

A ARBITRAGEM NOS contratos de obras e serviços

MIRACYR ASSIS MARCATO*

No exercício de sua profissão, os engenheiros lidam, diariamente, com vários aspectos relacionados aos contratos comerciais, quer participando de sua elaboração, quando das negociações de obras e serviços, quer na aplicação durante a fase executiva dos mesmos e também na busca de soluções de eventuais conflitos de interesses que possam surgir e causar desgastes, atrasos e prejuízos às partes interessadas, pela lentidão e custos da via judicial tradicional. No intuito de acentuar as vantagens propiciadas pelo uso da nova Lei da Arbitragem nos contratos de engenharia e destacar a importância da Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia, de reconhecida capacidade e competência, como local adequado para sediar as arbitragens, apresentamos a seguir, a título de ilustração e sem maiores pretensões doutrinárias, alguns comentários derivados da experiência e colhidos junto a especialistas no assunto sobre alguns dispositivos operacionais da arbitragem.

OS CONTRATOS

Contrato, na definição da prof.ª Maria Helena Diniz, "é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial".

Segundo o Código Civil francês: "O contrato é uma convenção pela qual uma ou mais pessoas se obrigam, em relação a uma ou mais pessoas, a dar, fazer ou não fazer alguma coisa". Ou traduzindo a definição romana dada por Ulpiano: "contrato é o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto".

O contrato, como negócio jurídico que

é, requer para sua validade, a observância dos requisitos do Código Civil, ou seja: agente capaz, objeto lícito e definido e forma prescrita ou não proibida por lei.

Sendo o contrato um acordo de vontades, livremente pactuado entre as partes, nada mais justo que essas mesmas partes disponham dos meios e instrumentos, privados, de sua livre escolha, para resolver suas pendências, segundo os usos e costumes vigentes, dentro do bom senso e em conformidade com a boa-fé e vontade que tiveram no ato de celebração do mesmo. Daí a validade e oportunidade da introdução do sistema arbitral no Brasil, instituído pela Lei 9307 de 23/09/1996 como alternativa privada à justiça do Estado.

LEI N.º 9307 DE 23/09/1996

A nova lei da Arbitragem (n.º 9307) criada com o objetivo de eliminar ou minimizar as dificuldades por que passa o Poder Judiciário brasileiro, saturado com milhares de processos em fase de julgamento, apresenta em relação ao processo judicial, as vantagens da rapidez, simplicidade, informalidade, custo menor, melhor qualidade da decisão, mais opções de julgamentos, discricionariedade consensual e eficácia, sendo um modo de solução de conflitos, com as mesmas características da função jurisdicional, mas realizada por particulares, em determinadas hipóteses, com sujeição aos princípios fundamentais do verdadeiro processo legal: contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do juiz-árbitro e livre convencimento do juiz-árbitro.

Ela não anula as leis e códigos vigentes nem usurpa "o monopólio da titularidade da jurisdição pelo Estado, pois o que este transfere ao árbitro é apenas o exercício do poder e não sua titularidade que permanece privativa do Poder Público".

A lei n.º 9307 estabelece:



FOTO: ARQUITIVO / ENGENHARIA

Art. 1.º “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Analisando o enunciado:

- “As pessoas”... - Podem ser pessoas físicas ou pessoas jurídicas;
- “capazes de contratar”... - Capacidade Civil: ver Código Civil.
- “poderão valer-se da arbitragem”... - A arbitragem não é obrigatória mas facultativa pois é forma de solução de conflitos fundada na vontade das partes;
- “para dirimir litígios”... - A arbitragem é instrumento hábil para a solução de determinados conflitos contratuais - não todos - quais?
- Os “relativos a direitos patrimoniais disponíveis”, que são a maioria, especialmente nos contratos comerciais pois devem ter o caráter patrimonial, isto é, devem ser suscetíveis de avaliação econômica e estar disponíveis, ou seja, suscetíveis de livre disposição pelas partes.

Art. 2.º “A arbitragem poderá ser “de direito” ou “de equidade”, a critério das partes.

§ 1.º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2.º Poderão, também, as partes convenicionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

Art. 34. “A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta lei.

§ 1.º Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

As partes podem conferir aos árbitros a faculdade de decidir: segundo seus próprios critérios de justiça ou de acordo com os usos e costumes e regras interna-

cionais ou ainda, utilizando os princípios gerais de direito, isto é, com base no ordenamento jurídico oficial, que varia de país a país. Portanto o árbitro tem toda a autonomia de decisão mas não pode julgar contra as normas de ordem pública em geral e muito menos, contra as normas, princípios e valores constitucionais.

ARBITRAGEM DE DIREITO

Segundo o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, “o Direito Positivo se exprime através das normas que compõem o ordenamento jurídico, formando, com os princípios que lhes dão as diretrizes, os sistemas jurídicos que presidem a sociedade mundial”. Esses sistemas do direito contemporâneo se aglutinam, em grandes famílias, das quais as duas principais são:

1) A família romano-germânica, conhecida também como “civil law”, é aplicada na Europa continental, em países africanos, na China, Japão, Turquia e América Latina. A “civil law” é regida preponderantemente pelo normativismo e é formada por um conjunto de leis nascidas na Europa continental, derivadas do direito romano (jus civile - dos cidadãos romanos e jus gentium - dos outros povos do império), das tradições germânicas, além de sofrer influências do direito canônico, feudais e locais. Esquecido na Idade Média, o direito romano foi redescoberto no século 11 pelos intelectuais do norte da Itália, especialmente nas famosas Universidades de Pádua e Bolonha.

Posteriormente o sistema evoluiu para o “jus civile” (direito dos cidadãos) que enfeixando um conjunto de regras estáveis e definidas (Corpus Juris) deu origem aos códigos modernos: Código Napoleônico (1804), Código Germânico (1900), que aperfeiçoado deu origem ao Código Suíço (1912).

O Código Civil Brasileiro de 1916 derivou em grande parte do Código Suíço e manteve o conceito de que cada causa é julgada independentemente, com base na lei, sendo vedado aos juizes julgar por equidade.

ENGENHARIA ARBITRAGEM

2) A família da "common law" que foi desenvolvida na Inglaterra, inicialmente influenciada pelo direito romano mas depois com curso independente, baseado no princípio do caso precedente ou efeito vinculante. É utilizada na Inglaterra e em suas ex-colônias e nos Estados Unidos, e é formada por um corpo de leis correntes, não escritas, vigentes na Inglaterra desde a Idade Média, voltadas principal e inicialmente ao direito de propriedade e às questões criminais, tendo inclusive propiciado a criação do instituto do júri popular.

Permaneceu em uso durante um largo período e com a pressão das corporações jurídicas locais e do Parlamento, evitou a introdução, na Inglaterra, da "civil law" de origem romana até que o progressivo engessamento do sistema e a incapacidade de proporcionar justiça adequada, deram origem, ao final do século 13, ao surgimento das Cortes de Apelação junto ao Rei, regidas pelo Lord Chanceler, que administrava por equidade, os casos omissos ou de injustiça da "common law".

Em 1873 as várias Cortes de Justiça foram incorporadas na Suprema Corte de Justiça da Inglaterra que engloba, tanto a divisão de "common law" como, a de equidade. Nos Estados Unidos houve, logo depois da Independência, uma resistência grande a esse tipo de justiça, dada a proximidade que teria com o rei da Inglaterra, mas aos poucos foram sendo introduzidas Cortes de Equidade nos vários Estados e posteriormente fundidas com as de "common law", permitindo um único procedimento de processo civil na mesma corte, seja para julgamento pela "common law" como por equidade.

O juiz da "common law" se guia, não por um código, mas pelas sentenças de casos análogos julgados precedentemente e aplicados ao caso em questão.

Isto resulta num processo contínuo de atualização e evolução da lei que lhe confere estabilidade e flexibilidade, contrariamente à "civil law", cuja reforma é sempre penosa, devendo ser realizada por especialistas "ad hoc" convocados.

ARBITRAGEM DE EQUIDADE

Tradicionalmente caracterizada por um tratamento diferenciado das causas individuais, a Equidade (*ex aequo et bono*) consiste na aplicação dos ditames da consciência ou dos princípios da justiça natural para a solução de controvérsias e foi considerada uma força criativa e reformadora da justiça. É um sistema de jurisprudência ou conjunto de regras desenvolvidas inicialmente na Inglaterra e seguidas pelos Estados Unidos com o objetivo de complementar e remediar as limitações e inflexibilidade da "common law".

Chama-se de Direito Natural o complexo de regras e doutrinas baseadas no bom senso e na equidade e que se impõem às legislações dos povos cultos.

Diz a teoria da Lei Natural: "Cada homem tem direitos e liberdades que são inerentes à sua condição de criatura humana e privá-lo delas será privá-lo de sua humanidade". Os exemplos do direito natural e das leis humanas que os violam vêm da Antiguidade. Veja-se o caso que narra a Bíblia do rei Ahab, que julgando em causa própria e usando o falso testemunho de sua mulher Jezebel, condenou à morte seu vizinho Naboth para usurpar-lhe o vinhedo adjacente às suas terras e foi posteriormente condenado pelo profeta Elias. É também o caso de Antígone, filha de Jocasta e Édipo, que se insurgiu contra seu tio Creonte por impedi-la de prestar as exéquias a seu irmão Polnício, acusado de traição, com o argumento de que tal proibição ofendia a lei divina e os usos e costumes da época, derivados da lei natural, como descrito por Sófocles no drama clássico grego de sua autoria *Antígone*.

Aristóteles definiu a equidade como "[...] a justiça do caso concreto. O árbitro visa à equidade, enquanto o juiz visa à lei, e é por isso que o árbitro foi instituído, para que a equidade seja aplicada".

Conforme escreve o prof.º Guido F. S. Soares: "Em assuntos de arbitragem, entenda-se por equidade, não uma virtude de temperar o rigor da lei aplicável, mas antes, a possibilidade de aplicar-se qualquer outra lei (além daquela declarada compe-

tente para reger as relações negociais) ou mesmo, nenhuma lei vigente em algum Estado, mas uma solução compatível com o negócio, ou com as circunstâncias dos litígios e que tenha sido plenamente autorizado pelas partes".

Por paradoxal que possa parecer, apenas o árbitro, no caso de litígios contratuais envolvendo "bens patrimoniais disponíveis", pode, no Brasil, devidamente autorizado pelas partes, aplicar o conceito da equidade.

CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Art. 3.º "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao JUÍZO ARBITRAL mediante CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM, assim entendida a CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA e o COMPROMISSO ARBITRAL".

Art. 4.º "A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

a) A cláusula compromissória é um negócio jurídico, realizado a respeito de direitos disponíveis, entre pessoas capazes de transigir, inserido num instrumento particular ou público, no sentido de que se comprometem a levar eventual litígio decorrente da execução de um determinado contrato ao juízo arbitral. A cláusula compromissória, como contrato preliminar ou promessa de contratar, cria para as partes a obrigação de celebrar, de comum acordo, no futuro, compromisso arbitral, para instauração e instrução do juízo arbitral quando a controvérsia surgir. Como contrato e negócio jurídico que é, a cláusula compromissória requer para sua validade, a observância dos requisitos do Código Civil: 1) agente capaz, 2) objeto lícito e 3) forma prescrita ou não proibida por lei.

b) É condição essencial da cláusula compromissória que a mesma seja estipulada por escrito, no documento contratual original, a cujas relações jurídicas substanciais se refere ou em documento se-

parado, com expressa alusão às referidas relações. Em caso contrário, a arbitragem não poderá ser invocada isoladamente por nenhuma das partes, quando da eclosão de um eventual conflito, devendo tal decisão ser tomada por unanimidade entre as partes contratantes, nessa ocasião e cabendo à parte prejudicada, na hipótese de recusa da outra, apenas o recurso à via judicial comum para a defesa de seus direitos.

c) Em existindo a cláusula compromissória escrita, a parte que se julgar ferida em seus direitos poderá convocar a outra parte, por via postal ou outro meio de comunicação, com comprovante de recebimento, para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral que regulará a forma de instituir o juízo arbitral. Em caso de negativa, poderá a parte interessada requerer a citação judicial da outra parte para fazê-lo perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente,

te, tocaria o julgamento da causa, indicando com precisão o objeto da arbitragem e incluindo a documentação comprobatória da existência da cláusula compromissória. Nesse caso caberá ao juiz decidir apenas sobre o conteúdo do compromisso e não sobre o seu mérito, que compete ao árbitro ou árbitros por ele designados e a sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

d) A lei faz expressa menção aos contratos de adesão normalmente firmados entre empresas fornecedoras e consumidores individuais, em formulários pré-impessos, onde, visando garantir os direitos do comprador, de acordo com o Código do Consumidor, exige-se específica concordância por escrito do mesmo, com visto da cláusula impressa em negrito, ou em documento a parte. Mesmo assim alguns juristas entendem ser este dispositivo inconstitucional, assunto que

está pendente de julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

e) A cláusula compromissória poderá conter, além do acordo de vontades das partes de submeter-se ao juízo arbitral em caso de controvérsias, outros dispositivos e definições concordados, sobre regras a seguir (CCI ou outras instituições como a Câmara de Mediação e Arbitragem do Instituto de Engenharia), forma de instituir a arbitragem, sistema de nomeação dos árbitros, tipo de julgamento e outros requisitos que serão incorporados ao compromisso arbitral.

f) Finalmente é importante salientar que tendo a cláusula compromissória validade independente e autonomia em relação ao contrato, é ela a fonte de onde deriva o poder do árbitro assegurando-lhe competência para decidir as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato.

Presente em obras de futuro

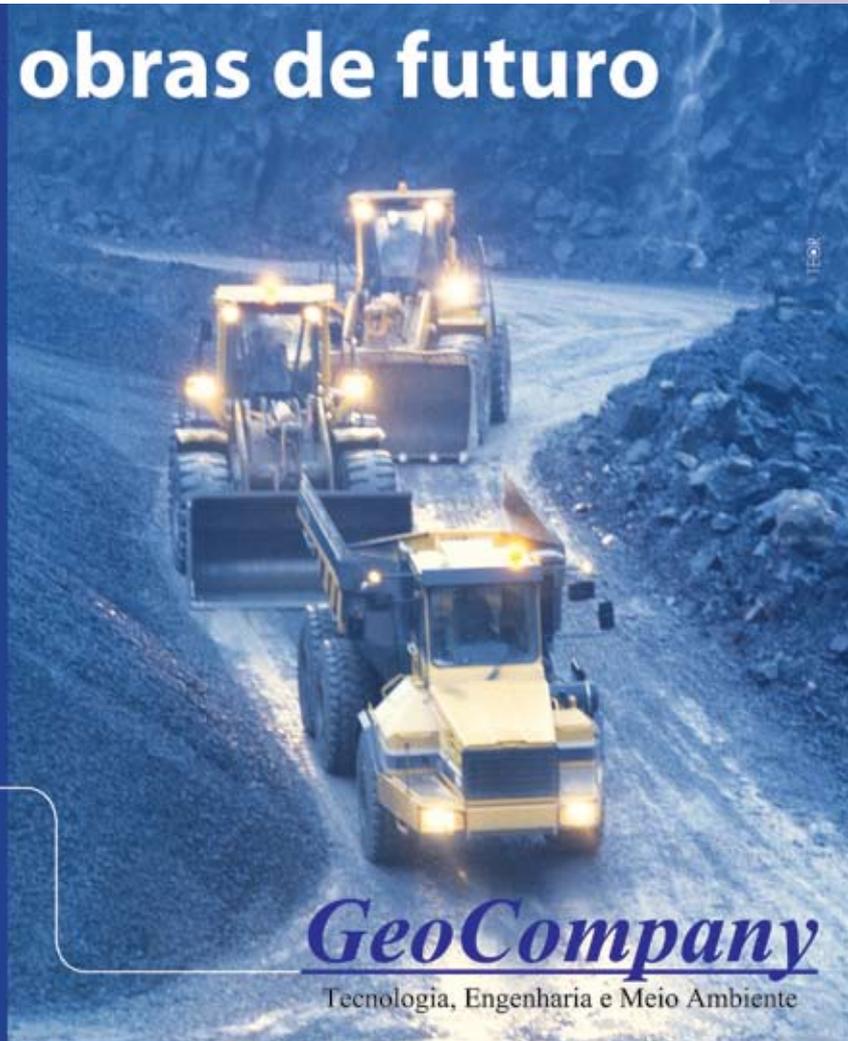
A GeoCompany é uma empresa brasileira, com atuação internacional, especializada em Estudos, Projetos e Soluções em Engenharia Civil.

Sua meta é aplicar as mais avançadas soluções de engenharia geotécnica e ambiental, nas áreas de Óleo & Gás, Transportes, Saneamento, Meio Ambiente e Energia.

- Estudos de Viabilidade
- Passivos Ambientais
- Riscos Geológicos - Geotécnicos
- Projetos Básicos e Executivos
- Supervisão e Acompanhamento Técnico de Obras
- Concessões e Parcerias Público - Privadas

GeoCompany Tecnologia, Engenharia e Meio Ambiente

Calçada das Tulipas, 111 • Centro Comercial Alphaville
CEP 06453-020 • Barueri - SP • Brasil
Pabx/Fax: 55-11-4195-4435 / 4193-6146 / 4688-2874
geocompany@geocompany.com.br
www.geocompany.com.br



GeoCompany
Tecnologia, Engenharia e Meio Ambiente

ENGENHARIA ARBITRAGEM

COMPROMISSO ARBITRAL

Art. 9.º "O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

a) Como define o jurista prof.º Antonio Carlos Marcato: "O compromisso arbitral é, então, o instrumento de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuírem a terceiro (denominado árbitro) a solução de pendências entre eles existentes". Pode ser judicial ou extrajudicial: no primeiro caso o compromisso arbitral deve ser celebrado por termo, nos autos respectivos e no segundo, deve ser celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas ou por instrumento público.

b) Elemento essencial de legitimação e validade do compromisso arbitral que pode evitar a sua nulidade futura, é a questão da matéria que será objeto da arbitragem, ou seja, a determinação clara e precisa do objeto do compromisso e da natureza da relação jurídica litigiosa que como vimos, deve ter caráter patrimonial, isto é, deve ser suscetível de avaliação econômica. Em princípio não são disponíveis e portanto não seriam suscetíveis de arbitragem, entre outros, os conflitos relacionados a:

1) Direitos do trabalho como: salário mínimo, férias, indenização, aviso prévio, 13.º salário etc. Podem contudo ser arbitrados os conflitos previstos nos contratos coletivos de trabalho (CF/88, art.114, par. 1.º e 2.º). A mediação trabalhista está institucionalizada pela MP nº 1053 e pelas portarias do MTb (n.º 817 e n.º 818) e recentemente, a Lei 9958 de 12/01/2000 instituiu as Comissões de Conciliação Prévia, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho, abrindo um amplo espaço para a mediação e arbitragem privadas dos conflitos laborais fora do âmbito da justiça trabalhista do Estado.

2) Também não podem ser objeto de arbitragem as questões relacionadas com os direitos previdenciários.

3) Igualmente estão fora da alçada da

arbitragem as questões de estado e separação (separação, divórcio e anulação de casamento, pátrio poder, tutela, cidadania etc.). Contudo os aspectos patrimoniais derivados destas questões podem ser arbitráveis como, no caso de separação entre cônjuges as controvérsias relativas aos acordos patrimoniais e às pensões entre cônjuges e filhos maiores.

4) Não podem ser arbitrados os conflitos resolvidos por decisão coberta pela coisa julgada (Constituição, art. 5.º, inciso XXXVI).

5) Também não podem ser arbitrados interesses difusos nos quais existe um objeto indivisível mas os sujeitos são indeterminados; entretanto podem ser arbitrados interesses coletivos já que existe um objeto indivisível e os sujeitos pertencem a um grupo social que pode ser determinado.

6) No caso das empresas públicas, a natureza indisponível dos bens públicos atua como um obstáculo à utilização da arbitragem pelas pessoas jurídicas de direito público. Este não é o caso das pessoas jurídicas de direito privado, cuja propriedade, no todo ou em parte, pertence ao Estado e são reguladas pelo regime jurídico de direito privado, podendo valer-se da arbitragem de acordo com a lei que as instituiu ou com seus estatutos (CF/88, art. 173, par. 1.º).

c) Deverão constar obrigatoriamente do compromisso arbitral:

1) Nome, profissão, estado civil e domicílio das partes.

2) Nome, profissão e domicílio do árbitro ou dos árbitros ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros.

3) A matéria que será objeto da arbitragem, como visto acima.

4) O lugar em que será proferida a sentença arbitral.

d) Poderão constar também do compromisso arbitral:

1) Local onde será desenvolvida a arbitragem.

2) A autorização para que os árbitros julguem por equidade, se assim for con-

vencionado pelas partes.

3) O prazo para apresentação da sentença arbitral.

4) A indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionado pelas partes.

5) A declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem.

6) A fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

e) Extingue-se o compromisso arbitral:

1) Escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação ou falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes tenham declarado expressamente, não aceitar substitutos.

2) Por decurso do prazo previsto para apresentação e prolação da sentença.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **D'Assunção, Maria** - Arbitragem, Área Pública.

2. **Jacques, Enio S.** - Arbitragem e Mediação Trabalhista.

3. **Marcato, Prof.º Antonio Carlos** - Arbitragem.

4. **Parizato, João Roberto** - Arbitragem. Comentários à Lei 9307.

5. **Phillips, Barbara Ashley** - Finding Common Ground.

6. **Ramina, Luiz Carlos T.** - Mediação Trabalhista MT-DRT.

7. **Rocha, José de Albuquerque** - A lei da Arbitragem.

8. **Santos, José P. T.** - Mediação e Arbitragem Civil / Comercial.

9. **Soares, Guido F. S.** - Arbitragem Internacional.

10. **Vianna, Durval** - Mediação e Arbitragem Civil / Comercial. 📄

**Miracyr Assis Marcato é engenheiro eletro-mecânico com pós-graduação em administração de empresas, árbitro e mediador, desenvolve atividades de consultoria nas áreas de energia, gás natural com execução de projetos no Brasil e no exterior; é também diretor do Depto. de Engenharia Elétrica do Instituto de Engenharia. E-mail: energia@terra.com.br*