrônicas. Ela possui uma exceção para evitar seu uso de forma banal, não pode ser incluída em contratos de adesão.

A lei também aceita tanto a cláusula compromissária, como o compromisso arbitral como formas para afastamento da jurisdição estatal, tratando sobre eles em um mesmo capítulo sobre a denominação de Convenção de Arbitragem. A cláusula compromissária é um compromisso entre as partes para no caso da ocorrência de litígios futuros, que serão resolvidos via arbitragem. Já o compromisso arbitral é firmado entre as partes após a ocorrência do litígio, optando pela sua resolução através da arbitragem.

A lei impede que a cláusula compromissária seja *vazia*, ou seja, que não especifique o tipo de compromisso que será feito através da arbitragem. Ela não pode apenas declarar que qualquer litígio será resolvido através da arbitragem. Devem ser previamente estabelecidos algumas informações como a seleção do Tribunal Arbitral ou Árbitro ou sua forma de eleição, prazos, procedimentos, direito a ser aplicado etc., para evitar que seja aplicado o art. 7º da lei.

A nova lei também trouxe luz à discussão da competência do árbitro. Em seu artigo 8º, deixou clara o poder do árbitro em decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula ou compromisso arbitral. Caso o árbitro defina que a convenção de arbitragem é nula, irá proferir sentença terminativa.

O compromisso arbitral apresenta elementos indispensáveis definidos no art. 10. Esses elementos são: a qualificação das partes (incluindo estado civil, para avaliação de necessidade de inclusão de cônjuge no processo), qualificação dos árbitros ou definição da entidade que os indicará, a matéria que será arbitrada e o local onde será proferida a sentença arbitral. Quando é eleita uma entidade para a definição dos árbitros, é importante ressaltar que essa entidade não precisa ser necessariamente um órgão arbitral e deve haver a aceitação por parte da entidade. Não podem ser estabelecidos como entidades ou árbitros organizações ou membros da justiça. Caso a entidade eleita se recuse a nomear um árbitro, aplica-se o dispositivo do art. 16, § 2º, podendo as partes recorrerem ao poder judiciário. É importante ressaltar que caso seja eleito o território brasileiro como local da sentença. Não será necessário o reconhecimento como sentença estrangeira, mesmo que as etapas do processo arbitral tenham ocorrido no exterior.

Existem ainda elementos facultativos do compromisso arbitral. O local ou sede da arbitragem pode ser definido pelas partes, ou pode vir a ser eleito pelo árbitro ou tribunal arbitral, podendo inclusive ocorrer em mais de uma localidade de acordo com as

necessidades do caso. Pode-se também autorizar os árbitros a julgarem por equidade, definir prazos para o julgamento a apresentações de laudos (se não fixados são 6 meses, de acordo com o art. 23), eleger o direito a ser seguido e definir a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e despesas de arbitragem.

Outra importante característica da lei 9.307/96 é a redução das hipóteses da extinção do compromisso arbitral de forma que a simples recusa do árbitro ou seu impedimento posteriormente não cancelam o procedimento, exceto se no compromisso arbitral for declarado ser(em) o(s) árbitro(s) insubstituível(eis). A prolação da sentença arbitral também deixou de ocasionar a extinção automática do procedimento arbitral, uma vez que o art. 12, III permite a notificação dos árbitros para a apresentação da sentença arbitral, podendo inclusive, o árbitro, ser responsabilizado por penas e danos causados às partes.

A lei é bem detalhada na estipulação dos deveres e obrigações dos árbitros, representando um código de ética. Entre as normas estabelecidas podemos citar que em órgãos colegiados o número de árbitros deve ser ímpar. Se número par e em caso de empate, já é pré-estipulado que os árbitros elejam o *tiers arbitre*; os árbitros devem atuar de forma imparcial, independente, competente, diligente e discreta. O art. 17 ainda equipara os árbitros a funcionários públicos para efeitos da legislação penal, uma vez que sua atuação em muito se assemelha às responsabilidades de um juiz togado. O árbitro ainda pode declarar o seu impedimento ou suspeição, de acordo com o disposto no art. 14. Se não houverem procedimentos pré-designados, aplica-se o art. 16, para a sua substituição.

O procedimento arbitral está contido no capítulo IV da lei. Os seus principais pontos são a adoção das vontades das partes para estabelecerem o procedimento desde que respeitem o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade e o convencimento racional do árbitro. Caso não sejam estipuladas regras pelas partes, elas podem ser definidas pelo árbitro ou instituição arbitral que fará o julgamento. As regras estabelecidas pelas partes ou pelo árbitro/instituição arbitral não podem ir contra os princípios da lei, como por exemplo formato diferenciado da sentença arbitral (art. 26) ou ampliação do prazo para impugnação (art. 33).

O juízo arbitral será instituído com a aceitação pelo árbitro (ou árbitros). Essa aceitação não precisa ser formal e pode ser considerada a partir do momento em que o árbitro dê providências para o seguimento do procedimento. Nos órgãos colegiados o presidente será escolhido pela maioria e, se não houver consenso, será eleito o mais idoso. A função de presidente é importante porque se não houver consenso na decisão, prevalecerá o seu voto. A instrução processual pode seguir um procedimento livre, desde

que respeite as regras do art. 22. Pode ainda o árbitro recorrer ao Poder Judicial, caso sejam necessárias à aplicação de medidas coercitivas.

A lei alterou o nome de laudo arbitral para sentença arbitral, uma vez que ela conterà os mesmos requisitos da sentença proferida por um juiz togado: haverá um relatório contendo a qualificação das partes, resumo do objeto a ser arbitrado e fatos relevantes, além da motivação que irá fundamentar a decisão e um dispositivo com a solução das questões submetidas. A sentença proferida não é objeto de nenhum tipo de recurso, salvo se o mecanismo estiver previsto no compromisso arbitral, que seja parte do procedimento arbitral e nunca seja julgado por órgãos da justiça estatal. No entanto, pelo caráter de celeridade e simplicidade da arbitragem os recursos não são frequentemente utilizados. O árbitro poderá ter função exclusivamente homologatória, caso as partes cheguem a um acordo que queiram consignar em sentença, uma vez que será transformado em título executivo judicial.

Ao proferir a sentença arbitral, o árbitro encerra suas atividades. Se houverem obscuridades, omissão ou contradições na sentença, pode-se aplicar um procedimento similar aos embargos de declaração do Processo Civil. As partes possuem 5 dias para apresentar seus “embargos de declaração” que podem buscar corrigir erros materiais, esclarecer obscuridades e contradições ou provocar explicações dos árbitros sobre omissões. A outra parte é notificada para ciência. Os árbitros possuem 10 dias para se manifestarem apresentando uma decisão, aditando a sentença (mesmo que apenas para informar a rejeição dos embargos) e notificar as partes.

A sentença arbitral produz os mesmos efeitos de uma sentença estatal, constituindo um título executivo judicial, uma vez que o legislador adotou a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, tornando-se desnecessária a homologação da sentença por um juiz estatal e tornando o procedimento arbitral mais robusto. No entanto, ainda é possível ser questionado na justiça a validade e a eficácia dessa sentença.

À sentença arbitral não se aplica a ação rescisória e todos os seus casos de nulidade estão previstos no art. 32 da referida lei. Pode também a sentença ser destruída pelo não seguimentos do devido processo legal, previstos no art. 21, § 2º. Ela pode ainda ser impugnada através de controle do Poder Judiciário nos casos previstos no art. 32. A impugnação deve ser proposta no prazo decadencial de 90 dias do recebimento da notificação da decisão final dos árbitros. As partes podem ainda optar por instituir novo juízo arbitral.

A legislação aborda ainda as questões relativas a sentenças arbitrais proferidas no exterior, definindo que as mesmas devem ser homologadas pelo Supremo Tribunal de

Justiça. O procedimento de homologação está previsto no art. 36 e devem ser apresentados ao tribunal os documentos previstos no art. 37. A homologação será denegada se ocorrerem o previsto nos artigos 38 e 39 da lei.

Como destaca Alem (2009, p. 5), “No Brasil, a arbitragem ainda é considerada um instituto pouco conhecido pelos profissionais do direito em geral e com uso abaixo do seu potencial, notadamente fora dos grandes centros urbanos.”, ou seja a sua aplicação poderia ter uma extensão muito maior.

6. O FEDERAL ARBITRATION ACT (FAA)

O FAA é dividido em três capítulos, o primeiro fala sobre provisões gerais, o segundo sobre o reconhecimento e aplicação de acordos arbitrais estrangeiros e o terceiro, sobre a Convenção Interamericana ou Convenção Internacional de Arbitragem.

No primeiro capítulo pode-se destacar algumas cláusulas importantes. A seção 2 determina que é irrevogável e executável qualquer contrato de transporte marítimo ou comércio que tenha submetido por escrito uma previsão de solução arbitral de controvérsias futuras.

A seção 3 determina que qualquer processo judicial que envolva questões que foram determinadas a serem discutidas via arbitragem fiquem em suspenso até a finalização do processo arbitral.

Na seção 4 são especificados os procedimentos a serem tomadas por uma das partes caso a outra se recuse a dar seguimento ao procedimento arbitral. A parte que quer o procedimento pode entrar na justiça comum que, de acordo com procedimentos pré-estabelecidos, irá verificar a existência e validade do acordo arbitral por escrito e, caso confirme a sua existência, irá ordenar que o procedimento arbitral seja instalado.

A seção 5 especifica que as partes podem determinar os árbitros, instituição arbitral ou a sua forma de escolha. Se essa escolha não for determinada ou possível, a corte poderá eleger os árbitros que deverão atuar sob as regras previstas anteriormente para o procedimento arbitral. Ela também especifica que a arbitragem será feita por um único arbitro, exceto se explicitamente especificado de outra forma no compromisso arbitral.

A seção 7 discute o poder dos árbitros de notificarem testemunhas para comparecerem a depoimentos e detalha esse procedimento. É importante ressaltar que, caso as testemunhas não compareçam ao procedimento, o árbitro poderá se valer da justiça comum para compelir a presença das testemunhas. A seção 16 detalha os casos onde são permitidas apelações.

O segundo capítulo aborda sentenças arbitrais estrangeiras. A seção 201 define que a Convenção no Reconhecimento da Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de junho de 1958 deve ser executada no território norte americano de acordo com as regras dispostas neste capítulo.

A seção 203 define que as ações que sejam regidas pela Convenção mencionada anteriormente deverão ser propostas e processadas sob as leis e tratados dos EUA e que as cortes norte americanas terão a jurisdição sobre essas ações.

A seção 206 define que a corte que tenha a jurisdição pode definir que a arbitragem seja conduzida de acordo com os termos definidos previamente, inclusive que o procedimento ocorra fora do território dos EUA. A corte pode também apontar os árbitros de acordo com as regras do compromisso arbitral.

Finalmente, o terceiro capítulo aborda a Convenção Inter Americana ou Convenção Internacional de Arbitragem. A seção 301 determina que a Convenção Inter Americana deve ser executável nas cortes Americanas.

A seção 303 define que a corte responsável pela ação siga as regras do compromisso arbitral para a definição dos árbitros e do local da arbitragem. Na sua ausência, deve ser aplicado o art. 3º, da Convenção Interamericana.

A seção 304 trata do reconhecimento e execução de decisões arbitrais estrangeiras, definindo que neste caso será seguido o princípio da reciprocidade, reconhecendo as decisões apenas de Estados que tenham ratificado e aceitado a Convenção Inter Americana.

7. ANÁLISE COMPARATIVA

Ao fazer-se a análise das duas legislações, o primeiro ponto importante a ser observado é a estrutura das legislações. Por ser uma lei regrada em um país de common law, o FAA é muito mais sucinto e genérico, definindo conceitos amplos que depois vão sendo refinados pelas decisões aplicadas nos tribunais. Já a lei 9.307/96 é aplicada num ambiente de civil law e, por isso, apresenta normas muito mais detalhadas, buscando abordar a maior parte de casos possíveis.

Ambas as legislações procuram aplicar a arbitragem como forma de reduzir as lides nos tribunais de justiça, permitindo que as partes optem pela sua resolução através de um procedimento particular. No entanto, as duas leis exigem que essa vontade das partes seja feita através de uma declaração por escrito. O Brasil ainda exige que esse compromisso seja declarado através de uma cláusula arbitrária ou compromisso arbitral e que o conteúdo

da cláusula arbitrária não seja *vazia*. As restrições para a aplicação da arbitragem no Brasil são maiores do que as aplicadas nos EUA que permitem, por exemplo, sua aplicação nas relações de consumo e entre empregados e empregadores, proibidas no Brasil.

Outro ponto importante é que ambas as legislações permitem a definição do árbitro, do instituto arbitral ou da sua forma de escolha pelas partes. Permitem ainda que esse árbitro seja qualquer pessoa, não exigindo nenhuma formação jurídica. O mais comum é o uso de árbitros que tenham conhecimento sobre o objeto do processo arbitral.

Ambos os países também garantem que a sentença arbitral seja equivalente a uma sentença judicial. Adicionalmente definem circunstâncias especiais quando é permitida a apelação para a justiça comum, previstas nos artigos 12, 32 e 21, da lei 9.307/96 e na seção 16 do FAA.

É ainda permitido, nos dois casos, que mesmo que os procedimentos da arbitragem sejam conduzidos fora do território do país, a sentença seja produzida dentro do território, tendo validade imediata. Nos casos de sentenças estrangeiras, as duas leis definem procedimentos que permitem a sua validação internamente.

O FAA ainda aborda em seu texto a Convenção Interamericana de Arbitragem, definindo que as suas normas devem ser aplicadas dentro do território norte americano. No Brasil a lei não cita as convenções internacionais, mas elas devem ser aplicadas quando ratificadas pelo país.

Quadro 1 – Comparativo das legislações de arbitragem

	BRASIL	EUA
Estrutura da Legislação	Normas detalhadas, cobrindo a maior quantidade possível de casos.	Sucinta e genérica, complementada por precedentes.
Objetivo	Reduzir lides na justiça.	Reduzir lides na justiça.
Declaração da vontade	Por escrito, cláusula ou compromisso arbitral. Cláusula arbitral não pode ser "vazia" e não é permitida em contratos de adesão.	Por escrito, sem formato específico. Irrevogável e executável.
Áreas atuação	Restrito em áreas como Consumo e Relações de Trabalho.	Ampla abertura.
Definição do Árbitro	Definição livre das partes. Caso não seja pré-determinado definido pela justiça.	Definição livre das partes. Caso não seja pré-determinado definido pela justiça.
Eficácia sentença arbitral	Equivalente à sentença judicial.	Equivalente à sentença judicial.
Local do processo de arbitragem	Dentro e fora do território.	Dentro e fora do território.
Aplicação de Convenções e Acordos	Aplicadas se ratificadas.	Aplica Convenção Inter Americana de Arbitragem.

Fonte: elaborada pela autora.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Comparando-se as duas legislações é possível verificar alguns pontos interessantes. O primeiro é que o desenvolvimento do procedimento arbitral em cada um dos países foi influenciado pelo seu desenvolvimento histórico, assim como pelo tipo de direito aplicado. Dessa forma, a legislação brasileira desenvolve um nível muito maior de detalhes, tendo uma preocupação especial em garantir a seriedade e a ética do procedimento arbitral. Já nos EUA, o procedimento pode ser aplicado de forma mais liberal, gerando inclusive controvérsias na aplicação de alguns casos como relações de consumo ou emprego, onde parece não ser mantida a equidade das partes durante o processo, uma vez que a adesão de consumidores ou empregados muitas vezes é imposta. No Brasil esse tipo de aplicação é vedado em relações de consumo e em contratos de adesão, reduzindo esse risco.

É importante ressaltar a necessidade em ambos os países da efetivação por escrito do compromisso arbitral. Esse registro é importante para garantir que ambas as partes estejam conscientes e confortáveis com a opção pela solução arbitral. O Brasil ainda exige um mínimo de requisitos neste compromisso, garantindo que a vontade das partes será realmente representada previamente, evitando que uma das partes manipule o processo.

Um ponto fundamental do processo arbitral é a escolha do árbitro, uma vez que muitas vezes a opção pela arbitragem se dá pelo conhecimento específico do árbitro sobre o assunto a ser abordado. Frequentemente este conhecimento é superior ao do juiz togado. Dessa forma, é muito importante que ambos os países permitam a livre escolha do árbitro, garantindo que seja alcançado parte de seu objetivo.

Por fim, destaca-se que, mesmo que o procedimento arbitral seja conduzido fora do território de ambos os países e em língua estrangeira, ele pode ser considerado um procedimento nacional se sua sentença for proferida no país (Brasil ou EUA). Esse ponto é muito importante para garantir bons resultados, especialmente quando se trata de assuntos relacionados ao comércio internacional.

Devido às polêmicas ocasionadas pelo uso da arbitragem em casos de consumo ou relações de trabalho, recomenda-se uma avaliação mais profunda da possibilidade de sua aplicação no Brasil, de forma que possa garantir a proteção já concedida a estas classes hipossuficientes, mas ainda assim possa oferecer uma forma de agilizar os seus processos. Embora os JECs e os Tribunais do Trabalho já trabalhem com Conciliação e Mediação, ações importantes podem se prolongar por anos caso não sejam alcançados acordos entre

as partes. No entanto, é importante estudar e compreender os problemas surgidos nos EUA para evitar que os mesmos se repitam no Brasil.

9. REFERÊNCIAS

ALEM, F. P. **Arbitragem**. Coleção prática do direito, 16, coordenação Edilson Maugenot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, C. **Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado**. Bahia: Magalhães, 1897.

CARMONA, C. A. **Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CNJ. **Justiça em números 2017: ano-base 2016**. Brasília: CNJ, 2017.

CONKLIN, C. N. A variety of state-level procedures, practices and policies. **Arbitration in Early American Symposium**. V. 2016, Issue 1. Artigo 7. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2016/iss1/7>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

DELGADO, J. A. **A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual**. 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/arbitragem-no-brasil---evolucao-historica-e-conceitual>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

SZALAI, I. S. Exploring the Federal Arbitration Act through the lens of history. **Journal of Dispute Resolution**. V. 2016. Issue 1. Artigo 9. Disponível em: <<https://scholarship.law.missouri.edu/jdr/vol2016/iss1/9>>. Acesso em: 31 jan. 2018.

TAVARES, P. V. S. Arbitragem no Brasil. **Âmbito Jurídico.com.br**, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424>. Acesso em: 29 jun. 2018.

Contatos: 31640303@mackenzista.com.br e edilson.lima@mackenzie.br