

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS DA ARBITRAGEM*

ARNOLDO WALD

É uma alegria toda especial estar hoje aqui, na Ordem dos Advogados do Distrito Federal, participando das comemorações pelos 20 anos da nossa Constituição.

Passei um quarto de século no Conselho Federal, integrando-o, numa fase construtiva da nossa nacionalidade, da democracia brasileira e da advocacia. Tenho com o Distrito Federal uma vinculação muito antiga, porque cheguei a participar da elaboração da lei que determinou a mudança da capital, trabalhando, na ocasião, com o então deputado e professor de Direito Civil, FRANCISCO CLEMENTINO SAN TIAGO DANTAS.

Sou também um dos mais antigos advogados inscritos em Brasília, trabalhando aqui há longos anos, desde o momento em que os tribunais superiores se instalaram na nova capital. E quero dizer que, além da alegria intelectual de estar aqui, constitui também uma satisfação afetiva reencontrar amigos queridos.

Na realidade, a arbitragem e a Constituição têm uma vinculação que pode não parecer tão ostensiva à primeira vista. Mas há entre elas uma grande identidade, o espírito da arbitragem e o da Constituição são muito parecidos. Acho que podemos até dizer que a arbitragem se inspira na Constituição de 1988, naquilo que o Professor MIGUEL REALE chamou de liberal-socialismo no plano político, e que talvez pudéssemos chamar também de capitalismo social no plano econômico. E, ao mesmo tempo, há outra ideia, que também é moderna e que estava implícita na Constituição de 1988, mas que foi reafirmada nas emendas constitucionais, que é conciliar, de um lado, a iniciativa privada e a sua função social, e, de outro, a eficiência. Talvez sejamos o único país do mundo que colocou, na sua Constituição, que o Estado tem que ser eficiente. Foi a Emenda Constitucional nº 19, modificando o *caput* do artigo 37, que estabeleceu esse comando. Em certo sentido, a Emenda Constitucional nº 45 também determina que a nossa justiça tem que ser eficiente. Na eficiên-

* Palestra realizada na Ordem dos Advogados do Distrito Federal.

cia, há ideia de especialização, ou seja, a possibilidade de aprimorar a justiça, dando-lhe maior velocidade, com custos menores e, ao mesmo tempo, especializando-a para que possa realizar adequadamente a sua função.

Mas, quando saímos dessa conceituação geral para o texto da Constituição, é preciso lembrar, também, o que dizem ser uma situação peculiar do Direito brasileiro, que se explica pela nossa história, que é a garantia dada, no artigo 5º, da possibilidade de submeter toda lesão ao Poder Judiciário. Em virtude desse artigo da Constituição, alguns autores, juristas e magistrados suscitaram dúvida quanto à possibilidade de admitir a arbitragem no Brasil.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que se trata do direito de recorrer, de ter o apoio do Poder Judiciário diante de qualquer lesão de direito, mas não significa a obrigação de litigar, de submeter o litígio necessariamente ao Poder Judiciário, porque a litigância em si não é um bem, ela é um problema que surge na vida, é uma patologia. Não obstante nós, advogados, possamos viver da litigância, também temos a função de resolver os conflitos e não de criá-los. A litigância pode não surgir quando, diante de uma divergência, as partes encontram uma solução amigável, uma solução conciliatória, ou submetem o litígio a um terceiro de uma forma mais ou menos institucional, que vai desde a mediação, passa pela conciliação e chega, finalmente, à arbitragem.

Assim, o problema de saber se se poderia admitir, no Direito brasileiro, a arbitragem, é uma discussão antiga, que já vinha muito antes da Constituição. De fato, durante muito tempo, entendeu-se que a decisão arbitral não era uma sentença e que, para que tivesse poder coativo, era preciso que tivesse a homologação do Poder Judiciário.

Eu lembro que, nos anos 80, tive uma arbitragem, antes da Lei 9.307, que é de 1996, e fui requerer a homologação da decisão arbitral, como determinava a legislação então vigente, o Código de Processo Civil. O juiz de primeira instância competente me perguntou: "Mas o que eu faço com esse processo?", e respondi: "O processo está submetido a Vossa Excelência para que a decisão dos árbitros seja homologada". Ele estranhou, afirmando: "Mas eu nunca vi isso na minha vida, eu nunca estudei, na faculdade, esse negócio de arbitragem. Tem certeza de que eu sou competente?". Peguei o CPC e mostrei-lhe o artigo que tratava da matéria. Finalmente, ele concluiu: "Então eu vou mandar para o cartório, e lá ele vê o que faz!".

Narrei o fato tão-somente para esclarecer aos senhores o que era a arbitragem, antes da nossa nova legislação. Era um procedimento complicado, porque se exigia não apenas uma cláusula compromissória, não apenas uma promessa de submeter o litígio à arbitragem, mas, no momento em que o conflito surgia, era preciso que as partes reafirmassem essa vontade, assinando o termo de compromisso. Em geral, quando não há conflito, é muito fácil prever o modo para sua solução. Mas quando o conflito surge, as coisas já são um pouco diferentes, porque, algumas vezes, uma parte acha que tem direito, e a

outra acha que também tem, então as vantagens ou desvantagens da arbitragem podem levar uma das partes a não aceitá-la. Por outro lado, a homologação judicial também não se justificava, porque é uma justiça privada, com espírito próprio, e só deveria estar sujeita ao Poder Judiciário se houvesse um motivo de anulação da arbitragem.

Quando foi aprovada a Lei 9.307 de 1996, que foi, certamente, um grande progresso no Direito brasileiro, surgiu esse problema no Supremo Tribunal Federal. Tivemos uma longa discussão, que levou cerca de três anos no STF e que representa duzentas e poucas páginas da RTJ 190 (p. 908 e seguintes), que é a decisão no agravo regimental em que se discutiu essa matéria¹. A discussão foi muito interessante, muito importante, e dela participaram os advogados e os meios empresariais. Foi, de fato, uma verdadeira audiência pública (sem audiência formal), pois toda a comunidade jurídica tratou da questão para se chegar à solução, resumida na ementa. Acho que é um dos grandes acórdãos que o STF elaborou nos últimos anos. É uma decisão realmente importante em dois sentidos: pelas suas conclusões e pela sua discussão. Afinal de contas, foi uma decisão majoritária em que houve não a divergência entre liberais e conservadores, mas uma divisão cronológica que raras vezes ocorre no Supremo: de um lado, os Ministros mais antigos, e do outro, os mais modernos.

Essa discussão foi ampla, mas, afinal, acho que houve consenso em aprovar a idéia de que não só se deveria admitir como sendo constitucional a arbitragem em geral, como também que a cláusula compromissória tinha de ser vinculatória, deveria ensejar a execução específica. Entendeu, ainda, o STF que, no caso de não ter sido composto consensualmente o tribunal arbitral, poderia o juiz, em apoio à arbitragem, fazer a indicação de um ou vários árbitros, de modo a assegurar adequadamente o seu funcionamento.

Para complementar o entendimento do STF, é preciso esclarecer que o artigo 5º da Lei de Arbitragem também tem uma grande relevância, porque admite que possamos ter câmaras de arbitragem, cujos regulamentos funcionam como lei entre as partes. Temos, pois, na arbitragem, a possibilidade de recorrer não apenas à legislação geral, mas também, de modo específico, às normas que estão no regulamento da câmara, que regula a matéria. Estas, algumas vezes, prevalecem sobre as normas legislativas supletivas, as que não são de ordem pública. Há, até, a possibilidade de, no termo de arbitragem, estabelecer regras próprias para o funcionamento da mesma.

Com a decisão do nosso STF, de 12 de dezembro de 2001, a arbitragem teve consagração constitucional. Mas outros problemas surgiram. Discutiu-se o conceito de direito disponível. Evidentemente, não são disponíveis os direitos

1. STF, Tribunal Pleno, SE-AgRg 5.206/ES, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, DJ 30.04.2004.

da personalidade, mas temos também uma área fronteira, que é, na realidade, matéria de interpretação.

Em primeiro lugar, discutia-se a possibilidade ou não de ser usada a arbitragem em relação ao poder público e às sociedades de economia mista. Havia uma grande discussão a respeito, alegando-se que os direitos da União, dos Estados e das pessoas jurídicas de direito público eram indisponíveis. Algumas decisões locais chegaram a dizer que não era arbitrável o conflito que surgisse entre a sociedade de economia mista e a empresa privada. Esses conflitos surgiram especialmente na área de concessões. A partir da Lei de Concessões, que, permitiu a delegação a entidades privadas do exercício do serviço público, alguns problemas maiores ocorreram e exigiram esse tipo de solução.

Na realidade, tivemos, no caso, várias decisões, a começar por uma decisão pioneira do nosso Tribunal de Justiça do Distrito Federal², depois, duas decisões importantes do STJ, no sentido de reconhecer que, em matéria de sociedades de economia mista, não havia nenhum impedimento para que se fizesse a arbitragem. Em primeiro lugar, porque a sociedade de economia mista é, na realidade, uma sociedade anônima, que está sujeita ao regime do direito privado, a não ser naquelas situações específicas em que há uma determinação legislativa em sentido contrário. Em segundo lugar, porque não consta da Lei de Arbitragem nenhuma restrição.

Assim, tivemos uma primeira decisão da Egrégia Segunda Turma do STJ, que data de 2005, no caso AES contra CEEE, do qual foi relator o Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA³. Os que estão interessados encontram esse acórdão, como também o segundo que vou citar, na nossa Revista de Arbitragem e Mediação n° 11, que pode ser encontrada na Biblioteca do Conselho Seccional da OAB-DF. Essa primeira decisão foi muito interessante, uma decisão unânime que estabeleceu um novo rumo para a arbitragem no Direito Administrativo, em que, anteriormente, havia posições divergentes.

E tivemos, logo em seguida, um segundo acórdão, que foi oriundo da Primeira Turma, cujo relator foi o Ministro LUIZ FUX, no Agravo Regimental do Mandado de Segurança 11.308, que está publicado também na mesma *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 11⁴. Tratava-se da rescisão inicialmente pretendida pela Administração de contrato de concessão contendo uma cláusula

2. TJDF, Conselho Especial, MS 1998.002003066-9, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18.05.1999, publicado na *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem* n° 8, pp. 359-373, com comentários de Cláudio Valença Filho.

3. STJ, Segunda Turma, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 25.10.2005, DJU 14.09.2006, publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 11, pp. 177/193, com meus comentários.

4. STJ, Primeira Seção, AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.06.2006, DJU 14.08.2006, publicado na *Revista de Arbitragem e Mediação* n° 11, pp. 194/221, com comentários meus em co-autoria com Valéria Galfindez.

arbitral. Houve uma ação judicial para que fosse reconhecida a rescisão e obtida a reintegração de posse. O juiz de primeira instância entendeu que não era possível dar andamento a essa ação, devendo ser extinta, porque havia uma cláusula compromissória. Desrespeitando a decisão judiciária, o Ministro da Ciência e Tecnologia baixou uma portaria rescindindo o contrato e reintegrando a empresa pública na posse. Contra esse ato ministerial, houve um Mandado de Segurança impetrado no STJ, para garantir o efeito positivo da arbitragem, ou seja, dizer que, havendo cláusula compromissória, ela era válida e devia ser obedecida, e que o ato do Ministro não poderia modificar, por decisão administrativa, o que tinha sido bilateralmente convencionado. É um acórdão interessante, que também faz a distinção entre os interesses primários e secundários da União. O acórdão explica que os interesses financeiros do poder público não são necessariamente interesses primários, caracterizando-se como interesses secundários, que são disponíveis, havendo a possibilidade de transigir e de submetê-los à arbitragem.

Este é um campo importante da arbitragem, tanto assim que, logo em seguida, o próprio legislador modificou a Lei de Concessões para admitir, de modo específico, que haja a arbitragem nas concessões⁵. E quando se fez a Lei das PPPs, também se admitiu a arbitragem nesse caso⁶. Assim, já há hoje um direito administrativo arbitral, decorrente de uma decisão do legislador e inspirado, em grande parte, na jurisprudência construtiva do STJ que a antecedeu.

Os editais dos contratos administrativos já contêm a previsão do uso de cláusulas de arbitragem mais ou menos amplas. Por exemplo, no caso dos contratos referentes a Jirau e Santo Antônio, tratando das usinas a serem construídas na Amazônia, há uma cláusula de arbitragem para a fixação da indenização devida no caso de rescisão, e uma cláusula de melhor esforço para incentivar o uso da arbitragem em relação às matérias que não se referem à indenização. Verificamos que, aos poucos, estamos nos aproximando dessas soluções. Apesar de não termos ainda tido decisões definitivas, o progresso foi imenso.

5. A arbitragem está prevista no artigo 23-A da Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões), incluído pela Lei nº 11.196/2005, que dispõe:

“Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”

6. A arbitragem está prevista no inciso III do artigo 11 da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP), *in verbis*:

“Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever “III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307/96 (...)”.

Fizemos, no Brasil, em matéria de arbitragem, o progresso que a Europa levou quase um século para realizar. Basta dizer que, até 1996, não havia praticamente arbitragem no Brasil. Nesses 12 anos, conseguimos uma jurisprudência ampla no STJ, favorável à homologação de sentença arbitral estrangeira, e numerosas decisões nos tribunais de primeira e segunda instância. Reconheceu-se a competência dos árbitros, entendendo-se que a arbitragem deve ser respeitada, e que a decisão arbitral decorre da confiança das partes, que a aceitaram previamente. Assim sendo, o mérito dessa decisão não pode ser modificado pelo Poder Judiciário, a não ser no caso de violação da lei ou em caso de fraude, que, na realidade, são situações que nenhuma decisão judiciária ou arbitral pode admitir.

Tivemos até certa inflação de câmaras de arbitragem. São, hoje, mais de uma centena delas e há um excesso. A câmara de arbitragem só se justifica quando há um mercado. Também temos uma inflação bibliográfica. O Brasil é o país que mais publicou livros sobre a arbitragem nesses dez últimos anos. Publicamos 120 livros sobre a arbitragem no Brasil, quando a realidade fática brasileira não justifica tantas obras. Mas mostra o interesse acadêmico, científico e também prático pela arbitragem.

Quero também dizer que a arbitragem é, na verdade, um novo campo de trabalho para o advogado que esclarece, aconselha e representa as partes, podendo funcionar como árbitro, que é uma nova profissão, uma especialização. O árbitro tem uma mentalidade, um espírito um pouco diferente dos do advogado. Há uma mudança de visão, do mesmo modo que a visão do MP, a visão do juiz, cada um aplicando o mesmo Direito com visões diferentes. Até diria que o modo de aplicar o Direito por parte do árbitro é diferente.

Temos também, ao lado da arbitragem nacional, a arbitragem internacional. Já tivemos árbitros brasileiros funcionando, no exterior, em arbitragens internacionais, porque a formação dos nossos árbitros hoje já permite esse funcionamento. Durante muito tempo, a arbitragem internacional foi um feudo de juristas europeus e norte-americanos, mas hoje há vários juristas e advogados brasileiros que funcionam na advocacia internacional, na qual surgiu, inclusive, uma nova profissão, que foi criada para os advogados, que é a de perito legal. É o advogado que vai, numa questão, esclarecer qual o direito brasileiro aplicável diante de árbitros que são, por exemplo, alemães, americanos, russos ou holandeses, e que vão aplicar o nosso direito que, na maioria dos casos, não conhecem. É uma função que não é fácil, porque temos que transmitir como funciona o nosso direito. Tive que explicar, por exemplo, todos os incidentes e respectivos efeitos que o mandado de segurança pode ter, desde o início até o fim, no caso mais pessimista. Pedi que um colega fizesse um esquema. Começou a demorar dois, três, quatro dias. Finalmente, me deram uma espécie de mapa, que tem o tamanho desta mesa, com todos os incidentes que poderiam surgir num mandado de segurança até o julgamento definitivo, que poderia demorar alguns anos em virtude dos sucessivos recur-

sos. Explicar tudo isso para os estrangeiros não é fácil, porque temos que definir a função de cada uma das instâncias, como funcionam, como se compõem as turmas julgadoras, etc.

Por exemplo, no caso de uma sociedade que é interveniente no acordo de acionistas, até que ponto o registro do mesmo nos livros da sociedade faz com que ela seja vinculatória para a cláusula compromissória? São questões que, para o estrangeiro, exigem uma compreensão maior.

A evolução obriga os advogados brasileiros a estarem mais presentes na arbitragem internacional, porque, evidentemente, é muito mais fácil explicar o Direito brasileiro a alguém que saiba a língua portuguesa e tenha acesso às nossas leis. Assim, tivemos árbitros portugueses atuando em arbitragens brasileiras e árbitros brasileiros funcionando em arbitragens portuguesas. É importante conhecer o direito estrangeiro nas suas fontes.

Eu diria que a arbitragem é uma justiça com outra mentalidade, com outro espírito. Na realidade, a finalidade da justiça estatal e da arbitragem é a mesma. Mas, de certo modo, o exercício da função é diferente. Há uma diferença de método e do modo de focalizar o problema que surge.

Podemos dizer que existem algumas características importantes da arbitragem, das quais a primeira é a flexibilidade, porque, ao invés de ter uma justiça de roupa feita, nós temos a possibilidade de ter uma justiça sob medida. Podemos escolher os árbitros, a lei aplicável, o modo pelo qual o processo vai se desenvolver. Podemos criar, na base da autonomia da vontade, tudo que a lei não proíbe.

Podemos ter um árbitro, três ou até cinco árbitros. Temos, assim, uma flexibilidade imensa. Podemos admitir a aplicação da lei brasileira, ou, num contrato internacional, aplicar a lei estrangeira. Temos uma grande possibilidade de usar "as conseqüências da autonomia da vontade", e o que o Professor MIGUEL REALE denominava "o poder de negociar", que é o poder de contratar, de criar normas contratuais.

A consequência, por outro lado, é que a arbitragem só tem efeito em relação às partes. Não é possível chamar um terceiro e dizer: "Participe da arbitragem, pois achamos que você tem culpa neste caso". A arbitragem é voluntária e não pode ser coativa. Então, não existe na arbitragem o litisconsórcio necessário. Aquele que não aceitou a arbitragem, que não assinou ou não participou dos contratos, mesmo que possa vir a ser afetado por essa arbitragem, não pode ser chamado para ser parte nela.

Temos, hoje, por exemplo, duas arbitragens, em que se discute, perante tribunais arbitrais distintos, se deve prevalecer a venda que uma das partes fez ao primeiro ou ao segundo comprador, pois o vendedor alienou o mesmo objeto duas vezes. São duas arbitragens em que se discutem as relações contratuais em dois casos distintos, mas o vendedor e o objeto da venda são os

mesmos. O primeiro comprador alega que a primeira venda é válida, o segundo alega que a segunda é válida, e cada um tem um processo arbitral contra o mesmo vendedor. Vamos ter duas decisões arbitrais distintas, que vão fazer com que, eventualmente, tenhamos depois um conflito judicial entre as duas partes que seriam proprietárias da mesma área. É a mesma coisa que acontece quando, diante do desvio de um rio, por exemplo, temos uma superposição da propriedade de dois vizinhos, porque um contou a sua metragem a partir da rua e o outro contou a partir do rio. É matéria que a Justiça vai resolver, não a arbitragem, pois inexistente cláusula compromissória nas relações entre os dois adquirentes.

Mas, além da flexibilidade, eu diria que a arbitragem tem um espírito próprio. O árbitro tem tempo para tratar do processo, porque deve ter experiência e disponibilidade para estudar o caso, fazer a prova, dar sua sentença, etc. Assim, na realidade, há a idéia de uma aplicação muito específica da lei, em que o fato é quase tão importante quanto o direito.

Eu me lembro de um dos poucos quadros, em que a Justiça está de olhos abertos. É o quadro de Rafael, que se encontra no Vaticano. A Justiça de olhos abertos não quer dizer a Justiça parcial, quer dizer a Justiça que quer não só aplicar a lei, mas fazer com que a lei aplicada seja a lei adequada para aquele caso concreto. Porque, algumas vezes, temos, na realidade, aplicações da lei, em certas situações, que o legislador não pensou que pudessem ocorrer e que podem levar a sentenças ou decisões injustas. No caso do árbitro, ele tem essa obrigação específica de atender às particularidades do caso. Já se disse que a sentença judicial é uma relativização do absoluto. A norma absoluta é relativizada para o caso. A sentença arbitral é relativizada com ponderação específica para o caso. Acho que tal fato tem uma importância básica no modo de ver e no trabalho feito pelo árbitro e até na advocacia arbitral.

Uma outra coisa que é muito importante é que a arbitragem é um procedimento de boa fé. Se ambas as partes não estiverem de boa-fé, é melhor que sejam encaminhadas à Justiça, cada uma defenderá os seus direitos. Se a outra parte não é uma parte de boa-fé, é melhor dizer ao seu cliente: "Não vamos para a arbitragem porque não vai funcionar adequadamente". É um processo que pressupõe o mínimo de confiança que as partes devem ter. Costuma-se dizer, na advocacia, que pode haver duas verdades: a verdade do réu e a verdade do autor. Mas para o advogado, só há uma verdade - a verdade do seu cliente. Em matéria de arbitragem, advogados e árbitros tentam fazer uma parceria na busca da verdade. Dizem que a cor branca não existe, é um conjunto de cores; do mesmo modo, a verdade, algumas vezes, tem que ser uma verdade construída, de boa-fé, mas também pragmática. É a verdade do possível, daquilo que vai, na realidade, ter essa função básica de permitir a convivência das partes e a solução dos problemas.

Temos, assim, uma conclusão muito importante. Já se definiu a arbitragem como instrumento de paz social e de complementação das lacunas do Direito.

Acho que isso é muito importante para o árbitro e para o advogado que funciona na arbitragem. É a ideia de construir para o futuro. Um economista disse, uma vez, que os economistas tinham uma grande superioridade em relação aos juristas porque os advogados e os juízes se limitam a olhar para o passado e restabelecer o *statu quo ante*, a situação anterior à lesão. Punimos aquele que cometeu o crime e ressarcimos o lesado pelo dano que lhe foi causado. Enquanto, alegava, a economia olha para o futuro.

É verdade que a bola de cristal dos economistas nem sempre dá certo; algumas vezes, dá até muito errado. Mas, hoje, há uma evolução nos tribunais no sentido de olhar para o futuro.

O Supremo Tribunal Federal, recentemente, em várias decisões, não está olhando só para o passado. Está olhando para o passado, o presente e o futuro. Mas a arbitragem pensa muito no futuro, e, sem desprezar o passado, é o meio de pacificar as relações entre as partes. Pela confidencialidade, pelo tipo de relacionamento que se cria na arbitragem, procura-se encontrar não só o ressarcimento, a reparação do prejuízo, mas também uma forma de convivência futura aceitável para ambas as partes. Não adianta uma condenação que, na realidade, não vai ter efeito prático nenhum. É preciso encontrar uma fórmula viável, uma fórmula prática. Muitas vezes, temos conflitos nos quais, na realidade, as partes têm divergências, mas querem continuar trabalhando juntas. Se entrarem na Justiça, com uma ação que vai demorar dez ou quinze anos, não poderão mais trabalhar juntas, não há mais clima de cooperação. E, algumas vezes, a cooperação é útil, necessária, e até mais importante do que o litígio. Mas o litígio existe e tem que ter uma solução. Se puder chegar a um acordo, muito bem; se a mediação ou a conciliação funcionarem, será ótimo. Mas, caso contrário, por que não pensar na arbitragem com esse espírito?

Tive duas experiências interessantes, em dimensões muito diferentes, no sentido da arbitragem, ser um instrumento de paz social. Porque quando se fala em instrumento de paz social, parece algo retórico; é uma frase bonita. Mas o que quer dizer isso? Seriamente, pode a arbitragem ser um instrumento de paz social? Posso responder que sim, citando dois casos.

O primeiro é o seguinte: num contrato de construção, havia uma pequena divergência, mas relativamente importante para as partes, em relação ao material usado. Ambas as partes gostariam de fazer um acordo, mas os diretores não tinham poderes para fazê-lo, ou, tendo-os, não queriam assumir a responsabilidade de fazer um acordo pelo qual poderiam vir a ser responsabilizados. No futuro, os donos da empresa poderiam entender que os diretores não fizeram o melhor acordo possível, que poderiam ter ganho mais, ou poderiam ter gasto menos. Assim, decidimos fazer uma arbitragem. Foi uma daquelas arbitragens rápidas, em que pudemos, com uma perícia única, decidir o caso em seis meses, e as partes tiveram o resultado adequado, com o qual todos ficaram felizes. Porque quem pagou disse: "Bom, eu paguei

menos do que eu poderia ter que pagar”; e quem recebeu disse: “Não foi o melhor negócio, mas eu estou continuando minha obra; o importante para mim é não perder o cliente, e encontrar uma solução que seja equitativa”.

O segundo caso foi um pouco mais complicado. Era uma discussão internacional entre um Estado africano, representado por uma empresa pública, e uma empresa multinacional que tinha tido concessões de minas naquele país. Em virtude de uma modificação política, que foi até muito complicada, essas concessões foram desapropriadas. O Estado entendia que não devia indenizar, porque o concessionário já havia ganho muito dinheiro. Nesse delicado clima emocional, foi organizada uma arbitragem. No dia em que a iniciamos, fomos notificados por um juiz do país de uma das partes (que não era o local da arbitragem) dizendo que não podíamos prosseguir, porque a arbitragem era contra os interesses nacionais do seu país, e que, se continuássemos a fazê-la, nós estaríamos sujeitos à pena de desobediência à Justiça. Não obstante, nos reunimos, os três árbitros, e chegamos à conclusão de que deveríamos prosseguir com o processo arbitral.

A arbitragem continuou e, depois de um ano com muitas petições e discussões, nós íamos ouvir um grande número de testemunhas. Cada um de nós se organizou para passar quinze dias, trabalhando dez horas por dia, para ouvir as quarenta testemunhas. Marcamos um domingo para nos encontrarmos e começar o trabalho na segunda-feira. Na segunda-feira, às nove horas, quando íamos começar os trabalhos, as duas partes chegaram e nos disseram: “Os senhores se importam de começar depois do almoço?”. Nós concordamos. Na hora do almoço, as partes solicitaram novo adiamento: “Vamos começar amanhã?”, ao que o Presidente do Tribunal Arbitral respondeu: “Mas nós temos quarenta testemunhas, não podemos ficar mais do que duas semanas, cada um tem suas obrigações”. Ficamos aguardando, fomos ao museu, depois a uma livraria jurídica, e me senti numa situação difícil, porque eu estava sendo pago para ir ao museu. Isso nunca me tinha acontecido: advogado pago para ir ao museu. Mas me lembrei que os empreiteiros têm uma cláusula referente às máquinas paradas, que são aquelas à disposição da outra parte e que, naquele momento, ela não usa, mas cujo tempo em que ficam à sua disposição deve ser ressarcido.

No fim do segundo dia, já estávamos um pouco irritados, quando, finalmente, as partes chegaram e nos informaram: “Fizemos o acordo. Está vindo um fax do presidente da empresa estatal e o conselho da multinacional se reuniu. Fizemos o acordo e queremos que seja homologado”. Homologamos o acordo. Logo em seguida, o representante da empresa pública pediu a palavra pela ordem. Eu disse: “Nós já julgamos a questão, já homologamos o acordo. A nossa jurisdição já se esgotou”. “Mas é uma questão de ordem”, esclareceu o advogado, e acrescentou: “Nós gostaríamos de oferecer aos árbitros uma taça de champanhe e fazer um discurso para dizer como foi útil a arbitragem, porque nos levou a fazer um acordo. Chegamos à conclusão de

que, na realidade, as duas partes precisavam uma da outra para o futuro e que, em favor dos negócios futuros, devíamos 'desemocionalizar' o conflito e fazer o acordo". Mandamos ouvir a outra parte, porque até para receber taça de champanhe os árbitros não devem decidir unilateralmente. A multinacional disse que aceitava sob duas condições: queria pagar metade da champanhe e também queria fazer discurso. Não houve nenhuma oposição, os três árbitros concordaram. Ouvimos dois discursos muito bonitos, até emocionantes. Cada um, no seu estilo, do advogado africano e do advogado inglês, e tomamos a nossa taça de champanhe. Isso me fez refletir sobre uma arbitragem que começou com ameaça de ordem de prisão e acabou com discursos e com uma taça de champanhe, que representava a paz entre as partes.

Assim, a ideia do instrumento de paz não é tão descabida, porque é raro que no fim de uma ação judicial, ambas as partes possam se reunir com seus advogados para fazer um discurso elogiando os advogados, o juiz e, ao mesmo tempo, oferecer uma taça de champanhe em conjunto. Isso não costuma acontecer. Em arbitragem, também não é costumeiro, mas é um fato que lembro sempre, porque mostrou que nós, advogados, ao lado da nossa cultura de litigância, que é uma cultura importante, também podemos e devemos ser, como os árbitros são, os catalisadores dos acordos, os catalisadores da paz, e a arbitragem é efetivamente um instrumento importante para tentar evitar ou terminar as guerras.

Quantas vezes advogados experimentados viram conflitos societários acabar na dissolução da sociedade e esta acabar na falência? Quantas vezes há lutas suicidas que não levam a nada, e o vencedor, na realidade, tem uma vitória de Pirro? Muitas vezes, o espírito da arbitragem, que é um espírito de construção, de paz, pode ser muito útil às partes. É, aliás, também, este o papel do advogado, que não é só o litigante, mas é o construtor de soluções, é o advogado pragmático, no bom sentido da palavra, no sentido de dar soluções adequadas aos problemas, pensando no interesse do cliente. É uma função nova, que cada vez mais os advogados assumem no século XXI.

Acho que, especialmente nos países que necessitam de investimentos, e em que há divergências entre a Administração e os concessionários, é importante poder dar soluções construtivas, pragmáticas, equitativas, rápidas, dentro do possível, e a custo razoável. O custo para o cliente não se limita às custas judiciais e aos honorários dos advogados, é também o custo de uma litigância de longos anos, com lucros cessantes que praticamente não podem ser ressarcidos porque, muitas vezes, o tempo que durou o litígio faz com que toda vitória seja uma vitória de Pirro, meramente formal. É quando as partes, depois do fim da luta, concluem que poderiam ter feito, no passado, uma arbitragem ou um acordo, evitando o conflito judicial e tendo menores custos e maiores resultados para ambas.