

Informe uma subárea do item 7 das Normas de Submissão de Trabalho. Ex.: 1.08.01 - Oceanografia Biológica.

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

Priscilla F. Candido<sup>1\*</sup>, Edilson Vitorelli Diniz Lima<sup>2</sup>

1. Estudante de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

2. Professor da Universidade Presbiteriana Mackenzie

### **Resumo**

Este artigo tem como objetivo traçar um paralelo entre as legislações do procedimento arbitral do Brasil e dos Estados Unidos da América (EUA), analisando as similaridades e discrepâncias, mediante aplicação de metodologia de direito comparado: *comparative law*. Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2017), em 2016 passaram pelos tribunais brasileiros 80 milhões de processos, dos quais 29 milhões eram novos casos, demonstrando a importância da arbitragem para a redução dos números de ações na justiça comum. 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 e a permissão do procedimento fora do território nacional. Nota-se também discrepâncias, como a amplitude dos casos em que se pode aplicar a arbitragem.

**Palavras-chave:** direito comparado; Lei 9.307/96; tribunal arbitral

**Trabalho selecionado para a JNIC:** UPM

### **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 1996, foi promulgada a Lei da Arbitragem (9.307/96), sendo o primeiro diploma legal a tratar exclusivamente do assunto.

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 *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.

Nos Estados Unidos e 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.

Analisando 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.

### **Metodologia**

Foi realizada uma investigação bibliográfica não sistemática para a identificação dos principais elementos de ambas as legislações, foram estudados os principais autores brasileiros sobre arbitragem, entre eles o Carlos Alberto Carmona. Como forma de complementação do contexto histórico, foram estudadas a história da arbitragem no Brasil e nos EUA através de artigos científicos identificados na plataforma Scholar.

Posteriormente foram estudadas a Lei 9.307/96 do Brasil e o Federal Arbitration Act (FAA) americano. Através de uma leitura crítica foram identificando os pontos principais de cada uma das legislações.

Finalmente, foi feita uma análise crítica dos principais pontos encontrados, criando uma comparação entre as duas legislações.

### **Resultados e Discussão**

#### **A LEI 9.307/96**

A lei brasileira permite a prevalência da autonomia das vontades das partes dentro de algumas limitações. Podem optar por fazer a resolução de conflitos, de forma privada, definindo quais regras serão aplicadas, 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.

Essa lei foi a primeira legislação que normatizou a cláusula compromissária no direito brasileiro (gerando 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. Existe uma exceção para evitar seu uso de forma banal. Não pode ser incluída em contratos de adesão.

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 claro 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. 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. 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.

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 posterior não cancelam a arbitragem, 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.

O art. 17 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).

A lei alterou o nome de laudo arbitral para sentença arbitral, uma vez que ela conterá 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 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.

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.

## 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 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 árbitro, 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 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 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.

## ANÁLISE COMPARATIVA

Analisando as duas legislações, o primeiro ponto importante a ser observado são as estruturas. 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 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. Nos EUA a aplicação da arbitragem possui menos restrições permitindo, por exemplo, o procedimento nas relações de consumo e entre empregados e empregadores. Estas aplicações são vedadas 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.

Os dois 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 de 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 pelos autores.

## Conclusões

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, nos dois 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. É importante estudar e compreender os problemas surgidos nos EUA para evitar que os mesmos se repitam no Brasil.

## Referências bibliográficas

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

BEVILÁQUA, C. **Resumo das licções 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](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14424)>. Acesso em: 29 jun. 2018.