Arbitragem no Brasil
Direito, Economia & Política

1. O Árbitro x o Juiz: A solução de conflitos sem participação do Estado (ou a resolução alternativa de conflitos), mostra-se (do ponto de vista político) como um comportamento liberal, em que a comunidade não mais é tutelada pelo Estado. Neste sentido liberal, a sociedade civil passa a decidir, acerca de conflitos reais e específicos, no lugar do poder decisorio soberano (atribuído, pelo Estado, para um Juiz). Tal poder soberano passa apenas a executar a decisão que foi tomada por um técnico (um Árbitro), o qual integra a esfera privada de uma Câmera de Arbitragem, e não uma esfera pública do Poder Judiciário de um Estado. O fenômeno da Arbitragem acontece, basicamente, porque a prestação de serviços pelo Estado, em muitos lugares, é deficitária, não possuindo qualidade nem capacidade quantitativa suficientes para resolver, de modo satisfatório, as demandas antigas e as novas que todos os dias batem às portas do Judiciário.

2. A Realidade Brasileira e a Necessidade da Arbitragem no Brasil e no Mundo: No caso do Brasil, um Juiz do Judiciário do Estado de São Paulo julgou, apenas no ano passado, mais de 2.000 processos, havendo uma taxa de congestionamento de mais de 80% na resolução de litígios no judiciário bandeirante – por estes números compreende-se a realidade brasileira no Estado mais rico da Federação. Na minha prática como advogado, que também lida com litígios judiciais, tenho processos que se iniciaram em 2004 e que ainda, em 2011, estão no começo da sua instância (of a total of three) of the Brazilian procedural system (which was introduced in 2004). Yet, the judicial system continues to deal with a large number of cases, with serious delays, highlighting the need for alternative dispute resolution mechanisms, such as arbitration.

Arbitragem na jurisdição brasileira.

1. O Árbitro x o Juiz: A solução de conflitos sem participação do Estado (ou a resolução alternativa de conflitos), mostra-se (do ponto de vista político) como um comportamento liberal, em que a comunidade não mais é tutelada pelo Estado. Neste sentido liberal, a sociedade civil passa a decidir, acerca de conflitos reais e específicos, no lugar do poder decisorio soberano (atribuído, pelo Estado, para um Juiz). Tal poder soberano passa apenas a executar a decisão que foi tomada por um técnico (um Árbitro), o qual integra a esfera privada de uma Câmera de Arbitragem, e não uma esfera pública do Poder Judiciário de um Estado. O fenômeno da Arbitragem acontece, basicamente, porque a prestação de serviços pelo Estado, em muitos lugares, é deficitária, não possuindo qualidade nem capacidade quantitativa suficientes para resolver, de modo satisfatório, as demandas antigas e as novas que todos os dias batem às portas do Judiciário.

2. A Realidade Brasileira e a Necessidade da Arbitragem no Brasil e no Mundo: No caso do Brasil, um Juiz do Judiciário do Estado de São Paulo julgou, apenas no ano passado, mais de 2.000 processos, havendo uma taxa de congestionamento de mais de 80% na resolução de litígios no judiciário bandeirante – por estes números compreende-se a realidade brasileira no Estado mais rico da Federação. Na minha prática como advogado, que também lida com litígios judiciais, tenho processos que se iniciaram em 2004 e que ainda, em 2011, estão no começo da sua instância (of a total of three) of the Brazilian procedural system (which was introduced in 2004). Yet, the judicial system continues to deal with a large number of cases, with serious delays, highlighting the need for alternative dispute resolution mechanisms, such as arbitration.

Arbitragem na jurisdição brasileira.

1. The Arbitrator x the Judge: The resolution of conflicts without participation of the State (or the alternative dispute resolution) is (by a political perspective) such as a liberal behavior, by which the community is not oriented anymore by the State. In this liberal sense, the civil society does judgment on real and specific conflicts instead of the sovereign power of decision (that was given by the State to a judge) do this. Such sovereign power only makes possible the enforcement of the decision made by a technician (an Arbitrator), a person which is part of the private sphere of a Chamber of Commerce, and not of a public sphere of the Judicial Power of a State. The phenomenon of the Arbitration occurs, basically, because the services provided by the State, in many places, is deficient, without quality and quantitative capacity to solve, in a satisfactory way, old and new lawsuits which every day the Judicial Power needs solve.

2. The Brazilian Reality and the Necessity of Arbitration in Brazil and in the World: In Brazil, a Judge of the Judicial Power of the State of São Paulo judged, only in last year, more the 2.000 lawsuits, observing yet a rate of the delay to solve new lawsuits in the order of 80% – by these numbers we can understand the Brazilian reality of the richest State of the Federation of Brazil. In my practice as litigation lawyer, I have lawsuits which I entered at 2004 and that, at 2011, are in the beginning of the second instance (of a total of three) of the Brazilian procedural system (which was introduced in 2004). Yet, the judicial system continues to deal with a large number of cases, with serious delays, highlighting the need for alternative dispute resolution mechanisms, such as arbitration.

Arbitragem na jurisdição brasileira.

1. The Arbitrator x the Judge: The resolution of conflicts without participation of the State (or the alternative dispute resolution) is (by a political perspective) such as a liberal behavior, by which the community is not oriented anymore by the State. In this liberal sense, the civil society does judgment on real and specific conflicts instead of the sovereign power of decision (that was given by the State to a judge) do this. Such sovereign power only makes possible the enforcement of the decision made by a technician (an Arbitrator), a person which is part of the private sphere of a Chamber of Commerce, and not of a public sphere of the Judicial Power of a State. The phenomenon of the Arbitration occurs, basically, because the services provided by the State, in many places, is deficient, without quality and quantitative capacity to solve, in a satisfactory way, old and new lawsuits which every day the Judicial Power needs solve.
segunda instância (de um total de três) do trâmite processual brasileiro. Integra-se a esta realidade, ainda, o problema de alguns juízes com formações (técnica e ética) inadequadas para a melhor solução de um conflito. A Arbitragem vem [ao lado da Mediação (em que as partes não recorrem a um terceiro imparcial, mas negociam diretamente)] como uma das alternativas de solução de conflitos que evita a complicada realidade do Judiciário brasileiro. As vantagens da Arbitragem, porém, não se resumem em rapidez, sigilo e maior tecnicidade na solução de conflitos; também é vantagem da Arbitragem ser ela um mecanismo que viabiliza facilmente contratos internacionais.

3. As Estruturas da Lei Brasileira sobre Arbitragem e da Convenção de Nova York: A Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996), que inicialmente estabelece (i) a liberdade das partes escolherem as regras que obedecerão em caso de conflito (Art. 2); dispõe sobre (ii) a Convenção de Arbitragem e seus Efeitos (pela qual as partes concordam em se submeter ao procedimento arbitral via cláusula contratual, estipulando como isto ocorrerá, nos Arts. 5-12); dispõe sobre (iii) os Árbitros (esclarecendo acerca de sua escolha, responsabilidade e poder decisório, nos Arts. 13-18); dispõe sobre (iv) o Procedimento Arbitral (em que são dispostas as etapas do processo e os princípios de direito natural do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento, nos Arts. 19-22); dispõe sobre (v) Sentença Arbitral (dispondo acerca de seus elementos constitutivos e suas consequências, nos Arts. 23-33); e, por fim, dispõe sobre a Força da Sentença Arbitral (inclusive a de Sentença proferida fora do Brasil, nos Arts. 34-ss.). Quanto à Convenção de Nova York (de 06/1958, ratificada pelo Brasil com o Decreto 4.311/2002), ela, dentre outras disposições, (i) assegura a execução de sentenças arbitrais nos países que a ratificaram (Art. I); (ii) estabelece a necessidade de cada Estado reconhecer o valor, no seu território, da cláusula de compromisso arbitral (Art. II); e (iii) respeita a soberania de cada Estado quando da execução da sentença arbitral (Arts. III-VII). Da perspectiva da prática e da teoria do Direito, tanto a Lei Brasileira quanto a Convenção de Nova York foram muito bem elaboradas, havendo o privilégio do direito natural e da equidade de um modo geral, gerando associação da eficiência com a justiça, nos moldes do melhor pensamento jurídico, e do atual Law & Economics.

4. O Judiciário Brasileiro e a Arbitragem - contra a lentidão: Haja vista o Poder Judiciário não possuir interesse em novas demandas, a Arbitragem acaba sendo uma válvula de desafogamento da estrutura estatal responsável pela solução de conflitos, pela pacificação social. Os exemplos abaixo são de duas decisões que homenageiam o institute da arbitragem: “A cláusula de arbitragem previamente pactuada é itinerário. Also constitute this reality the problem of some judges with inadequate education (technical and ethical) to the better resolution of a conflict. The Arbitration came [at the side of Mediation (by which the parties do not need of a third impartial, but, instead, the parties negotiate directly)] such as one of the alternative way of solve conflicts which is an alternative to the problematic reality of the Brazilian Judicial Power. The advantages of the Arbitration, by other side, are not only constituted by agility, secrecy and better technician in the resolution of conflicts; Arbitration also is an mechanism which makes possible, easily, international contracts.

3. The Structures of the Brazilian Arbitration Law and of the New York Convention: The Brazilian Arbitration Law (Law 9.307/1996), which initially establishes (i) the liberty of the parties choose the rules that will rule their relation in case of conflict (Art. 2); express (ii) about the Convention of Arbitration and its Effects (by which the parties agree with the arbitration trough a contractual clause, and by which the parties hires how this will occur, in Arts. 5-12); establishes rules on (iii) Arbitrators (such as choose of the arbitrator, his liability and decisiorium power, in Arts. 13-18); establishes rules about (iv) the Arbitration Procedural (in which are listed the steps of the procedural and the principles of natural law such as equality principle, right to defense, neutrality of the arbitrator, and the principle of freedom of persuasion, in Arts. 19-22); establishes rules about (v) Arbitral awards (such as its constitutive elements and consequences, in Arts. 23-33); and, at the end, establishes rules on the Enforcement of the Arbitral Awards (including the Arbitral Awards produced in foreign jurisdiction, in Arts. 34-ss.). Concerning the New York Convention (of 06/1958, ratified by Brazil with the Decree 4.311/2002), this Convention, among other issues, (i) establishes the enforcement of the arbitral awards in countries which ratified the international convention (Art. I); (ii) establishes the necessity of each State recognize the validity, in its own jurisdiction, of the clause of arbitration (Art. II); and (iii) respects the sovereign of each State, concerning the enforcement of the arbitral awards (Arts. III-VII). From a practical and theoretical perspective of Law, the Brazilian Law of Arbitration as well as the New York Convention were very well made; basically because on these norms exist the privilege of the natural law and of the proportional equality in a general sense, engendering the agreement of the efficiency with justice, according the best juridical thought, and according the Law & Economics.

4. The Brazilian Judicial System and the Arbitration - against the slow: Considering that the Judicial Power do not have interest in new lawsuits, the Arbitration is a mechanism of help to the State structure which is responsible for the solution of conflicts, which is responsible for the maintenance of the social peace. The bellow examples are two judicial decisions in favor of the Arbitration: ”The clause of
5. The Brazilian Capital Markets and the Arbitration - time is money: Concerning the Brazilian Capital Markets, the advantages and importance of the Arbitration is evident when we verify that a company, to access the New Market (an environment of negotiation which requires high level of Corporate Governance), in BM&F Bovespa, needs agree with an arbitration clause to the resolution of conflicts. Notes that in an environment with the dynamism of the Capital Markets is not possible agree that the solution of a conflict can take, easily, more than 5 years.

6. A practical case involving negotiation of arbitration clause in international commercial agreements - prudence is necessary in negotiations:

At the end of 2010, I received in my law office a notification from a foreign lawyer which, to make possible an alliance, was the original draft of a contract of confidentiality, with an arbitration clause written as follows: “Any dispute or disagreement hereunder shall be resolved by binding, expedited, confidential arbitration before a neutral arbitrator located in Atlanta, GA USA applying the laws of the State of New York and the decision of the arbitrator shall be final and binding on all parties”. Occurs that I, one of the parties of the agreement, is in Brazil; furthermore, the foreign lawyer is from Atlanta (same place of the arbitration, made by just one arbitrator); and the New York Convention permits, yet, the enforcement in Brazil of the arbitral award made in USA, of an agreement that, by other reasons, is totally insecure from a juridical perspective. Considering this situation, and to demonstrate the total inequilibrium of the contractual conditions suggested by the foreign lawyer, I suggested a new simple clause, with the following structure: “Any dispute or disagreement hereunder shall be resolved by
versão da minuta contratual, com a seguinte redação:

“Qualquer disputa ou desacordo deve ser resolvido por arbitragem confidencial, observando a necessidade de 3 árbitros localizados no Brasil, a aplicação das leis do Estado de Nova York, e o uso da língua Inglesa”. Como consequência, é claro, o advogado estrangeiro (que no contexto do contrato estava mais para estelionatário) desapareceu.

7. Os Custos do Processo Judicial e da Arbitragem no Brasil: Para se ter uma noção, um processo de cobrança, que tramita no Poder Judiciário Brasileiro e que possui como valor discutido o montante de R$ 100.000,00, envolve, apenas de custos iniciais, e dependendo do Estado da Federação, de R$ 725,00 a R$ 6.800,37. A este custo, soma-se a demora da resolução do conflito (que pode durar anos), e eventuais honorários sucumbenciais, que podem chegar até R$ 20.000,00. E precisamos considerar também custos para recursos. Um custo que, no pior cenário, pode ser muito caro. Já um processo arbitral, no mesmo montante de R$ 100.000,00, possui custas que podem até ultrapassar o valor das custas judiciais, dependendo da Câmara de Arbitragem, sendo os honorários dos árbitros estipulados, geralmente, por horas efetivamente trabalhadas; porém, a rapidez dos trabalhos para o tecimento da sentença arbitral, que, por lei, não pode ultrapassar 6 meses (após o início dos procedimentos arbitrais), bem como a qualidade técnica dos árbitros faz com que a Arbitragem, no final das contas, seja, do ponto de vista econômico, muito mais interessante do que um processo judicial.

* * *

7. The Costs of Lawsuit and of Arbitration in Brazil: To a notion of costs, a lawsuit aiming the charge of debits, which is into the Brazilian Judicial Power and that has as amount in discussion the value of R$ 100.000,00, involves (only of initial costs) and depending of the State of the Brazilian Federation, values that can be from R$ 725,00 to R$ 6.800,371. Additionally to this cost, there is the slow of the resolution of the conflict (that can take years), and eventual fees for the winner lawyer, a duty of the loser litigator, that, at maximum to this case, can be of R$ 20.000,00. And we need consider also the costs for appeals. In the worst scenario, the total account can be very expensive. An Arbitration, in the same amount of R$ 100.000,00, has costs that even can exceed the value of the judicial cost, depending of the Arbitration Chamber, observing that the fees for the arbitrators, usually, are established by hours effectively worked; however, the quickness of the procedural to the construction of the arbitral awards - what, by law, can not overpass 6 months (after the beginning of the arbitration); as well as the technical quality of the arbitrators, makes the Arbitration be much more interesting than a judicial lawsuit, according an economical perspective.

* * *

______________________________
Rua Álvares Penteado, 185, 501, São Paulo/SP
Brasil / Brazil; CEP / Postal Code 01012-001
www.decontilaw.com