

# **Conflito e cooperação: as vantagens da arbitragem<sup>1</sup>**

Conflict and cooperation: the advantages of arbitration

**Ricardo Soares Stersi dos Santos<sup>2</sup>**

**Horácio Wanderlei Rodrigues<sup>3</sup>**

Resumo: Conflito e cooperação coexistem na Sociedade desde a antiguidade. A arbitragem é uma forma de resolução de conflitos que está presente em grande parte dos sistemas jurídicos. Deve ser analisada na sua função de aplicar o direito e pacificar a Sociedade. Por meio da arbitragem, em razão de algumas das suas características, é possível promover a distribuição da justiça de forma mais rápida e efetiva, realizando plenamente algumas das expectativas da Sociedade de acesso a uma ordem jurídica justa. São várias as vantagens da arbitragem destacadas no artigo: a possibilidade de escolha do árbitro; a possibilidade de escolha das regras aplicáveis; a rapidez do processo arbitral; a confidencialidade.

Palavras chave: Conflito; Cooperação; Arbitragem e suas vantagens.

Abstract: Conflict and cooperation coexist in Society since the ancient ages. The arbitration is a means of dispute resolution that exists in most legal systems. Its analysis shall be grounded on its capacity to apply the law and to pacify Society. Through arbitration, due to some of its characteristics, it is possible to promote the distribution of justice in a faster and more effective manner, achieving some of the Society expectations regarding a fair legal system. There are various advantages of arbitration highlighted in the article: the choice of

---

<sup>1</sup> Este artigo integra o Projeto de Pesquisa “Limites e possibilidades da eficácia da prestação jurisdicional no Brasil”, apoiado com recursos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ Acadêmico) e da CAPES.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-Doutorado na Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor dos Cursos de Graduação e de Pós-graduação em Direito da UFSC e do Curso de Pós-Graduação em Relações Internacionais da UFSC.

<sup>3</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), com estágio de Pós-doutorado em Filosofia na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor Titular do Departamento de Direito da UFSC, lecionando no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação (PPGD - Mestrado e Doutorado). Sócio fundador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e da Associação Brasileira de Ensino do Direito (ABEDi). Membro do Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP). Coordenador do Núcleo de Estudos Conhecer Direito (NECODI), do Departamento de Direito da UFSC. Pesquisador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

arbitrator; the choice of applicable rules; the speed of the arbitration proceedings; the confidentiality.

Key words: Conflict; Cooperation; Arbitration and its advantages

## **1 – Cooperação e Conflito**

A vida em Sociedade é marcada pela profusão de objetivos que cada indivíduo e/ou grupo pretendem satisfazer. Tais objetivos podem ser materiais e imateriais e a cada um é atribuído uma determinada quantidade de valores.

Nem sempre os valores atribuídos pelas partes a um determinado bem são iguais ou equivalentes.

Na busca pela realização dos objetivos, os agentes podem cooperar e/ou conflitar.

Entelman (2005, p. 49) define as condutas de cooperação como as hipóteses em que os agentes percebem que possuem objetivos comuns ou coincidentes numa relação social e decidem ajustar suas condutas de forma a permitir a satisfação dos objetivos de cada um.

O conflito surge quando numa dada relação social os agentes percebem os seus objetivos como incompatíveis de serem realizados ao mesmo tempo.

Weber (2002, p. 67) atrela a ideia de conflito a categoria luta reconhecendo como tal as ações de cada agente com a finalidade de “[...] satisfazer a vontade própria, prevalecendo contra a resistência de outros [...]”.

A uma distinção entre luta violenta e luta pacífica (competição). Se na primeira é empregada pelos atores social a violência física para a satisfação dos interesses, na segunda há uma “[...] tentativa formalmente pacífica de obter o controle de oportunidades e vantagens também cobiçadas por outros” (WEBER, 2002, p. 67)

O conflito e a cooperação são comuns no nosso dia a dia. Nasceram da nossa vida em Sociedade e fazem parte do desenvolvimento e transformação dos seres humanos e da Sociedade. O conflito e a cooperação são utilizados quer para manter o “status quo” quer para criar uma nova realidade.

Para Mitchell (1989, p.07) os conflitos são inevitáveis porque existem na Sociedade situações de escassez de recursos, de divisão de funções e de diferenças de poder empregados na disputa por um número limitado de bens.

A maior complexidade da Sociedade hoje, pós-industrialização e urbanização, gerou um incremento significativo nos conflitos em virtude de uma comunicação maior entre os indivíduos e os grupos; o estímulo à competição decorrente dos modelos econômicos; os destaques culturais que são dados às numerosas formas de diferenciação e de estratificação sociais (étnicas, linguísticas, de gênero, de orientação sexual, de classe social, de formação educacional, etc).

Em contrapartida, a Sociedade reconhece a necessidade de administrar os conflitos adequadamente para impedir que se tornem recorrentes e intermináveis e, conseqüentemente, que gerem uma ameaça significativa e comprometimento, de acordo com Álvarez (2003, p.51) “[...] os projetos ou patrimônio dos indivíduos, grupos ou entidades de uma comunidade”.<sup>4</sup>

Os conflitos afetam a todos os envolvidos e, por vezes, pode levar a uma paralisia na possibilidade de se alcançar objetivos, gerando uma frustração comum.

A continuidade de um conflito também pode comprometer os projetos e as políticas públicas de um Estado, já que à administração dos recursos públicos ficam subordinados ao esforço empreendido pelo Estado para colocar fim ao conflito.

Uma vez estabelecido o conflito, cada agente passará a adotar os comportamentos que julgarem compatíveis para realizar os seus objetivos e, concomitantemente, em impedir que os demais os alcancem.

São comportamentos atrelados a necessidade de resolver o conflito, pois somente a sua resolução vai permitir que o agente possa alcançar o bem que busca.

Assim como a Sociedade convive com os conflitos também estabelece meios de administrar e gerar decisões que os resolvam.

Os meios de solução de conflitos existem independentemente da existência ou não do Estado. As Sociedades anárquicas, como a Sociedade Internacional, também possuem estruturas e processos destinados à solução de conflitos.

Os meios de resolução de conflitos são os mais diversos possíveis. Os mais comuns são: negociação, conciliação, mediação, arbitragem e a forma judicial.

Tal como o conflito e a cooperação, os meios de resolução de conflito são modalidades de relações sociais.

---

<sup>4</sup> los proyectos o patrimonios de los individuos, grupos o entidades de una comunidad. (Tradução livre)

Para Entelman (2005, p. 46) as relações sociais são definidas pelas condutas interdependentes e recíprocas dos agentes em que a conduta de cada um é compreendida, orientada e resolvida a partir da conduta dos demais, dando sentido as ações.

Não é possível pensar as relações sociais e, conseqüentemente, o conflito, a cooperação e os meios de resolução de conflitos sem entender a importância da comunicação humana. As relações sociais são relações de comunicação. Assim em cada conflito, cooperação e meios de resolução de conflitos existem processos comunicacionais interferindo no seu surgimento, compreensão e atuação.

Uma parcela dos conflitos existentes na Sociedade se enquadra na modalidade dos conflitos jurídicos.

A ideia dos conflitos jurídicos parte do pressuposto de que o objetivo buscado por pelo menos um dos agentes é protegido por uma ordem jurídica. Tal ordem jurídica é invocada pelo agente como um mandamento de natureza obrigatória que lhe assegura a possibilidade de satisfazer o seu objetivo em detrimento dos demais.

A mesma ordem jurídica também é invocada para obrigar os demais agentes a cessarem a sua resistência e permitir que o detentor do direito tenha acesso ao bem protegido pela norma jurídica.

Por meio do Direito se busca estabelecer uma maneira de administrar os conflitos nascidos no âmbito da Sociedade, assim como criar uma direção de condutas aplicáveis a todos os integrantes.

Na sua função de direção de condutas, o Direito busca assegurar que os indivíduos aceitem e incorporem, em seus comportamentos, as condutas previstas nas normas estabelecidas pela Sociedade. Para o presente artigo, entretanto, importará unicamente a função de administração dos conflitos efetuada pelo Direito.

Para Rocha “[...]o conflito nasce da inefetividade das normas de direção das condutas, ou seja, o conflito nasce quando falha a função de direção das condutas.”<sup>5</sup>

Não é fácil definir o que seja conflito jurídico. Opta-se aqui pelo sentido jurídico de conflito, também designado como lide, descrito por Caivano, Gobbi e Padilla (1997, p. 117) devidamente fundamentados nas idéias de Carnelutti<sup>6</sup>, para os quais:

---

<sup>5</sup> Rocha, 1999, p. 29.

<sup>6</sup> Para Carnelutti a lide se define pelo embate ou pela contraposição de interesses surgidos no âmbito das relações sociais, podendo ou não ser canalizados para o processo. (Carnelutti, 1947, p. 44.)

[...] o conflito se manifesta como uma contraposição intersubjetiva de direito e obrigações, como um fenômeno que se produz quando a respeito de um mesmo bem coexistem duas pretensões conjuntas, ou melhor, uma pretensão por um lado e uma resistência por outro.<sup>7</sup>

Um vez estabelecido o conflito jurídico é necessário verificar na ordem jurídica os meios colocados a disposição da Sociedade para solucionar tais conflitos.

Para que haja um efetivo acesso à justiça os meios de resolução de conflitos estabelecidos na ordem jurídica devem ser aptos a promover adequadamente a pacificação social; ser de fácil acesso a população como um todo (economicamente viáveis); e auxiliar na promoção da cultura e do conhecimento dos direitos individuais e coletivos. Tais meios também devem levar em conta, na medida do possível, a possibilidade dos indivíduos e grupos poderem livremente escolher as formas que reputarem mais adequadas de solucionar os seus problemas e de participarem dos procedimentos.

Os modelos de solução de conflitos jurídicos podem ser classificados em: Autotutela, Autocomposição e Heterocomposição.

Na autotutela o conflito é solucionado mediante o emprego da violência. Desta forma o uso ou a ameaça de utilização da força (quando crível) permitem cessar a resistência dos opositores que impediam a satisfação dos interesses.

Calmon (2007, p. 29) destaca que a autotutela é utilizada de forma generalizada apenas em sociedades primitivas, já que o uso em maior escala geraria “[...] descontrole social e à prevalência da violência.”

Os exemplos mais comuns de autotutela são: guerra, embargos, bloqueio, greve, legítima defesa, rompimento de relações diplomáticas, retirada do embaixador, etc.

A autotutela coincide com a autocomposição no que tange a quem tem o poder de decidir o conflito. Tanto em um quanto em outro o poder decisório de solucionar o conflito se restringe aos próprios atores do conflito.

A diferença é que na autocomposição a solução do conflito é construída pelos próprios atores por meio do acordo ou de manifestação unilateral de uma das partes que modifica o seu comportamento e permite que os demais satisfaçam os próprios interesses.

---

<sup>7</sup> *el conflicto se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando respecto de un mismo bien coexisten dos pretensiones encontradas o bien una pretensión por un lado y una resistencia por el otro.* (Tradução livre)

A autocomposição, assim, é a solução do conflito pelas próprias partes interessadas por meio do acordo ou de manifestação unilateral.

São exemplos de manifestação unilateral para colocar fim ao conflito: a desistência, a renúncia, a submissão. Em qualquer um destes casos o interesse maior do agente passa a ser cessar o conflito (seja porque lhe é conveniente modificar sua conduta; porque está convencido que o outro têm razão ou porque não possui mais meios de se opor).

É possível a intervenção de terceiros em algumas formas de autocomposição. O terceiro, entretanto, não recebe o poder de decidir o conflito em substituição à vontade das partes. As formas mais comuns de intervenção de terceiros na autocomposição são a mediação, a conciliação, o ombudsman, etc.

Na heterocomposição o conflito é resolvido por um terceiro, escolhido ou não pelas partes, que adjudica o poder de decidir antes pertencente às partes. A decisão do terceiro é vinculativa em relação às partes.

Se na autocomposição o poder de resolver os conflitos pertence às partes na heterocomposição o poder é atribuído a um terceiro. São exemplos de heterocomposição a arbitragem, a forma judicial, o processo administrativo, *court annexed arbitration*, algumas situações de *rent a judge*.

No presente trabalho faremos maiores considerações apenas sobre a arbitragem.

## **2 – Arbitragem**

Não é tarefa das mais fáceis apresentar um conceito “universal” para a arbitragem. O conceito operacional de arbitragem esbarra nas características identificadas como relevantes para o instituto.

Cretella Junior (1988, p.128) conceitou a arbitragem como sendo:

[...]sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Para Fouchard, Gaillard e Goldman (1996, p. 11-12) por meio da arbitragem “[...] as partes convencionam submeter sua disputa a particulares que eles escolhem [...]”.<sup>8</sup>

Naves (1925, p.15), nos primórdios do século XX, destacou o juízo arbitral como “[...] a discussão e julgamento de uma controversia entre duas ou mais pessoas, sobre determinada relação de direito, perante árbitros.”

David (1981, p. 09) destaca que a arbitragem é uma técnica que visa solucionar uma ou mais questões decorrentes da relação de interesses entre duas ou mais pessoas por outra ou por outras pessoas (o árbitro ou os árbitros), sendo que os poderes destas decorrem de uma convenção privada estabelecida por aquelas, bem como a decisão que proferem sobre a disputa e sem que tenha(m) sido investida(s) de tal missão pelo Estado.<sup>9</sup>

As definições de arbitragem acabam por revelar alguns dos principais aspectos do instituto:

- a) As partes tem o poder de estabelecer, por meio da convenção de arbitragem (contrato privado), que a solução das disputas decorrentes de certos conflitos serão realizadas por um terceiro, designado árbitro ou por um grupo de pessoas (órgão colegiado), designado no Brasil como tribunal arbitral;
- b) As partes escolhem quem será o árbitro ou os árbitros. Em razão disto podem delegar o poder de apontar o árbitro ou os árbitros a outras pessoas ou instituições;
- c) O laudo arbitral é, em regra, obrigatório para as partes. Desta forma a decisão do árbitro vincula as partes.
- d) A escolha válida da arbitragem, por meio de convenção de arbitragem, implica na atribuição de competência ao árbitro para julgar o conflito de interesses das partes. A escolha válida da arbitragem também implica na exclusão da competência dos órgãos do Poder Judiciário para o julgamento do mérito do conflito.

A arbitragem pode ser classificada em arbitragem *ad hoc* ou institucional.

Na arbitragem *ad hoc* o árbitro é escolhido diretamente pelas partes que também escolhem as regras aplicáveis para o caso específico.

---

<sup>8</sup> [...] les parties conviennent de soumettre leur différend au jugement de particuliers qu’elles choisissent [...]. Tradução livre.

<sup>9</sup> O conceito apresentado é estabelecido a partir de uma tradução não fiel de: [...] L’arbitrage est une technique visant à faire donner la solution d’une question, intéressant les rapports entre deux ou plusieurs personnes, par une ou plusieurs autres personnes – l’arbitre ou les arbitres – lesquelles tiennent leurs pouvoirs d’une convention privée et statuent sur la base de cette convention, sans être investis de cette mission par l’Etat.(DAVID, 1991, p. 09).

Santos (2004, p. 28) indica que na arbitragem *ad hoc* “Cabe às partes, dentro dos limites impostos pela ordem jurídica [...], criar, organizar e estipular as regras relativas ao desenvolvimento do processo arbitral, até que seja proferida a sentença arbitral, bem como sobre as regras de direito de fundo aplicáveis ao mérito do litígio.”

Para Rechsteiner (2001, p. 21), na arbitragem *ad hoc*:

[...] as próprias partes determinam as regras processuais a serem seguidas pelo tribunal durante o procedimento arbitral. A liberdade de decisão, aqui, costuma ser ampla, tão-só restrita por normas cogentes ou imperativas, relacionadas ao procedimento arbitral, advindas do ordenamento jurídicos do país em que tem sede o tribunal arbitral.

No mesmo sentido Redfern e Hunter (1999, p. 44) apontam que “A arbitragem *ad hoc* é regida sob regras de procedimento que são adotadas para os propósitos da arbitragem.<sup>10</sup> Os mesmos autores apontam que as regras de procedimento da arbitragem *ad hoc* são escolhidas a partir das regras previamente estabelecidas por certas organizações como a UNCITRAL<sup>11</sup>; as vezes são escolhidas diretamente pelas partes; em determinadas situações são delegadas aos membros do tribunal arbitral; ou por formas de combinação dos itens anteriores. (REDFERN; HUNTER, 1999, p. 44)

Para Redfern e Hunter (1999, p. 47-48) a maior vantagem da arbitragem *ad hoc* é a necessidade de cooperação das partes e dos seus conselheiros, que vão fazer suas escolhas norteadas pelos fatos que originaram o conflito (escolhas das regras sobre medida para o conflito). A arbitragem *ad hoc* permite uma maior flexibilidade na adequação das regras escolhidas pelas partes e é muita utilizada na resolução de conflitos entre Estados.

A desvantagem principal da arbitragem *ad hoc* é a possibilidade maior de adoção de condutas protelatórias pelas partes, visando retardar a arbitragem. Por se tratar de modalidade que demanda maior cooperação entre as partes, uma vez surgido o conflito estas podem ter maior dificuldade em se porem de acordo a respeito da escolha do árbitro, das regras aplicáveis, do tempo de duração da arbitragem, da sede da arbitragem, entre outros pontos.

A arbitragem institucional é oferecida por instituições públicas ou privadas, nacionais ou internacionais, com finalidades gerais ou específicas, que tem entre os seus

---

<sup>10</sup> “Na ad hoc arbitration is conducted under rules of procedure which are adopted for the purposes of the arbitration.” Tradução livre.

<sup>11</sup> United Nations Commission on International Trade Law. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. Tradução livre.

objetivos à prestação de arbitragens.<sup>12</sup> Na arbitragem institucional as instituições de arbitragem “[...] além de fiscalizar o andamento do procedimento arbitral, administra-o, auxiliando às partes e aos árbitros no que for necessário.” (RECHSTEINER, 2001, p. 22)

Carmona (1998, p. 90) afirma que são vários os finalidades possíveis para as instituições de arbitragem, destacando:

a) instituições de natureza essencialmente arbitral, cujo escopo exclusivo é organizar e levar adiante o processo arbitral [...]; b) instituições que acumulam competências mistas, ou seja, organizam, promovem e regulamentam o comércio e, eventualmente, assumem funções de tribunal arbitral ou facilitam a organização e funcionamento da arbitragem; c) órgãos de natureza essencialmente corporativa, que velam por interesses de um setor, ramo ou profissão e que resolvem, através da arbitragem, questões relativas à sua área específica de atuação [...]; d) instituições de competência geral (multissetorial), que conhecem de toda a classe de arbitragens comerciais [...]; e) instituições de caráter científico, que se ocupam da arbitragem do ponto de vista da investigação e da pesquisa, promovendo seu desenvolvimento através de publicações e atividades culturais; f) instituições de caráter universal, de vocação multissetorial e universalista [...].

Atualmente existe um número expressivo de instituições de arbitragem porém poucas são reconhecidas internacionalmente.

A credibilidade das instituições de arbitragem é construída principalmente: a) a partir do aparato institucional disponibilizado aos interessados em resolver conflitos pela via arbitral, como as facilidades materiais disponibilizadas (ambientes, aparato tecnológico, organização administrativa); b) a qualidade e competência dos árbitros que compõem a lista oferecida pela instituição; c) a qualidade dos laudos arbitrais proferidos tanto no que diz respeito a competência na análise do mérito do conflito quanto aos cuidados adotados no andamento do processo arbitral e na elaboração do laudo arbitral, na medida em que diminuem as possibilidades de impugnação perante os órgãos do Poder Judiciário.

Para Redfern e Hunter (1999, p 45) a principal vantagem da arbitragem institucional é a incorporação automática que as partes fazem ao seu conflito das regras da instituição arbitral. Tais regras estabelecem mecanismos de superação de impasses quando uma das partes adota uma postura pouco colaborativa na arbitragem (quando se recusa a apontar o nome do árbitro por exemplo).

---

<sup>12</sup> É comum que tais instituições também prestem serviços em outras formas de resolução de conflitos como a mediação e a conciliação, por exemplo.

Outra vantagem é a profissionalização das instituições de arbitragem que na sua grande maioria promovem o treinamento dos profissionais que interveem nas arbitragens, maximizando as despesas e o tempo no procedimento arbitral. (REDFERN; HUNTER, 1999, p. 45).

Por outro lado as maiores desvantagens estão associadas aos custos da arbitragem (valores elevados) e ao tempo de duração dos procedimentos arbitrais (mais formais e burocráticos). O tempo de duração da arbitragem institucional tende a ser alargado em razão de um maior formalismo e controle realizado ao longo do procedimento arbitral, cumprindo as regras procedimentais e processuais previstas no regulamento da instituição.

Além da classificação entre arbitragem *ad hoc* e institucional é comum encontrar nas publicações sobre o tema a distinção entre arbitragem nacional e internacional, entre arbitragem formal ou informal e entre arbitragem de direito e de equidade.

### **3 – Vantagens da arbitragem<sup>13</sup>**

A doutrina tem noções relativamente harmonizadas referentes às reputadas vantagens da arbitragem. Trata-se claramente de vantagens que possuem um caráter relativo e que foram estabelecidas fundamentadas nos princípios norteadores do instituto.

Entre as principais vantagens reconhecidas, podem ser destacadas: a liberdade de escolha do árbitro; a liberdade de escolha das regras aplicáveis; a celeridade; a confidencialidade.

#### **3.1 – Liberdade de escolha do árbitro**

Na arbitragem as partes em conflito têm a faculdade de efetuar a escolha do julgador. Essa liberdade de escolha permite que os litigantes indiquem indivíduos que repute competentes para administrar e decidir de forma justa o conflito.

É relativamente comum que a opção recaia em pessoas que possuem conhecimentos técnicos sobre as matérias objeto do conflito e sejam reputadas como equilibradas; imparciais; justas e éticas, detentoras da confiança das partes.

---

<sup>13</sup> Sobre as vantagens da arbitragem recomenda-se, entre outras, a leitura das seguintes obras: CARMONA, 1998, p. 71-75; MORAIS, 1999, p. 213-214; REDFERN; HUNTER, 1999, p. 45-48; FRICK, 1999, p. 07; SANTOS, 1986, p. 60-63; GUTT, 1984, p. 87-89;

O árbitro escolhido deve ser imparcial e independente. Configurando-se qualquer situação fática que revele o comprometimento da independência e/ou da imparcialidade do árbitro, este poderá ser afastado por meio de incidente processual.

Visando impedir que as partes escolham um árbitro que não seja independente e imparcial, surge na arbitragem um dever de revelação.<sup>14</sup> Por meio do dever de revelação, o árbitro está adstrito a comunicar as partes (anteriormente a aceitação do encargo) sobre todos os fatos que possam gerar dúvida razoável sobre a sua independência ou imparcialidade, maculando a confiança depositada pelas partes.

### 3.2 – Liberdade de escolha das regras aplicáveis

A liberdade de escolha das regras aplicáveis se aplica tanto as regras processuais e procedimentais como as regras que serão aplicadas no julgamento de mérito do conflito.

São normas jurídicas internas e internacionais que autorizam as partes a promoverem a escolha das regras de procedimento que deverão ser aplicadas pelo árbitro durante o desenvolvimento do processo arbitral.

A referida faculdade permite, inclusive, que as partes criem regras de procedimento (nos casos de arbitragem *ad hoc*) ou optem pelas arbitragens institucionais, aderindo as regras procedimentais estabelecidas no regulamento da instituição escolhida. Em ambas as situações as regras procedimentais não podem violar os princípios de ordem pública internos e internacionais.

Na ausência de acordo das partes quanto à escolha das regras processuais e procedimentais, certas ordens jurídicas permitem que o apontamento seja feito pelo árbitro.<sup>15</sup>

A mesma situação se aplica na hipótese da escolha efetuada pelas partes recair em regras que violem os princípios de ordem pública. Nessa hipótese o árbitro deve deixar de aplicar as eventuais normas que colidam com a ordem pública, bem como promover a escolha de outras em substituição as normas afastadas.

---

<sup>14</sup> Este dever de revelação foi incorporado como norma em algumas ordens jurídicas. Nas demais situações para exclusivamente como uma conduta ética do árbitro. As grande instituições de arbitragem impõem, nas suas regras procedimentais, o dever de revelação.

<sup>15</sup> Por exemplo: artigo 21, § 1º, da lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996

A liberdade de escolha não se restringe apenas as regras processuais e procedimentais. As partes também detêm a faculdade de escolher as regras que serão aplicáveis ao mérito do conflito.

Em certas ordens jurídicas esta liberdade de escolha permite, inclusive, afastar a aplicação de normas positivadas permitindo que a escolha recaia na equidade, em princípios gerais de direito, em usos e costumes, em práticas do comércio internacional (*Lex mercatoria*).

Mais uma vez os princípios de ordem pública tanto internos quanto internacionais serão adotados como os limites no exercício da liberdade de escolha, devendo ser afastadas pelas partes e pelo árbitro as regras de mérito que violem tais princípios.

### 3.3 – Celeridade na resolução do conflito

A possibilidade de escolha das regras de procedimento permite que as partes estabeleçam um procedimento mais célere, informal e flexível, permitindo uma maior rapidez na resolução do conflito.

Naves (1925, p. 07) já apontava, nos primórdios do século 20, ao comparar a arbitragem com o processo judicial, que “Entre as muitas vantagens do Juízo Arbitral, sobrelevam em importância a presteza do julgamento e a modicidade das despesas.”

Outro fator que pode contribuir para a aceleração da decisão de mérito é a possibilidade de escolha do julgador. Diante dessa opção, as partes podem escolher um árbitro que detenha conhecimentos técnicos sobre a matéria objeto do conflito e que, conseqüentemente, tenha maiores facilidades para interpretar e decidir as questões técnicas atreladas aos fatos relevantes da demanda, favorecendo uma tomada de decisão mais rápida.

A referida vantagem também é válida nas arbitragens institucionais, apesar do maior formalismo nas mesmas. A celeridade é estabelecida a partir de termos comparativos com a forma judicial de resolução de conflitos.

### 3.4 – Confidencialidade da arbitragem

Quanto a confidencialidade, a arbitragem é em regra sigilosa.

Estão em regra afeitos a confidencialidade da arbitragem: as partes, os árbitros e terceiros que auxiliem no processo arbitral (escrivães, testemunhas e peritos, por exemplo).

A ideia que embasa a confidencialidade é permitir que as partes busquem a resolução do conflito independentemente de pressões externas, comuns nos processos judiciais não protegidos pelo segredo de justiça e que são embasados no princípio processual da publicidade.

Por meio da confidencialidade é possível proteger-se contra o vazamento de informações que possam, uma vez expostas ao público, abalar a imagem das partes ou causar-lhes prejuízo financeiro considerável.

A confidencialidade também permite que segredos de produção, administração e de comercialização de produtos, por exemplo, não sejam divulgados, comprometendo a sua política de atuação dentro de um contexto de mercado.

Outra vantagem da confidencialidade é impedir que os valores (sejam econômicos ou morais) contidos no laudo arbitral sejam publicizados visto que as partes poderiam ter os argumentos de sustentação das suas condutas desconsiderados em outras demandas sobre as mesmas espécies de conflito que porventura fossem submetidas a novas arbitragens.

Para Magalhães (1986, p. 17) “[...]a confidencialidade do procedimento cria, entre as partes, atmosfera propícia à conciliação[...]”.

É preciso reconhecer, entretanto, que o sigilo na arbitragem acaba vigorando apenas durante o desenvolvimento do procedimento arbitral (processo de conhecimento). Após a sentença arbitral ser proferida, caso seja condenatória e não haja o cumprimento voluntário pela parte vencida, caberá à parte vencedora executar o julgado.

A execução da sentença arbitral será ajuizada perante órgão do Poder Judiciário e o processo de execução não mais estará protegido pelo sigilo da arbitragem, permitindo a publicidade da sentença arbitral (anexada no processo de execução como título executivo).

Morosini (2008, p. 162-166) reconhece que a confidencialidade da arbitragem têm tratamento ambíguo pelos regulamentos de arbitragem, que fixam certos parâmetros de confidencialidade mas não o estende a totalidade dos atos praticados no processo arbitral.

Para Morosini a confidencialidade da arbitragem também têm tratamento dissonante na jurisprudência produzida pelo Poder Judiciário sobre o tema. Na Austrália o reconhecimento da confidencialidade dependeria de manifestação neste sentido acordada

entre as partes na convenção de arbitragem e não se estenderia a documentos e informações produzidas no processo arbitral que estivessem respaldados pelo interesse público. (MOROSINI, 2008, p. 166-171) .

#### **4 – Considerações Finais**

Como se afirmou anteriormente, as vantagens da arbitragem são relativas e vão variar de acordo com o tratamento dado ao instituto pelas partes (nas arbitragens *ad hoc* principalmente), pelos regulamentos de arbitragem (nas arbitragens institucionais), pelos árbitros e pelos Poderes Judiciários de cada Estado (seja fiscalizando arbitragens internacionais ou nacionais).

Uma grande parte das propaladas vantagens estão vinculadas a idéia da autonomia de vontade das partes, que vai atuar como um princípio fundamental na arbitragem. Ocorre que nem todas as ordens jurídicas prevêm a utilização do mesmo grau de autonomia de vontade, fazendo com que, em certos casos, esta se restrinja à mera escolha da arbitragem.

Apesar das vantagens enunciadas, algumas desvantagens também são reconhecidas pela doutrina.

Goulene e Racine (1999, p. 277-290) apontam que o procedimento arbitral atual não é tão rápido e flexível como outrora, mormente nos casos de arbitragem institucional. Os referidos autores analisam: a) que os desvios processuais da arbitragem acabam gerando uma maior complexidade do procedimento arbitral; b) que houve uma certa infração ao princípio da celeridade, nas arbitragens institucionais, em razão de um maior apego das partes aos formalismos do processo, principalmente na arbitragem institucional; c) que existe um incremento significativo das práticas de obstrução processual, executados pelas partes e seus procuradores, durante o desenvolvimento do processo arbitral.

Além das críticas já indicadas, outras podem ser feitas à utilização da arbitragem tais como: a) os custos econômicos das arbitragens submetidas aos órgãos institucionais de arbitragem, usualmente altos; b) os excessivos meios de intervenção e controle da arbitragem, por parte dos órgãos do Poder Judiciário; c) a maior possibilidade de serem proferidas decisões arbitrárias, pelo árbitro, em razão do procedimento arbitral ser

menos rígido que o procedimento judicial; d) a possibilidade das partes se subtraírem à aplicação do direito material do Estado onde esteja se desenvolvendo a arbitragem, por meio da escolha da equidade, da *lex mercatoria*, ou da aplicação de normas de direito substancial estrangeiro; e) a falta da atribuição de poder coercitivo ao árbitro para dar cumprimento as suas decisões, tornando-o dependente do órgão do Poder Judiciário para a efetivação dos julgados (por exemplo: no que diz respeito às tutelas de urgência, condenatórias, mandamentais ou executivas lato senso).

É preciso reconhecer que a utilização da arbitragem está associada a todas as vantagens enumeradas anteriormente. Ocorre que não se trata de um procedimento ideal para qualquer tipo de conflito. Em certas situações outras formas de solução de litígios serão mais adequadas e eficazes do que a arbitragem.

Há determinadas matérias que mesmo versando sobre direitos disponíveis sofrem uma grande resistência e temor de serem encaminhadas a uma solução pela via arbitral. Questões relativas a relações de consumo de um modo geral, relações oriundas de contratos de adesão ou conflitos individuais trabalhistas, todas vinculadas a relações em que há grande discrepância de poder entre as partes envolvidas no litígio.

O importante é que a arbitragem seja encarada pela Sociedade como um procedimento capaz de também promover adequadamente a função jurisdicional no universo dos conflitos a ela submetidos e, assim, realizar um dos escopos essenciais da jurisdição de promover uma correta pacificação do meio social com o fortalecimento da ideia de segurança e de liberdade e auxiliando no fortalecimento do acesso à justiça.

### **Referências Bibliográficas**

**ÁLVAREZ**, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003.

**CAIVANO**, Roque J.; **GOBBI**, Marcelo.; **PADILLA**, Roberto E. *Negociación y mediación*. Buenos Aires : Ad hoc, 1997.

**CALMON**, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

**CARMONA**, Carlos Alberto. *A arbitragem e processo*. São Paulo : Malheiros, 1998.

**CARNELUTTI**, Francisco. *Sistema del derecho procesal civil*. Buenos Aires : UTHEA, v. I, 1947.

**CRETELLA JUNIOR**, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 25, n. 98, abr./jun. 1988.

- ENTELMAN**, Remo F. *Teoría de conflicto: hacia um nuevo paradigma*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- FRICK**, Joachim G. *Arbitration and complex international contracts*. Londres : Kluwer Law International. 1999.
- GOULENE**, Alain; **RACINE**, Jean-Baptiste. As flutuações processuais da arbitragem. In **CASELA**, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional*. São Paulo : LTR, 2ª ed., 1999.
- DAVID**, René. *L'arbitrage dans Le commerce international*. Paris: Economica, 1981.
- FOUCHARD**, Philippe; **GAILLARD**, Emmanuel; **GOLDMAN**, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996.
- GUTT**, M. Étienne. Limites et inconvénients de l'arbitrage. *Lê reglement dès differends commerciaux*. Paris : Economica, 1984.
- MAGALHÃES**, José Carlos de; **BAPTISTA**, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro : Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1986.
- MOROSINI**, Fábio. O mito da confidencialidade na arbitragem comercial internacional. In **LEITE**, Eduardo de Oliveira. *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2008.
- MITCHELL**, Cristhoper Roger. *The structure of international conflict*. New York: St. Martin Press, 1981.
- MORAIS**, José Luiz Bolzan de. *Mediação e arbitragem*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- NAVES**, Candido. *Juizo arbitral*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1925.
- RECHSTEINER**, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei 9.307 de 23.09.1996: teoria e prática.. 2ª Ed*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- REDFERN**, Alan; **HUNTER**, Martin. *Law and practice of international commercial arbitration*. Londres : Sweet&Maxweel, 3ª ed., 1999.
- ROCHA**, José de Albuquerque. *Teoria Geral do processo*. São Paulo : Malheiros, 4ª ed., 1999.
- SANTOS**, Marcelo O. F. Figueiredo dos. *O comércio exterior e a arbitragem*. São Paulo : Editora Resenha Tributária, 1986.
- SANTOS**, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- WEBER**, Max. *Conceitos básicos de sociologia*. São Paulo: Centauro, 2002.