

DIREITO CIVIL - DIREITO PROCESSUAL CIVIL

A ARBITRAGEM E O DIREITO ECONÔMICO^(*)

Ricardo Antônio Lucas Camargo^(**)

O mais antigo dos meios alternativos à solução jurisdicional das controvérsias é o juízo arbitral.

GEORGES RIPERTI¹ aponta para a desconfiança do instituto no Direito liberal, porquanto encarado como uma forma de se fugir às sentenças ditadas por um agente estatal, acima dos interesses das partes, tratando-as como sujeitos de direitos iguais entre si, a partir de princípios reconhecidos, de validade universal.

Entretanto, os problemas decorrentes do acúmulo de processos e da falta de infra-estrutura estatal para a rápida composição dos litígios, que não foram solucionados pelas medidas cautelares, foram forçando a aceitação da arbitragem pelos ordenamentos jurídicos, sobretudo à vista do caráter sigiloso de que se reveste, atendendo, assim, à necessidade empresarial

^(*) O presente trabalho desenvolve tema incidente à tese de doutoramento do autor, intitulada Efetivação jurídica dos objetivos da política econômica: eficácia da norma de Direito Econômico, defendida em 5 de agosto de 1996, perante banca examinadora composta pelos Professores Washington Peluso Albino de Souza (Orientador), Eros Roberto Grau (Universidade de São Paulo), Werter Rotunno Faria (Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Elza Maria Miranda Afonso (Universidade Federal de Minas Gerais) e Aroldo Plínio Gonçalves (Universidade Federal de Minas Gerais).

^(**) Procurador do Estado do Rio Grande do Sul - Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais.

¹ El regimen democrático y el Derecho Civil moderno. Trad. José M. Cajica Jr. Puebla: Universidad de Puebla, 1940, p. 339.

de se obter o cumprimento célere das obrigações e não expor as negociações à censura pública.²

Por outro lado, a solução de problemas técnicos passa a um conhecedor da matéria da controvérsia, merecedor da confiança de ambas as partes.³

CLÓVIS DO COUTO E SILVA observa que os termos da maioria dos vultosos contratos internacionais, em regra, somente são conhecidos pelo limitadíssimo número de pessoas que tenha acesso às entidades internacionais mais importantes, verificando-se ainda variações na técnica de contratação, a fim de que se obtenha, com regras gerais e flexíveis, o ajustamento a situações por vezes imprevisíveis à data da realização da transação.⁴

Acompanha-o LUÍS OLAVO BAPTISTA⁵, que vê na arbitragem, com sua rapidez e informalidade, um instrumento necessário ao regular funcionamento do mercado internacional

² CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. Empresas transnacionais e arbitragem internacional. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Brasília, v 47, n. 91/92, p. 159-60, jan/jun 1994.

³ Id. Transnacionais e arbitragem internacional. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, v. 2, n. 3, p. 170-1, jan/jun 1994; BARROS, Hamilton de Moraes e. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1986, v. 9, p. 470; SILVA, Clóvis do Couto e. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, v. 11, t. 2. p. 559; PORTO, Sérgio José. Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 76, n. 638, p. 43, dez 1988.

⁴ Comentários ao Código de Processo Civil São Paulo: Revista dos Tribunais. 1982, v. 11, t.2 , p.58.

⁵ Homologação de laudos arbitrais estrangeiros no Direito brasileiro. In: BAPTISTA. Luis Olavo & MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem comercial. Rio de Janeiro: Freitas Freitas Bastos, 1986, p. 98-99; BASSO, Maristela. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo ertrajudicial de resolução de conflitos de interesses. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 85, n. 33, p. 13, nov 1996; PUCCI, Adriana Noemi. A arbitragem nos países do MERCOSUL.. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 86, n. 738. p. 42, abr 1997.

pela pronta solução de conflitos que se poderiam mostrar aptos a entravar a circulação de mercadorias.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, partindo do pressuposto de que o fundamento da arbitragem residiria, antes e acima de tudo, na necessidade de se assegurar, com a máxima plenitude, a autonomia da vontade das partes, ressalta também a garantia da neutralidade da decisão do árbitro traduzida pelo fato de ser eleito pelas partes, primeiro, porque ausentes quaisquer vínculos políticos, segundo, porque uma vez que livremente escolhido, sua decisão de antemão gozaria de legitimidade.⁶

O mesmo comercialista, acentuando seu raciocínio na autonomia da vontade, sustenta a possibilidade de se escolher, no compromisso, o direito aplicável.⁷

Assim, exacerba-se o princípio da autonomia da vontade de tal sorte, impedindo-se a ingerência do Estado no conteúdo dos negócios jurídicos, já que é vedado ao juízo adentrar o mérito do laudo.⁸

Além disto, a rapidez com que as decisões empresariais têm de ser tomadas mostrar-se-ia, por vezes, incompatível com os rígidos cânones das normas processuais referentes à jurisdição estatal, pelo que a arbitragem se apresenta como a alternativa,

⁶ Fundamentos da arbitragem no comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 119.

⁷ Id. *ibid.* p. 68-9.

⁸ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1995. v. 1. p. 202-204.

MARCO ANTÔNIO DE BARROS, aliás, considera o exercício da jurisdição estatal, nas causas em que debatidos direitos disponíveis como uma verdadeira interferência concreta do Estado na relação jurídica definida pelas partes quando estas manifestaram livremente a sua vontade (Jurisdição e juízo arbitral. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 86. n. 738, p. 62, abr 1997).

desde que preservada a ordem pública, neste conceito abrangida a soberania.⁹

Cumpre observar, inobstante, que o juízo arbitral não se presta a substituir nem a tutela executiva, nem a tutela cautelar, nem o procedimento monitório e muito menos a tutela mandamental: volta-se ele exclusivamente a substituição da tutela cognitiva.

E isto por uma razão facilmente perceptível: a necessidade de se reservar ao Estado a prática de quaisquer atos constritivos permite a realização do direito do credor sem a negação da dignidade da pessoa do devedor, impedindo, assim, os abusos próprios da *justitia propria mano*.

Cabe, ainda, lembrar que o provimento que se emite no laudo arbitral não constitui em si mesmo um ato de constrição, é apenas pressuposto deste, com o que não colhe o radicalismo dos que consideram em si mesmo, incompatível com a ampla acessibilidade ao Judiciário o instituto.¹⁰

CARNELUTTI¹¹, aliás, deixa bem claro que a arbitragem não é sucedâneo da jurisdição, porquanto a sua legalidade está sujeita ao controle desta.

A importância do instituto da arbitragem para o Direito Econômico emerge tendo em vista a dimensão que as decisões tomadas em nível empresarial passam a ter no seio da coletividade em que atuam as empresas.

Basta ter em vista os famosos contratos de risco concernentes à exploração do petróleo, tão populares na década de 70.¹²

⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estados de Direito Econômico*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1996, v.2, t. 2, p. 448; STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 353.

¹⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 11.

¹¹ *Sistema di Diritto Processuale Civile*, Padova: CEDAM, 1936, v. 1, p. 179.

¹² SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Estudos*, cit. v.2, t.2, p. 275.

As controvérsias seriam solvidas preferencialmente através do juízo arbitral, disciplinado em termos bem peculiares, em que se estabeleciam inclusive regras sobre competência do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para nomear desempatedor.

As joint ventures, cujas características foram estudadas pormenorizadamente por LUÍS OLAVO BAPTISTA¹³ têm, em regra os seus termos sujeitos à arbitragem, e configurando elas um verdadeiro instrumento de colaboração empresarial, logo, um verdadeiro instrumento de concentração do poder econômico, muitas vezes as decisões sobre o modo de se executar a convenção de que decorrem podem afetar a política desenvolvimentista ou mesmo a livre concorrência.

Além do mais, as situações emergentes do contexto do Estado intervencionista surpreendem o juiz formado segundo os cânones do Direito liberal, passando a exigir, na solução de problemas de alta complexidade técnica, um grande conhecimento da ciência econômica, mercê do qual poderá, em certas circunstâncias, indagar da juridicidade ou não da solução aventada.

Assim, o cometimento da solução da controvérsia a um técnico especializado, que muitas vezes pode nem ser um bacharel em Direito, bastando, para tanto, que detenha capacidade de contratar, aparece como uma alternativa altamente sedutora, sobretudo porque em certos casos se chega a perquirir até mesmo da possibilidade de se escolher o ordenamento jurídico incidente na espécie.¹⁴

¹³ A "joint venture" - uma perspectiva comparativa. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 20, n. 42, p. 52, abr/jun 1981.

¹⁴ GIOVAN BATTISTA, Ileana di. Derecho Internacional Económico y relaciones económicas internacionales. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1992, p.313.

No Direito brasileiro, a prática da arbitragem para a resolução de litígios tem sido mui restrita.

Para que se instituísse o juízo arbitral, não bastava que as partes convencionassem que as controvérsias que emergissem da operação a ele se submetessem.

Mister se fazia, na vigência do Código de Processo Civil de 1973, que o objeto do litígio estivesse delimitado no compromisso (art. 1074, III), enquanto, ao convencionarem as partes que as questões decorrentes das transações seriam resolvidas pelo juízo arbitral, estabeleciam obrigação de celebrar o compromisso, cujo inadimplemento, de acordo com engenhosa construção de CELSO BARBI FILHO¹⁵, comportava execução específica, entendimento este que veio a ser consagrado legalmente (Lei 9307/96, art. 7º)¹⁶, postura que, modo certo, não deixa de guardar uma certa correspondência com a concepção liberal da ordem pública como defesa da ordem privada, dissecada por WASHINGTON PELUSO ALBINO DE SOUZA.¹⁷

A existência de compromisso validamente celebrado constitui preliminar apta a provocar a extinção do processo sem julgamento de mérito.

Dela, contudo, diferentemente do que ocorre com a maior parte das preliminares, não pode o juiz, em nosso Direito conhecer de ofício, porquanto traduzindo ela meio de exclusão da lide em si mesma da apreciação da jurisdição estatal, em função da vontade das partes, é perfeitamente possível que o réu a ela tacitamente renuncie.¹⁸

¹⁵ Execução específica de cláusula arbitral. Atualidades jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, v. 3, p. 93-4. CLÓVIS DO COUTO E SILVA considera, com efeito, que a cláusula compromissória gera obrigação de fazer (Op. cit., p. 574).

¹⁶ BASSO, Maristela. op. cit p. 17-19; PUCCI, Adriana Noemi, op. cit. p. 44.

¹⁷ Estudos, cit. v. 1, p. 204.

¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, v. 3, p.320.

Uma vez celebrado o compromisso e proferido o laudo, para que este gozasse de força executória, na disciplina anterior, deveria ser homologado pelo juízo estatal, a quem se vedava adentrar o exame de seu conteúdo quanto à justiça ou injustiça.¹⁹

O juízo poderia exercer, contudo, o controle da conformidade do conteúdo à ordem jurídica, uma vez que as partes não poderiam se servir da arbitragem para pretenderem obter provimento inalcançável via juízo estatal.²⁰

Aliás, esta é a única hipótese de nulidade do laudo arbitral que poderia se expor a recurso especial, por não demandar reexame fáctico-probatório, diferentemente do que ocorreria com os vícios do procedimento.²¹

A significativa alteração que se verificou na disciplina da arbitragem pela Lei 9307/96 foi justamente no sentido de se conferir, de plano, a executoriedade ao laudo arbitral²², somente havendo a necessidade de controle jurisdicional no caso de conflito entre as partes a respeito de sua validade, em prazo decadencial de noventa dias, o que fez com que se arredasse a circunstância que colocava o instituto a salvo da pecha de inconstitucionalidade.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 15.231. Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Diário de Justiça da União. Brasília, 9 dez 1991.

²⁰ STRENGER, Guilherme Gonçalves. Do juízo arbitral. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 74, n. 607, p. 26, maio 1986.

²¹ ROSAS, Roberto. Direito Sumular. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p.305-306; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Recurso extraordinário e recurso especial São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 89-92; CARNEIRO, Athos Gusmão, Do recurso especial e seus pressupostos de admissibilidade. Ajuris. Porto Alegre, v. 22, n. 66, p. 47-48, mar 1996; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O Direito Econômico e o problema do efeito vinculante. Informativo Consulex. Brasília, v. 11, n. 11, p. 286, 17 MAR 1997.

²² PUCCI, Adriana Noemi. op. cit p. 49.

Isto porque a ausência de ataque ao laudo no prazo decadencial fixado pela lei implica conferir-lhe a força de coisa julgada, como se fora ele ato praticado por funcionário a quem a ordem jurídica brasileira confiou esta tarefa.

SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA²³ entende não haver inconstitucionalidade pelo fato de se poder arguir, a posteriori, perante o Judiciário, a nulidade do laudo, seja em sede de ação direta, sujeita a prazo decadencial, seja em sede de embargos à execução.

Com todo o respeito e admiração que tributamos ao grande mestre e magistrado, é de se observar que a discussão judicial em torno da nulidade do laudo somente pode versar: a) nulidade do compromisso; b) ausência dos requisitos essenciais; c) ter sido proferido por quem não poderia ser árbitro; d) proferido fora dos limites do compromisso; e) não esgotamento do exame de toda a controvérsia; f) prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro, g) desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade entre as partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento deste; h) os motivos do art. 741 do Código de Processo Civil.²⁴

Isto significa que, pela nova lei, ainda que o laudo proferido afronte, em seu conteúdo, a literal disposição legal, não poderá ser atacado sob este aspecto, já que nem a ação de nulidade, nem os embargos à execução podem ser considerados como formas de sua rescisão, sob este prisma, com o que se amesquinha a própria autoridade das decisões judiciais, pois que a violação à lei autoriza a rescisão destas (CPC, art. 485, V).

Argumenta-se com o excesso de formalidades que o legislador impunha ao compromisso para que o laudo pudesse ser considerado válido.

²³ A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Revista Consalex. Brasília, v. 1, n. 1, p. 30, jan 1997; BASSO, Maristela. op. cit. p. 20-21.

²⁴ BASSO, Maristela. op. cit. p. 20.

Tais formalidades se justificam tendo em vista, em primeiro lugar, o perigo de se inserirem cláusulas arbitrais em contratos de adesão, impondo-se ao mais débil economicamente árbitros que não fossem merecedores de sua confiança.²⁵

Em segundo, porque em não poucos casos podem os laudos que sejam proferidos burlar as exigências da ordem pública, o que pode afetar inclusive a política econômica estatal.²⁶

Por isto que não merece encômios aresto proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça no sentido de dispensar, nos contratos internacionais, antes de ratificada a Convenção do Panamá de 1975, o atendimento aos requisitos dos arts. 1072 a 1102 do Código de Processo Civil de 1973, principalmente em face da legislação que disciplina a remessa de lucros para o Exterior.²⁷

No Brasil, há a exigência, desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, de que as partes nos dissídios coletivos, antes de o instaurarem, comprovem terem tentado, infrutiferamente, recorrer à mediação e à arbitragem (Constituição Federal de 1988, art. 114, § 2º).

Já antes da Lei 9307/96, a Lei 8630/93, referente à chamada modernização dos portos, em seu art. 23 estabeleceu a arbitragem obrigatória para a solução das controvérsias entre os trabalhadores portuários e a administração do porto, obrigatoriedade esta que, dando-se uma interpretação do

²⁵ SILVA, Clóvis do Couto e. op. cit p. 580.

²⁶ Já em CÍCERO pode ser encontrada a fundamentação da necessidade de se resguardar a ordem pública como um imperativo da igualdade entre os súditos (Tratado dos deveres. Trad. Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Ed. Cultura Brasileira, [s/d], p.170-171).

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial 616. Relator: Min. Evandro Gueiros Leite. Diário da Justiça da União. Brasília, 13 ago 1990.

dispositivo conforme à Constituição, deve se cingir às controvérsias coletivas.²⁸

Classicamente, a imunidade de jurisdição entre os Estados tem sido justificada por traduzir a sujeição a Cortes estrangeiras uma renúncia parcial de soberania.

Tal a razão de não induzir a demanda proposta no Exterior litispendência com a que, com idênticas partes, causa de pedir e objeto, seja aforada no Brasil e de se exigir, para que a sentença ou laudo arbitrar estrangeiros aqui possam ser executados, que sejam submetidos à homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Por este motivo, as tentativas de banqueiros estrangeiros incluírem no bojo dos contratos de mútuo firmados com Estados soberanos cláusulas concernentes à escolha do juízo mais conveniente para eles têm sido sistematicamente repelidas.²⁹

Entretanto, embora a aceitação de jurisdição estatal estrangeira seja repugnada, tal não tem ocorrido com a arbitragem internacional.³⁰

Instrumento clássico de resolução dos conflitos entre Estados, já que a criação das Cortes Permanentes de Justiça Internacional

²⁸ SILVA, Eduardo de Azevedo. A nova disciplina do trabalho portuário. Revista de Direito do Trabalho. São Paulo, v. 17, ri. 82, p. 43, jun 1993.

A Lei 8630/93 foi objeto de exame específico em outra ocasião (CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A política econômica de privatização de empresas em face do ordenamento jurídico. Informativo Consulex. Brasília, v. 11, n. 21, p. 557, 26 maio 1997).

²⁹ FRACAROLLI, Luiz Machado. Empréstimos externos tomados pela União ou garantidos pela União. In: OLIVEIRA, Fernando Antônio Albino de [org.]. Dívida externa em perspectiva - aspectos jurídicos e econômicos. São Paulo: CELC/ Resenha Tributária, 1985, p. 129-30.

³⁰ OLIVEIRA, Fernando Antônio Albino de. Natureza jurídica e características dos empréstimos internacionais. In: ____ [org.]. Dívida externa em perspectiva - aspectos jurídicos e econômicos. São Paulo: CELC/ Resenha Tributária. 1985, p. 94.

constitui fenômeno típico do Século XX, quando se tratasse de lhes apurar a responsabilidade em virtude da violação de tratados, foi largamente utilizada no tocante a contratos internacionais entre os particulares, máxime instituições financeiras, e os Estados.

O motivo normalmente invocado tem sido a alta complexidade técnica das questões, para o que não estariam preparados os juízes ordinários, e a desvantagem em que se encontrariam as instituições, demandando em terreno estranho e, dados os pruridos nacionalistas do juiz, súdito do Estado que celebrou o contrato, dificilmente se poderia esperar uma decisão imparcial.³¹

Aos países latino-americanos, de um modo geral, a arbitragem não se tem afigurado vantajosa, porquanto, em muitos casos, a partir de aparente lesão a direito de nacional de uma potência estrangeira, tem ela resultado em laudos tendencialmente favoráveis a perpetuação da relação de dependência.³²

Por esta razão, em se tratando da execução de contratos internacionais; pela adoção da Cláusula Calvo, deveria o estrangeiro renunciar à proteção diplomática, estabelecendo a exclusividade dos Tribunais internos, salvo denegação de justiça.³³

³¹ JACQUEMIN, Alexis & SCHRANS, Guy. O Direito Econômico. Trad. Manoel Campos & Alexandre de Freitas. Lisboa: Vega, 1974, p. 49-50; BASTOS, Aurélio Wander Chaves. Conflitos sociais e limites do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Eldorado, 1975, p. 145; CAPPELLETTI, Mauro. Processo e ideologie. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 596-597; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. A aplicação do verbete 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal e as questões concernentes à responsabilidade do titular do poder econômico em sede de Direito Econômico. Informativo Consulex. Brasília, v. 11, n. 19, p. 503, 12 maio 1997.

³² GIOVAN BATTISTA, Ileana di. op. cit. p. 317-8; SOUZA, Washington Peluso Albino de Estudos, cit. v.2, t. 2. p. 263 e 463.

³³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Princípios de Direito Internacional contemporâneo. Brasília: UnB, 1981, p. 111-112.

Esta cláusula veio a ser complementada pela Doutrina de Drago, mercê da qual se inadmite o uso da força na cobrança de dívidas - vivamente combatida por RUY BARBOSA -, temperada pela Convenção Porter, que abriu a possibilidade de se lançar mão a este recurso extremo quando houvesse recusa de submeter a controvérsia à arbitragem, impossibilitação por uma das partes no tocante ao acordo sobre o compromisso ou, após a emissão do laudo, descumprimento deste.³⁴

O campo da arbitragem internacional, profundamente diverso da arbitragem do Direito interno, tradicionalmente se reserva às relações entre Estados, definidas em Tratados.

Por esta razão, sustentávamos ser injurídico o procedimento das empresas transnacionais no sentido de resolverem suas pendências através deste expediente.

Contudo, tendo recentemente o Brasil ratificado a Convenção do Panamá sobre Arbitragem Comercial Internacional, somente nos cumpre reconsiderar a antiga posição, limitando apenas o controle da exequibilidade de tais laudos à homologação pelo Supremo Tribunal Federal e à violação à soberania nacional e à ordem pública³⁵, que este, preso à rigidez da dicotomia público/privado, dificilmente vislumbra nos casos

³⁴ FERNANDES, Raul. A responsabilidade dos Estados em Direito Internacional - Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional. Brasília. v. 48, n. 95/97, p. 24-5, jan/jun 1995.

³⁵ ROSAS, Roberto & ARAGÃO, Paulo Cezar. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1975, v. 5, p. 228-230. É de se salientar que as objeções não podem pretender a reforma da decisão homologanda, já que isto configuraria desrespeito à autoridade de outro país. Devem elas, isto sim, buscar rejeitar a possibilidade de se atribuir eficácia ao ato no território nacional.

submetidos à sua apreciação em sede de homologação de sentença estrangeira.³⁶

Cresce em importância, por outro lado, o papel de instância arbitral desempenhado pelo corpo das Partes Contratantes instituidoras do GATT, pelo procedimento de consulta, consistente em se obter recomendações do mesmo corpo das Partes Contratantes, todas as vezes em que um Estado-parte reclame da instituição ou aumento do nível de restrições posto em prática por um outro país membro sem nenhuma razão plausível.³⁷

³⁶ Sentença estrangeira 2178. Relator: Min. Antônio Neder. Diário de Justiça da União. Brasília, 14 ago 1979; Sentença estrangeira 3707, Relator: Min. José Neri da Silveira. Diário de Justiça da União. Brasília, 17 fev 1989; Sentença estrangeira 3236, Relator: Min. Alfredo Buzaid. Diário de Justiça da União. Brasília, 22 jun 1984; Sentença estrangeira 3397. Relator: Min. José Francisco Rezek. Diário de Justiça da União. Brasília, 5 maio 1995.

Totalmente procedentes, portanto, as observações de JOSÉ GUILHERME VILLELA (Reconhecimento de decisões arbitrais estrangeiras. Revista de Informação Legislativa. Brasília, v. 19, n. 75, p. 57-8, jul/ set 1982).

Quanto ao significado ideológico da dicotomia público/privado, veja-se SOUZA, Washington Peluso Albino de. Direito Econômico. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 71; MIGUEL HARB, Benjamin. El sistema constitucional boliviano. In: GARCIA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco & HERNANDEZ VALLE, Rubén [org.]. Los sistemas constitucionais iberoamericanos. Madrid: Dickinson, 1992, p. 115; SALGADO, Henián. El sistema constitucional ecuatoriano. In: GARCIA BELAUNDE, Domingo, FERNANDEZ SEGADO, Francisco & HERNANDEZ VALLE, Rubén [org.]. Los sistemas constitucionales iberoamericanos. Madrid: Dyckinson, 1992, p. 341; SOMBART. Werner. El apogeo del capitalismo. Trad. Vicente Caridad. México: Fondo de Cultura Económica, 1946, v. 1, p. 66; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O neoliberalismo, a dicotomia público privado e a terceirização de serviços públicos como expressão de uma ordem natural (parte final). Informativo Consulex. Brasília, v. 11, n.6, p. 161, 10 fev 1997.

³⁷ GIOVAN BATTISTA, Ileana di. op. cit. p. 299; SIIVA, Roberto Luiz. Direito Econômico Internacional e Direito Comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 97.

Também as instituições financeiras internacionais criaram mecanismos próprios para a solução de controvérsias, constituindo as sanções para o descumprimento dos laudos no seguinte: a) perda do direito a voto; b) autorização de contramedidas pelo lesado, desde que este as tome proporcionalmente ao dano causado e em relação direta com este; c) elevação de barreiras ao país que esteja a criar embaraços à concorrência internacional; d) deixar de ser admitido à utilização dos recursos das instituições financeiras internacionais; e) suspensão da qualidade de membro.

No MERCOSUL, ausente uma Corte de Justiça Comunitária, diferentemente do que ocorreu com os integrantes do Pacto Andino, uma vez que o Grupo Mercado Comum não consiga que as recomendações que apresentar aos Estados-Partes sejam atendidas, no caso de quizílias em torno dos termos do Tratado de Assunção, recorre-se à arbitragem, sendo que a decisão nesta proferida se mostra exequível de imediato, sem a necessidade de homologação.³⁸

As vantagens apontadas para a arbitragem: celeridade, sigilo absoluto, es-pecialização.

CARLOS ALBERTO CARMONA, por seu turno, demonstra que as apregoadas vantagens da celeridade e do sigilo, já que a publicidade dos atos nos processos submetidos à jurisdição estatal poderia acarretar a divulgação de fatos e documentos que poderiam por vezes acirrar os ânimos de quem se julgasse na posição de titular do direito de defesa contra determinada situação decorrente do negócio realizado, são relativizadas pela possibilidade de as partes lançarem mão de todo um arsenal de meios dilatórios, hábeis ao retardamento da decisão de mérito e

³⁸ LIPOVETZKY, Jaime César & LIPOVETZKY, Daniel Andrés. MERCOSUL: estratégia para a integração. São Paulo: LTr, 1994, p. 251-259; SILVA, Roberto Luiz. op. cit. p. 228-229.

pelo aumento das publicações anuais de relatórios dos árbitros internacionais, pois, mesmo omitidos os nomes dos interessados, as circunstâncias narradas nas sentenças podem auxiliar na sua identificação, pelo que as reais vantagens residiriam na ausência de formas solenes, na possibilidade de julgar por equidade ou de escolher livremente a lei a ser aplicada, a neutralidade dos árbitros na solução de litígios em que envolvidas partes de nacionalidades diferentes, a especialização técnica.³⁹

PAULO FURTADO parece de acordo com o professor da USP quanto à relativização do sigilo, uma vez que se apoia nos precedentes dos laudos arbitrais para afirmar o esmaecimento da divisão Direito Internacional Público/Direito Internacional Privado, apontando para possíveis soluções no controle das transnacionais.⁴⁰

Quanto à neutralidade do julgador, pertinente e relevante a objeção de JOAQUIM CARLOS SALGADO⁴¹ tocante à possibilidade de, mediante a aparente composição de conflitos de interesses, por vezes se mascararem manobras tendentes ao comprometimento da soberania dos Estados, objeção a que aderimos, até porque o árbitro, ao decidir, fá-lo-á não em virtude de critérios que lhe sejam indiferentes, mas sim dos que lhe sejam mais convenientes, como observa RUI PORTANOVA⁴², sem se falar no dado sociológico de profundas conseqüências jurídicas a que se referiu CELSO ALBUQUERQUE MELLO: a prática da cooptação das elites do 3º Mundo por parte dos titulares do poder econômico privado.

³⁹ A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

⁴⁰ Do juízo arbitral. Salvador: Empresa Gráfica da Bahia, 1980, p. 74.

⁴¹ Laudatio scientice. Discurso proferido por ocasião da posse dos Professores Titulares da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em 1992.

⁴² Motivações ideológicas da sentença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1992, p. 137.

Quanto à propalada vantagem da escolha do ordenamento jurídico adequado, também há de ser temperada a assertiva, porquanto se aparentemente seria um modo de garantir a fidelidade nas transações internacionais, impedindo que uma das partes se beneficie de procedimentos não familiares à outra⁴³, pode conduzir, em verdade, a uma burla à política econômica oficial do país em que se executaria o contrato e/ou em que ele viria a produzir efeitos financeiros.

A relevância jurídica das objeções exsurge não só dos direitos assegurados em Tratados Internacionais (como a Carta dos Direitos e Deveres Econômicos dos Estados e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) como também da própria noção de ordem pública, cuja definição há de tomar em conta a maior ou menor presença do Estado no domínio econômico⁴⁴ e pelo desenvolvimento das empresas transnacionais⁴⁵, observado ainda que, mesmo em face dos ventos de neoliberalismo que sopram, influenciando na conformação da mentalidade política e, por isto mesmo, do ordenamento jurídico nos países do 3º Mundo, o conceito de ordem pública econômica tende a se afastar da idéia oitocentista da predominância das proibições sobre as prescrições positivas aos cidadãos, passando essas, ao contrário, a prevalecer sobre aquelas, presentes ainda a atuação direta do Estado no domínio econômico e os estímulos à atuação econômica privada.⁴⁶

Assiste, além do mais, razão a JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO⁴⁷ quanto à realidade do poder da grande

⁴³ CARMONA, op. cit. p. 75.

⁴⁴ FURTADO, Paulo. op. cit. p. 74.

⁴⁵ STRENGER. Irineu. Contratos internacionais do comércio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 106-109.

⁴⁶ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de Direito Econômico. 3ª ed. São Paulo: LTr, 1994, p.

⁴⁷ O abuso do poder econômico nas Constituições brasileiras. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, v. 34, n.71, p. 77, jul 1990.

empresa, pelos inúmeros instrumentos de que dispõe, subordinar a seu interesse egoístico o da coletividade, sobretudo em se tomando em consideração o poder representado pela tecnologia não apenas na mais célere confecção de artigos para consumo como também na própria criação de uma cultura consumista.⁴⁸

Também as conseqüências da utilização de determinados procedimentos na produção de bens sobre o campo concorrencial são notáveis.

Daí se pode entender, perfeitamente, como insusceptível de homologação, no regime da Lei 4131/62, no Brasil, o laudo arbitral que, com base em direito alienígena escolhido pelas partes, determinasse que uma filial ou subsidiária fizesse o pagamento de royalties pelo uso de patente de invenção e marca de indústria à matriz respectiva no exterior⁴⁹ por afrontoso à ordem pública, que, longe de constituir uma velharia dos tenebrosos tempos anteriores ao paraíso terrestre do liberalismo, continua a ser invocada pelos países do Primeiro Mundo, constando mesmo da Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional.⁵⁰

Exsurge daí, a nosso sentir, a razão de países que flexibilizaram o procedimento do juízo arbitral, como é o caso da França, que em seu Código de Processo Civil de 1977 dispensou a homologação do laudo pelo órgão estatal para que se revestisse ele de executividade, gozando ainda da auctoritas rei iudicatioe, quando se coloca o Poder Público ou entidade de que este

⁴⁸ DINIZ, Artur José Almeida. O poder e os mitos. Revista Brasileira de Estudos Políticos.. Belo Horizonte, v. 33, n. 68, p. jan 1989.

⁴⁹ FARIA, Werter. Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro. Revista de Informação Legislativa. Brasília, , v. 28, n. 110, p. 280, abr/jun 1991.

⁵⁰ SOARES, Maria Ângela Bento & RAMOS, Ruy Manoel Moura, Contratos internacionais. Coimbra: Almedina, 1986, p.422.

participe n' algum dos pólos da relação jurídica criarem óbices à sua utilização.⁵¹

Não se pode deixar de ter em mente que o modelo em que se desenvolve o comércio internacional, cuja formação, desde o século XV, possibilitou às metrópoles, com os recursos extraídos de modo predatório às colônias, assegurarem, para o caso de perderem sobre estas a dominação política, a dominação econômica⁵², exige que, para além da pura e simples livre manifestação de vontade, sejam considerados os contratos internacionais e os instrumentos, que lhes garantem a eficácia, dentre os quais a arbitragem, como meios de afirmação do poder econômico privado, susceptíveis, portanto, de veicularem seu abuso.⁵³

O fato de os Estados Unidos da América do Norte serem ex-colônia britânica merece ao desmentido da veracidade do fato da perfuração contínua da soberania dos países do Terceiro Mundo através do poder econômico como causa necessária do subdesenvolvimento.

Primeiro, porque sua independência se calcou no pressuposto de que os destinatários dos direitos garantidos na "Bicentenária" - sempre revista pela Suprema Corte - Constituição

⁵¹ GUERREIRO, op. cit.

⁵² DINIZ, Artur José Almeida. A Política e o Terceiro Mundo. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1983, p. 15; SOUZA, Washington Peluso Albino de. A experiência brasileira de Constituição Econômica. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, v. 32/33, n. 67/68, p. 114, jul 1988/jan 1989; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O ICMS nas importações sob o enfoque do Direito Econômico. Informativo Consulex. Brasília, v. 11, n. 15, p. 385, 14 abr 1997.

⁵³ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Disciplina do capital estrangeiro. In: CONGRESSO NACIONAL DE ADVOGADOS PRO-CONSTITUINTE, 1º. Anais. São Paulo: 1983, p. 383; AUGUSTO, Ana Maria Ferraz. Empresas multinacionais. In: FRANÇA, Rubens Limongi [org.]. Enciclopédia Saraiva de Direito. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 31, p. 507-508.

eram apenas os brancos proprietários que, ao fim e ao cabo, se julgavam no direito de se assenhorearem dos territórios vizinhos aos seus domínios, “usurpados” pelos bárbaros autóctones.

Segundo, porque a exploração inglesa nos hoje Estados Unidos foi muito diferente, quanto aos métodos, da verificada nas demais colônias.

A distribuição de terras no norte, em propriedades de menor extensão, permitiu que os colonos ali trabalhassem com suas famílias de sorte a se diversificar a produção, o que incoorreu no sul, onde predominavam as grandes extensões de terra.

Desenvolveram-se, assim, com maior celeridade, as cidades no norte, o que permitiu mesmo o aparecimento de pequenas indústrias, proibidas nas colônias ibéricas.

Com a independência norte-americana, a Inglaterra resolveu seguir nas demais colônias o exemplo dos portugueses e espanhóis.

De se observar, ainda, a forte disparidade econômica existente entre o norte, livre e industrializado, e o sul, escravista e agrário, disparidade que mais se acentuou após a Guerra de Secessão.⁵⁴

Assim, observadas estas peculiaridades com relação aos Estados Unidos, seguimos convencidos de que a situação de desigualdade entre os Estados na comunidade internacional não decorreu de uma maior capacidade de uns para vencer uma disputa em igualdade de condições com os demais, mas sim de um aborto que se verificou no desenvolvimento dos países do Terceiro Mundo, com o que não se podem tratar as transações como se tivessem sido realizadas em paridade de armas.

⁵⁴ NARO, Nancy Priscilla S. A formação dos Estados Unidos. São Paulo: Atual, 1987, p. 14-9, 27-8, 34.

Destarte, dentro dos princípios de Direito das Gentes, não se poderá chegar ao cúmulo de se nulificar a soberania dos Estados que sofrerão direta ou indiretamente os efeitos das transações.⁵⁵

Explica-se, também, a resistência dos países do 3º Mundo, notadamente os da América Latina, quanto aos documentos elaborados para possibilitarem o manejo da arbitragem.⁵⁶

Deixemos registrado que não se trata de refugar o instituto da arbitragem, mas sim de demonstrar que a privatização da função jurisdicional de cognição⁵⁷ deve sofrer reservas em virtude de não se descartar a hipótese de poder ela permitir o abuso do poder econômico.

Esta observação, aliás, apenas contribui para reforçar nosso entendimento de que inexistem “funções naturais do Estado”, porquanto o papel deste é o definido pela ordem jurídica.

A jurisdição, classicamente definida como uma de tais funções, é perfeitamente exercitável, através da arbitragem, por ente privado.

A propósito, MARCO ANTÔNIO DE BARROS⁵⁸, entusiasta da arbitragem, não deixa de nela ver uma manifestação da tendência à privatização de atividades em que o Estado se reconheceu inoperante(!), reservando-se o uso da jurisdição

⁵⁵ SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito Econômico*. Cit., p. 356.

⁵⁶ SOARES, Guido Fernando da Siha. *Órgãos das soluções extrajudiciais de litígios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 76-81.

⁵⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, t. 27, p. 358; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O valor das causas extra-patrimoniais. *Revista de Direito Trabalhista*. Brasília., v. 3, n. 4, p. 14, abr 1997; FERNANDES, Aníbal. A causa pequena e o valor inestimável. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 83, n. 714, p. 298-299, abr 1995.

⁵⁸ Op. cit. p. 44.

pública para a discussão de relações jurídicas onde a transação não tenha lugar ou à hipótese de malogro da composição mediante a arbitragem.

Nunca se deve perder de vista, portanto, que o papel do Estado não é decorrência de uma “natureza das coisas” porque o Estado e o Direito não são dados naturais, mas culturais.⁵⁹

⁵⁹ SOUZA, Washington Peluso Albino de. Estudos, cit. v.2, t.2, p. 422; SILVA, Antônio Álvares da. A desjurisdicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo [org.]. As garantias do cidadão na justiça São Paulo: Saraiva, 1993, p. 261; CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. O neoliberalismo, cit. p. 162; GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos, normas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 112; ABELARDO, Pedro. Lógica para principiantes. Trad. Ruy Afonso da Costa Nunes. In: MATTOS, Carlos Lopes de. Os pensadores - Sto. Anselmo/Abelardo. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 237-238.