

## Arbitragem no Brasil

Direito, Economia & Política

autor:



by  
**Rafael De Conti** \* <sup>34</sup>  
author and translator  
[www.decontilaw.com](http://www.decontilaw.com)  
[www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)

**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 decisório 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 Câmara 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

## Arbitration in Brazil

Law, Economics & Politics<sup>12</sup>

**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%<sup>5</sup> – 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

<sup>1</sup> This paper is a contribution to the event on Arbitration (Brussels, 03.03.2011) empowered by: BECI, Voka Chamber of Commerce Halle-Vilvoorde, the Belgian-Luxemburgs-Brazilian Chamber of Commerce, and the Arbitration and Mediation Center of the Chamber of Commerce Brazil-Canada;

<sup>2</sup> Este artigo é uma contribuição para evento sobre Arbitragem (Bruxelas, 03.03.2011) organizado por: BECI, Voka Chamber of Commerce Halle-Vilvoorde, a Câmara de Comércio Belgo-Luxemburguesa-Brasileira, e o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá;

<sup>3</sup> **Rafael De Conti.** Lawyer with predominant practice on Commercial Law, Tax Law and Constitutional Law, providing juridical assistance high specialized, as lawyer and business advisor, in the subareas of Corporate Law, Contracts, Tax Constitutional Law and Litigation Law, defending the interests of entrepreneurs and of companies of various sizes and economic sectors (Life Science, Agribusiness, Financial and Capital Markets, IT, Real Estate). Rafael De Conti is enrolled in the Brazilian Bar Association, Section of São Paulo, under the number 249.808, having acquired his professional experience in Law Offices and Financial Institution. Rafael acquired the degree of Bachelor of Law by the Mackenzie Presbyterian University at the same time he acquired the degree of Bachelor of Philosophy by the University of São Paulo. He has, also, Master Degree on Ethics and Political Philosophy, by the University of São Paulo, having studied the origin, the functionality and the limits of the State concerning the liberties of the citizens. Author of Books and Juridical Articles in the areas of Law, Philosophy and Politics (to read, access: [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)). Founder member of De Conti Law Office ([www.decontilaw.com](http://www.decontilaw.com));

<sup>4</sup> **Rafael De Conti.** Advogado com atuação predominante nas áreas de Direito Comercial, Direito Tributário e Direito Constitucional, prestando assessoria jurídica especializada, consultiva e contenciosa, nas subáreas de Direito Societário, Direito Contratual, Direito Tributário Constitucional e Direito Litigioso, defendendo o interesse de empresários e empresas de diversos tamanhos e segmentos econômicos (Saúde, Agronegócios, Mercado Financeiro e de Capitais, Tecnologia da Informação, Imobiliário). Rafael De Conti está inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, na Seção de São Paulo, sob o n. 249.808, tendo adquirido sua experiência profissional em Escritórios de Advocacia e Instituição Financeira, previamente a montagem do De Conti Law Office. Formou-se Bacharel em Direito pela Universidade Mackenzie, ao mesmo tempo em que se formou Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo. É, também, Mestre em Ética e Filosofia Política pela Universidade de São Paulo, tendo pesquisado a origem, o funcionamento e os limites do Estado em defesa das liberdades do cidadão. Autor de Livros e Artigos nas áreas de Direito, Filosofia e Política (leia em: [www.rafaeldeconti.com](http://www.rafaeldeconti.com)). Membro fundador do De Conti Law Office ([www.decontilaw.com](http://www.decontilaw.com));

<sup>5</sup> [http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas\\_judiciarias/tjsp.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/conteudo2008/pesquisas_judiciarias/tjsp.pdf) – accessed at 02.20.2011

segunda instância (de um total de três) do trâmite processual brasileiro. Integra-se a esta realidade, ainda, o problema de alguns juizes 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 instituto da arbitragem: “A cláusula de arbitragem previamente pactuada é

itinerary. 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 decisorium 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

*caso de extinção do processo, sem exame do mérito, sendo certo que a jurisdição estatal encontra-se garantida na hipótese de demanda anulatória da sentença arbitral, ou nos embargos à execução, pois que a sentença arbitral é título executivo jurisdicional” (ap. Civ. 1.678-6/2003, 8 Câmara Civil do TJRJ, rel. Des. Adriano Celso Guimarães); “Tendo as partes submetido a solução de seus litígios ao Juízo arbitral, conforme o contrato social da sociedade, não poderão se socorrer do Poder judiciário para solucionar controvérsia advinda de sua relação. Devem então, submetter-se à decisão a ser proferida pelo árbitro, oportunamente escolhido. Preliminar acolhida, decisão singular cassada e extinção do feito sem julgamento do mérito (art. 267 VII do CPC)” (AI 471.292-1 – Com. O AI 472.088-1, 10ª CC do TJ-MG, rel. Des. Roberto Borges de Oliveira).*

**5. O Mercado de Capitais Brasileiro e a Arbitragem - tempo é dinheiro:** Já no que diz respeito ao Mercado de Capitais Brasileiro, as vantagens e importância da Arbitragem tornam-se claras quando verificamos que para uma empresa adentrar na listagem de Novo Mercado (um ambiente de negociação que requer alto nível de Governança Corporativa), na BM&F Bovespa, é necessária instituição de cláusula arbitral para resolução de conflitos. Note que em ambiente com tamanho dinamismo como o do Mercado de Capitais, torna-se inviável pensar que a solução de um conflito pode durar, facilmente, mais de 5 anos.

**6. Um caso prático envolvendo negociação de cláusula arbitral em contrato comercial internacional - em uma negociação é preciso prudência:** No final de 2010, recebi em meu escritório um advogado estrangeiro que, para viabilizar uma parceria, precisava de minha assinatura em um contrato de confidencialidade, cuja cláusula de compromisso arbitral assim estava redigida: “*Este Acordo deve ser governado pelas leis do Estado de Nova York, EUA, sem referência a conflito de princípios legais. Exceto para questões para as quais é requerida medida liminar na pendência de uma arbitragem, qualquer disputa ou desacordo deve ser resolvido por compulsória, acelerada e confidencial arbitragem perante um árbitro neutro localizado em Atlanta, EUA, aplicando as leis do Estado de Nova York e a decisão do árbitro deve ser final e vinculativa para todas as partes*”. Ocorre que eu, uma das partes do contrato, estava no Brasil; além disso, o advogado era de Atlanta (mesmo local da arbitragem, feita por apenas um árbitro); e, como se não bastasse, a Convenção de Nova York permitiria, ainda, a execução no Brasil de sentença arbitral proferida nos EUA, de um contrato, por outras questões, totalmente inseguro do ponto de vista jurídico. Diante de tal situação, e de modo a demonstrar o total desequilíbrio das condições contratuais sugeridas pelo advogado estrangeiro, sugestionei um cláusula bem simples, em uma segunda

*arbitration previously contracted is cause of extinction of the lawsuit, without the examination of the central discussion, observing that the State jurisdiction is guaranteed in the hypothesis of lawsuit which aims nullify the arbitral award, or in the defense in a enforcement lawsuit, because the arbitral award is a juridical instrument enforceable in courts” (Appeal 1.678-6/2003, 8 civil section of TJRJ, Adriano Celso Guimarães); “How the parties had submitted the solution of their conflict to the Arbitration Judgment, according the articles of association of the company, there is no possibility to access the Judicial Power to solve the conflict engendered of their relation. Shall the parties submit themselves to the arbitral award which will be made by the Arbitrator, whose will be choose in the right moment. Preliminary argument approved, singular sentence extincted and extincted the lawsuit without resolution of the content issue (art. 267 VII of Brazilian Procedural Codex)” (AI 471.292-1 – Com. O AI 472.088-1, 10 civil circuit of TJ-MG, Roberto Borges de Oliveira).*

**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<sup>6</sup>, 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 foreign lawyer which, to make possible an alliance, needed of my signature into an agreement of confidentiality, with an arbitration clause written as follows: “*This Agreement shall be governed by the laws of the State of New York, USA, without reference to conflict of laws principles. Except for matters for which injunctive relief is sought pending arbitration, 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 disequilibrium 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*

<sup>6</sup> “BM&FBovespa is a Brazilian company, created in 2008, through the integration between the São Paulo Stock Exchange (Bolsa de Valores de São Paulo) and the Brazilian Mercantile & Futures Exchange (Bolsa de Mercadorias e Futuros). It is the most important Brazilian institution to intermediate equity market transactions and the only securities, commodities and futures exchange in Brazil” (in <http://www.bmfbovespa.com.br/en-us/intros/intro-about-us.aspx?idioma=en-us> – accessed at 02.20.2011).

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.

\*

\*      \*

*confidential arbitration, observing the necessity of 3 neutral arbitrators located in Brazil, the applying of the laws of the State of New York, and the uses of the English language*”. As consequence, of course, the foreign lawyer (that in the situation was acting also like a swindler) disappeared.

**7. The Costs of Lawsuit and of Arbitration in Brazil:** To a notion of costs, a lawsuit aiming the charge of debts, 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](http://www.decontilaw.com)