

O DECURSO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO PANORAMA GLOBAL À REALIDADE BRASILEIRA

Filipe Max de Oliveira SOUZA¹
filipemxsouza@gmail.com

Reynaldo CAMPANATTI²
campanatti@femanet.com.br

RESUMO: Na perspectiva internacional, a arbitragem assume uma importante função nas diversas modalidades de contratos comerciais. Assim, a fim de compreender a essência deste instrumento na sociedade através dos tempos, este artigo busca analisar o desenvolvimento histórico da arbitragem comercial internacional como meio apropriado para as partes resolverem seus conflitos no plano global do ponto de vista brasileiro. Ademais, a observação de elementos constantes na trajetória histórica da arbitragem permitirá extrair inferências sobre funcionamento dessa espécie de ADR – *Alternative Dispute Resolution* - na esfera econômica e comercial contemporânea.

PALAVRAS-CHAVES: Solução Alternativa de Conflitos; Arbitragem Comercial Internacional; História; Cultura.

ABSTRACT: In the international perspective, the arbitration assumes an important function in various types of commercial contracts. Thus, with in the aim of understanding the essence of this instrument in society through the ages, this articles seeks analyzes the historical development of international commercial arbitration as an appropriate means to the parties resolve their conflict on a global scale from the Brazilian point of view. In addition, the observation of elements in the historical background of arbitration will make it possible to draw inferences about operating this kind of ADR - *Alternative Dispute Resolution* - in the contemporary economic and commercial sphere.

KEYWORDS: Alternative Dispute Resolution; International Commercial Arbitration; History; Culture.

Introdução

Para compreender a importância da arbitragem como meio de solução alternativa de conflito³ é necessário retroceder às origens históricas desse instituto e vislumbrar como ocorre seu surgimento, formação e consolidação nos diversos aspectos contextuais que viabilizaram sua aplicação nos conflitos do homem em sociedade. Desta forma, no

¹ Aluno do curso de Bacharelado em Direito e do Programa de Iniciação Científica, no IMESA/FEMA.

² Doutor pela USP – SP e professor no curso de Bacharelado em Direito no IMESA/FEMA. Orientador.

³ Em inglês: *Alternative Dispute Resolution*, ou simplesmente “ADR”.

plano histórico aqui analisado, a “arbitragem comercial internacional” será um desdobramento do instituto da arbitragem propriamente dito nas relações comerciais entre povos de diversas épocas. Desta forma, registros históricos acerca dos meios de administrar conflitos destacam em povos antigos a peculiar coexistência das formas de autotutela e das atividades beligerantes e, posteriormente, com as diferentes estruturas de Estado, com métodos relativamente sofisticados, informais e privados para solucionar conflitos, que eram tidos como práticas tradicionais de suas respectivas culturas. É notável que nesta etapa inicial da história encontramos distinções tênues entre as práticas de conciliação, mediação, formas primitivas de arbitragem, processos híbridos e variações, conforme os costumes e tradições de cada cultura. Contudo, consoante a proposta deste trabalho, dentre essa multiplicidade de ADR, destacamos o processo evolutivo da arbitragem, especialmente em sua aplicação no comércio internacional. Neste sentido a arbitragem comercial se configura como uma iniciativa privada que caracteriza uma intersecção entre o Direito e a Economia na busca de soluções para conflitos de interesses empresariais, sejam eles em nível nacional ou internacional.

Panorama global da arbitragem comercial: do mundo antigo à Idade Moderna

Diferentemente do senso comum, as primeiras formas de arbitragem (e de outras ADR) não surgem necessariamente no Ocidente: suas raízes concentraram-se, nos primeiros tempos, no pólo oriental do mundo. No antigo mediterrâneo, e.g., o caráter consuetudinário do direito arbitral já era evidenciado há cerca de 3100 a.C., em um tratado entre o rei de *Lagash*, Eanatum, e os homens de *Umma*. Percorrendo a Ásia, encontra-se na Índia (500 a.C.) a figura do árbitro pacificador de conflitos conhecido pelo nome de *Panch*, e sua atividade, a arbitragem, por *Panchayat*, cuja sentença arbitral já adquirira naquela época status de imutabilidade. Ademais, durante a Dinastia *Yi* da Coreia (1392 a 1910), manteve-se ativa a arbitragem para resolução de conflitos civis e comerciais tão somente no âmbito interno, visto que estivera sob uma política isolacionista, impedindo o desenvolvimento das relações comerciais internacionais (BARRETT; BARRETT, 2004, p. 9).

Na Grécia, berço da democracia, entretanto, é onde se começa a delinear as características basilares da arbitragem, cuja experiência encontra fulcro no panteão mitológico o qual se pode destacar a conhecida narrativa da Guerra da Tróia

desencadeada pela emblemática controvérsia envolvendo o pomo da discórdia, cujo conflito suscitado entre deusas Hera, Afrodite e Atenas fora submetido à sentença de Paris, um mortal, que na condição de árbitro tivera a tarefa de decidir dentre as três a mais bela. Evidentemente, a arbitragem na Grécia antiga não estava somente no imaginário mitológico, mas no próprio cotidiano dos homens em suas desavenças internas e externas, quer em atividade política, quer em relações comerciais:

[...] la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litígios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos⁴. (FREYRE, 2007, p. 14)

Quanto à atividade comercial, Aristóteles teceu considerações importantes a respeito das relações entre tirrenos e cartaginenses naquela época:

Eles possuem tratados redigidos por escrito, com base nos quais importam e exportam suas mercadorias, garantem-nas uns aos outros, prometendo defendê-las a mão armada. Mas não têm, quanto a esses objetos, nenhum magistrado que lhes seja comum. Cada um desses povos tem os seus em seu próprio território. Eles não se preocupam com o que os outros são, nem com o que fazem, se são injustos ou corrompidos como particulares, só fazendo questão da garantia que ambos os povos se deram mutuamente de não se lesarem. (ARISTÓTELES, 1995, p. 39)

Com efeito, nessa relação, o fulcro jurídico da arbitragem entre particulares ou entre cidades-estados era um contrato, um compromisso, ou, ainda, uma cláusula inserida em tratados de comércio, de aliança ou de paz (SOARES *Apud* OLIVEIRA, 2012: 32). As partes neste contexto tinham autonomia para escolher os árbitros, que poderiam ser um rei, um magistrado, alguma instituição religiosa ou um homem comum.

Os fenícios (1200 a 900 a.C.), por seu turno, diplomaram-se nas práticas comerciais, aperfeiçoando modalidades de transação mercantil que os elevaram a posição de expoentes do comércio internacional no mundo antigo, implementando uma nova forma de organização social em que se colocam os empreendimentos econômicos no centro de sua sociedade. Nesta esteira, Barrett e Barrett (2004: 70) destacam na atividade comercial dos fenícios duas criações características de sua cultura mercantil: os portos de comércio (*ports of trade*) e os comerciantes empreendedores (*entrepreneurial merchants*):

Ports of trade were temporary settlements outside major cities—and thus beyond the control of the authorities, who would generally take a cut of any activity that fell inside their city walls. Classic examples include Tyre,

⁴ Tradução livre: “a história dos povos comerciantes da antiguidade narra litígios entre mercadores gregos e fenícios que recorriam à arbitragem com a finalidade de resolver seus conflitos”

founded by the Phoenicians in about 2000 B.C., Carthage, and Hong Kong⁵.
(BARRETT; BARRETT, 2004, p. 70)

Logo, os portos de comércio estabelecidos pelos fenícios constituíram territórios verdadeiramente neutros em questões políticas e jurídicas, tornando-se um local independente de qualquer influência de autoridades dirigentes, possibilitando aos mercadores realizarem seus negócios. Conseqüentemente, nestes portos de comércio surgem os comerciantes empreendedores, que atuavam em empresas comerciais de importação e exportação com outras nações. Neste contexto profícuo, essas “zonas de livre comércio” aperfeiçoaram sua própria forma de administrar as relações comerciais, assim como os litígios decorrentes delas. Especula-se, pois, por meio de registros históricos (BARRETT; BARRETT, 2004, p. 70), que a arbitragem foi largamente utilizada neste ambiente a fim de dirimir conflitos comerciais nos territórios neutros do mercado livre.

No entanto, a consolidação da arbitragem como instituto de direito, cuja fisionomia jurídica identifica-se com a concepção atual, se verificará posteriormente em Roma, momento em que o direito romano incluirá em seu ordenamento jurídico a função do árbitro, além de sua aplicação desligada do aparato estatal romano nas relações comerciais principalmente.

Com efeito, para a compreensão histórica da arbitragem, destaca-se o contraste entre dois corpos de normas usuais e vigentes no direito romano: o primeiro, o *jus civile* (*jus privatorum*), cujo rito essencialmente formalista era direcionado exclusivamente aos civis de Roma. O segundo, o *jus gentium*, considerado como “direito comum a todos os homens” (SOHM *Apud* CASTRO, 2002, p. 130), possuía perfil abrangente de aplicação, mais flexível e menos formal que o *jus civile*, era aplicado aos peregrinos, considerados súditos de Roma não subordinados ao *jus civile*, e aos estrangeiros que estivessem em Roma ou ali realizassem atos ou negócios jurídicos, geralmente de cunho comercial. Nessa época, segundo Villey (1991, p. 152) “os gregos, os asiáticos, que pululam em Roma, introduziram-lhe o uso do comércio. Sem dúvida também os seus hábitos comerciais”.

⁵ Tradução livre: “Os portos de comércio eram assentamentos temporários fora das maiores cidades e, portanto, fora do controle das autoridades, as quais geralmente limitariam qualquer atividade dentro de seus muros citadinos. Exemplos clássicos [de portos de comércio] incluem Tiro, fundada pelos fenícios em cerca de 2000 a.C., Cartago, e Hong Kong.”

Assim, o *jus gentium* surge em um momento posterior ao *jus civile*, quando uma série de convergências influem na cultura jurídica romana resultando no “abandono do antigo egoísmo” (VILLEY, 1991, p. 97). Especificamente:

Quando às atividades comerciais dos romanos se expandiram através da bacia do Mediterrâneo, tornou-se necessária a criação de um cargo de pretor cujo titular tivesse jurisdição entre as contendas que surgiam quer entre os próprios estrangeiros, quer entre estes e os cidadãos romanos (*inter peregrinos e inter cives et peregrinos*): aparece assim o *praetor peregrinus* (242 a.C.). (GIORDANI, 1996, p. 49)

No tribunal do *praetor peregrinus*, por sua vez, as partes tinham ampla liberdade de se manifestar, utilizando expressões que achassem convenientes, não ficando presas aos ritos formais de *legis actio*. Neste momento, “o antigo direito é revisado, ampliado e modernizado” (GIORDANI, 1996, p. 49), cuja nova configuração se conforma à internacionalidade do comércio em Roma e é amplamente aplicado a essa classe. Logo, a aproximação do “direito das gentes” aos usos e costumes do “comércio internacional” se dá pela composição sociológica do conjunto dos comerciantes em Roma, que era integrado em grande parte por estrangeiro, de tal sorte que, pelas regras vigentes na época, o direito aplicado a estes era invariavelmente o *jus gentium*. Segundo Villey (1991, p. 97), a consolidação desse direito comum ocorre gradualmente: o crescente interesse do comércio, a florescência de novas filosofias humanistas, a cultura superior de alguns povos vencidos, conveniências políticas e econômicas motivaram os magistrados de Roma a reconhecer o *jus gentium* na forma de um corpo normativo paralelo àquele aplicado ao homem romano.

A arbitragem, por sua vez, já tinha sua determinação prescrita ainda no período da *Lex Duodecim Tabularum* (450 a.C.), como uma das formas de combater o uso da força pela vingança privada. No entanto, conforme expandia o império romano, fora necessário adotar um sistema oficial para resolver os litígios, cada vez mais numerosos, sendo que esse processo de intervenção se deu por três fases, as quais a doutrina cognomina de *Legis Actiones*, *Per Formulas* e *Cognitio Extraordinaria*⁶.

Freyre (2007, p. 17) explica que na fase da *Legis Actiones*, no procedimento da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* era possível a escolha de submeter o

⁶A *legis Actiones* estende-se desde a origem da *civitas* até a metade do século II a.C. Consiste em uma aplicação do direito em duas etapas: a primeira, *in iure*, diante do magistrado investido de *iurisdictio*; e a segunda, *apud iudicem*, diante de um juiz ou árbitro elegido pelas partes encarregado do *iudicatio*. Tanto o *Legis Actiones* como o *Per Formulas* constituem o sistema de processo civil romano em que se previa a modalidade de arbitragem obrigatória ao lado da facultativa. A terceira fase, correspondente ao sistema da *Cognitio Extraordinaria*, ocorre o afastamento da administração privada dos conflitos e atribuindo ao Estado a exclusividade da jurisdição. (ALVIM, 2004)

litígio a um *iudex* ou a um *arbitrium*. Nesta última opção, atua a figura do “*arbiter*”, que por seu caráter de autoridade oficial é de comum entendimento que tal procedimento não deve ser confundido com a arbitragem, esta designada “*compromissum*”, sendo seu aplicador chamado de *arbiter ex compromisso*. Entretanto, este, diferente do *iudex* e do *arbiter* do *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, não tinha sua finalidade principal vinculada a provocação para resolver disputas, o *arbiter ex compromisso* também era invocado frequentemente como terceiro elegido para fixar algum elemento ou condição de uma relação jurídica que tivesse o contrato deixado previamente indeterminado ou genericamente documentado no *compromisso*, tal qual se assemelha o instituto do “amigável compositor”.

Tomando essas premissas como ponto de partida, o *arbiter* “estatal” da *legis actio* poderia ser designado a atuar em diversas matérias, porém devendo sempre se basear em diretrizes prescritas no próprio *jus civile*, e sendo que sua função eminentemente pública, é subordinada à autoridade oficial do pretor; enquanto que o *arbiter ex compromisso*, diferentemente, tem suas diretivas acertadas no âmbito exclusivamente privado, de tal forma que em todo o desdobramento do *compromissum* não se avista participação de qualquer autoridade pública romana, cabendo o *arbiter ex compromisso* ponderar sobre as saídas mais oportunas para ambas as partes e proferindo a sentença de forma livre. Esse árbitro encontrará limitação apenas no que for previsto no *compromissum* pactuado pelas partes.

Adiante, com o fim do Império Romano do Ocidente (476 a.C.), a Europa se vê dividida em disputas de territórios ocupados por povos de diferentes culturas. Neste contexto, toda a unificação e uniformidade jurídica do direito romano “desaparece” em meio à queda do império e as invasões bárbaras: o direito se fragmenta e se multiplica; o conflito de normas e a compreensão de qual direito aplicável em um conflito fora questão já debatida por juristas do período. Em decorrência dessa multiplicidade, surge a concepção de personalidade de direito, do qual decorre o *professio juris*⁷:

Na Idade Média, após a destruição do império romano pelas tribos germânicas, a aplicação do direito variava conforme a raça dos indivíduos: aos francos se destinava exclusivamente o direito frâncico; aos romanos, o romano; aos borguilhões, aos saxões, aos frisões, aos lombardos, o da tribo a que pertencessem. (CASTRO, 2002, p. 131)

⁷ Diante do contexto da personalidade de direito na Idade Média, era situação em que nos atos extrajudiciais a pessoa declarava qual era o direito por que se governava.

Nessas circunstâncias, não havendo um aparato judicial para dizer o direito apropriado, as partes que se viam em disputas buscavam a justa equidade recorrendo à terceiros. Deve-se observar, ainda, que a Idade Média, sendo um período essencialmente militar (principalmente no início), a aristocracia mantinha sua organização político-administrativa no campo bélico, de forma que desde as corriqueiras disputas interpessoais até os conflitos entre nações tinham formas próprias de solução as quais não raramente resultavam às armas. Destarte, os recursos de ADR, especificamente a arbitragem, não tiveram espaço oportuno para sua aplicação em um ambiente político cuja preferência era a espada.

Todavia, se de um lado a arbitragem fora preterida pela aristocracia, de outro, ela foi amplamente recepcionada pelo comércio medieval, cujo momento histórico de prosperidade proporcionou o estreitamento da arbitragem com o esse setor e, conseqüentemente, a autonomia dos comerciantes em relação aos nobres na ordem do mercado. Neste sentido, Strenger (1996, p. 23) ressalta a importância da Idade Média para a idéia atual de arbitragem comercial internacional:

Na perspectiva do tempo, a arbitragem comercial internacional é instituição muito antiga. Já na Idade Média era o método que regulava divergências entre comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da moderna *lex mercatoria*.

Na mesma esteira, Barrett e Barrett (2004, p. 16) esclarecem o contexto comercial, ressaltando os princípios que delinearão a aplicação da arbitragem:

During the tenth and eleventh centuries, commercial arbitration became widely used in many European cities under a practice referred to as the law merchant, although no governmental law was involved. This ADR predecessor was voluntarily developed, adjudicated, and enforced by merchants. The legitimacy of the process was founded on an understanding of fairness, mutual benefits, and reciprocity of rights⁸.

Aliás, como herança benquista dos fenícios, o comércio tido como “internacional” na Idade Média era geralmente celebrado em um mercado situado em território neutro, semelhantes ao “*ports of trade*” daquele povo, em regiões fronteiriças, sob tutela religiosa. A mesma tutela se estendia à arbitragem como instrumento para resolver as

⁸ Tradução livre: “Durante os séculos X e XI, arbitragem comercial se tornou largamente utilizada em muitas cidades européias no âmbito da prática das leis mercantis, embora nenhuma lei governamental [estatal] estivesse envolvida. Esse predecessor da ADR foi desenvolvido, aplicado e executado pelos comerciantes. A legitimidade do processo era fundada em uma compreensão de justiça, benefícios mútuos e reciprocidade de direitos.”

questões não só comerciais, como também de naturezas civis⁹. Requião (2005, p. 12) identifica esta zona livre de influências de autoridades oficiais de “paz comercial”, que Paul Rehme, citado por aquele, a chama de paz do mercado, protetora do estrangeiro.

Com efeito, convém acentuar que neste período as soluções de conflitos *via* esfera privada eram tidas como alternativa de alta estima para os comerciantes. Desta forma, uma vez pactuada a arbitragem em uma disputa entre comerciantes, não estavam em jogo apenas a controvérsia sobre objeto do litígio, mas também a honra e a reputação das partes que compõem a lide e que assim convencionaram sua submissão à decisão de um terceiro. A imagem de um bom litigante, independente se vencedor ou vencido, era sinônimo de confiabilidade no mercado e no cenário das relações comerciais. Assim, em uma arbitragem comercial, o comportamento de um “mal perdedor” ou de um “vencedor desonesto”, na perspectiva da moral do mercado, repercutia de maneira vexatória na visão de seus pares, cujas conseqüências invariavelmente levavam o “mau litigante” à exclusão do rol de bons negociantes, isolando-o dos outros e, por fim, desencadeando sua ruína comercial:

In urban centers, markets, and trade fairs, merchants made available these informal judges, drawn from the merchant ranks, to resolve disputes using rules and laws evolved through years of experience. The voluntary and participatory nature of the process contributed to its acceptability to the vast majority of merchants. Those who refused to accept a judge's decision faced ostracism by other merchants. One reason the law merchant was allowed to operate separate from the traditional courts was the specialized nature of the cases¹⁰. (BARRETT; BARRETT, 2004, p. 16)

Na Idade Moderna, consagrada como *l'Âge des Lumières*, os ideais de Estado foram se firmando na mentalidade renascentista, a figura de autoridade pública, a divisão burocrática e a concepção de oficialidade foram tomando assento no convívio social dessa época. É, pois, com o advento do *Leviathan* que a organização da sociedade toma nova diretiva em favor das prerrogativas estatais, dentre as quais, o monopólio de administrar os conflitos e a justiça. A arbitragem, que até então havia se revigorado na Idade Média em razão do desenvolvimento do livre comércio e pelo incentivo de

⁹ A arbitragem encontra respaldo no papado, iniciador e promotor do instituto para sua difusão entre os povos sob sua “autoridad pontificia” (FREYRE, 2007, P.21), cuja missão “no se limitaba a la difusión de la fe, la moral y los valores cristianos, sino que también comprendía el ejercicio de su autoridad tutelar sobre los poderes temporales, la misma que le permitía resolver conflictos, tanto internos como internacionales” (FREYRE, 2007, p.21).

¹⁰ Tradução livre: “Nos centros urbanos, mercados e feiras, os comerciantes disponibilizavam de juízes informais, deduzidos da classe mercante, para resolver disputas por meio de leis e regras evoluídas através de anos de experiência. A natureza voluntária e participativa do processo contribuiu para sua aceitabilidade diante da grande maioria dos comerciantes. Aqueles que se recusavam a aceitar a decisão de juiz enfrentava o ostracismo por outros comerciantes. Uma razão para as leis mercantis serem autorizadas a operar a parte das cortes tradicionais era a natureza especializada dos casos.”.

autoridades eclesiásticas¹¹, começa a se eclipsar durante o Século XVI e XVII diante a consolidação do aparato burocrático do Estado Moderno. Somente após a Revolução Francesa (1789-1799) que se pode perceber um retorno aos meios privados, especialmente a arbitragem. Em suma, o instituto sofre um sombrio retrocesso durante os séculos XVI e XVII, sendo retomada sua prática a partir do final do século XVIII (MARTINS *Apud* OLIVEIRA, 2012, p. 20).

A partir da eclosão da Revolução Francesa, surgem novas perspectivas acerca da função que o Estado deve exercer na sociedade¹² e, como fato resultante, houve uma retomada das relações privadas como elemento essencial à formação do homem. Por conseguinte, na esfera da administração dos conflitos, a arbitragem adquire novo destaque no ambiente revolucionário, passando a ser instrumento vital de resolução de conflitos na esfera privada e assumindo, ainda, caráter compulsório em determinados assuntos. Sodré (*Apud* OLIVEIRA, 2012, p. 41) afirma que “ao longo do século XIX a arbitragem passou por um processo de perda de prestígio, que perdurou até o século XX, quando é “redescoberta” como uma forma eficiente de resolução dos conflitos intersubjetivos”.

Desta maneira, a arbitragem estivera por toda a Idade Moderna sujeita às mudanças no panorama político-filosófico¹³ que ocorrera na medida em que o Estado moderno cada vez mais se via incluído nas atividades da sociedade. A rejeição à filosofia medieval e entusiasmo pelas novas idéias filosóficas difundidas pelo continente, muitas delas fundamentadas no racionalismo, resultou, no mundo físico e na história, em profundas alterações no pensamento e na cultura. Invariavelmente, condicionou-se o interesse da solução de conflitos à organização estrutural do Estado, proliferando os “*bureaux*”¹⁴ como expressão objetiva da burocracia na sociedade moderna.

No século XX, será a maximização daquilo que Weber (2012) chama de “autoridade burocrática” no plano administrativo do Estado que contribuirá mais tarde para o problema do atravancamento do sistema judiciário estatal, na qual a realidade brasileira se inclui, tornando, conseqüentemente, as ações judiciais caras, longas e morosas. Assim, o meio empresarial do início do século XX “redescobre” a arbitragem como meio alternativo para resolver conflitos, considerado um expediente vantajoso aos

¹¹ Vide nota de rodapé 12.

¹² V.g. os limites ao poder do Estado em face à liberdade do cidadão.

¹³ Cujas influências concentram-se principalmente em três conhecidos nomes: Nicolau Maquiavel (1469-1527), Giovanni Bodin (1530-1596) e Thomas Hobbes (1588-1679).

¹⁴ Termo de língua francesa para “repartição pública”.

interesses econômicos. Ademais, com o Protocolo de Genebra de 1923, o primeiro evento de grande importância para arbitragem comercial internacional, se desencadeará no decorrer do século a realização de convenções decisivas para difusão do instituto pelo mundo e sua consolidação no plano nas relações comerciais internacionais, impulsionada principalmente pelo *boom* econômico pós-guerra e o fenômeno da globalização.

A arbitragem Comercial Internacional no contexto brasileiro

Arbitragem comercial internacional deve ser analisada na história brasileira a partir do período em que se desenvolvem no âmbito do comércio atividades negociais para com o estrangeiro. Sendo assim, é, pois, com a vinda da família imperial ao Brasil, em 1808, que se pode notar uma configuração político-econômica voltada ao plano internacional, fomentando práticas comerciais com outros países. A chegada da comitiva imperial lusitana marca o início de um processo de aprimoramento econômico e comercial, o que implicou também o avanço de outros setores da sociedade brasileira em perspectiva da nova situação política de elevação à Reino Unido. Desta forma, uma série de medidas foi sendo tomada visando o crescimento econômico, dentre as quais, concernente ao comércio internacional, foi a abertura dos portos para as nações amigas, seguida de outras iniciativas econômicas progressistas, evidenciando a intenção do governo de implantar um direito comercial brasileiro:

[...] Dom João VI decidiu impulsionar os negócios e a economia interna e determinou a criação de diploma comercial próprio que regulasse as relações mercantis, de modo a viabilizar o início do processo de preparação à independência do Brasil. (GUERRA *Apud* OLIVEIRA, 2012, p. 42)

Em 1822, com a independência do Brasil em relação a Portugal, tornou-se prioridade do império brasileiro a adoção de uma legislação apropriada à nova conjuntura, o que fez com que uma das primeiras medidas legislativas fosse a convocação da Assembléia Constituinte e Legislativa de 1823, na qual se deliberou pela continuidade das leis portuguesas, viabilizando a aplicação de normas provenientes das Ordenações Filipinas, que, seguindo as Ordenações anteriores, previa o juízo arbitral em seu Título 18¹⁵. O jurista Requião (2005, p. 17) explica ainda que:

¹⁵ Carreira Alvim, citando Oliveira Filho, narra sucintamente o desenvolvimento da arbitragem pela legislação portuguesa: “[...] suas disposições sobre o juízo arbitral foram coordenadas no Livro 3º, Título 118, das Ordenações Affonsinas; Título 81 das Ordenações Manuelinas; e Título 18 das Ordenações

Entre essas leis é de ressaltar, pela sua influência e importância, a Lei da Boa Razão, surgida em 18 de agosto de 1769, que autorizava invocar-se como subsídio nas questões mercantis as normas legais “das nações cristãs, iluminadas e polidas, que com elas estavam resplandecendo na boa, depurada e sã jurisprudência”. Essa curiosa lei tornava plausível a invocação do direito estrangeiro como subsidiário do direito lusitano e, agora, brasileiro.

Nesta esteira, no âmbito infraconstitucional, surgem leis que prevêem arbitragem obrigatória em matéria de seguros, em 1831, e locação de serviços, em 1837. A respeito da legislação comercial, como já foi anteriormente citado, o projeto de um Código Comercial brasileiro inicia-se em 1808, por ordem de Dom João VI. Nesta época o governo tinha em mente a necessidade de difundir a “ciência do comércio”, que até então era confusa e atrasada em relação aos outros países, de modo que a falta de uma legislatura comercial própria e o pesado aparato burocrático não transmitia uma imagem de eficácia nos tratos negociais de importação e exportação. Além disso, a morosidade das transações, a execução processual que assumiam caráter diferenciado e a multiplicidade de instrumentos legislativos herdados de direito português tornara cenário comercial brasileiro caótico (BENTIVOGLIO, 2002, p. 8).

Desse modo, com a aprovação o Código Comercial brasileiro, no diapasão do *Code de Commerce* francês (1807), se institui a arbitragem compulsória para as causas comerciais, dentre as quais, v.g., as que versem sobre sócios de sociedades comerciais, durante sua existência e nas liquidações e partilhas (ALVIM, 2004, p. 5). Mais tarde, no mesmo ano, o Regulamento n° 737 tratará da arbitragem no aspecto processual, dedicando o Título VII (Do Juízo arbitral) à normatização do instituto e realizando a distinção quanto a sua aplicação na vertente obrigatória (para causas comerciais) e voluntária (para os demais assuntos). Todavia, conforme ressalta Oliveira (2012, p. 43), a respeito dos tratos comerciais, o Regulamento n° 737 é cautelosamente restritivo quanto ao tema da escolha da lei aplicável ou da utilização da equidade, sendo obrigatório o juiz togado ou o árbitro aplicar a legislação comercial brasileira. No mesmo sentido, os contratos celebrados no exterior, cuja execução fosse em território brasileiro, também tinham suas ações reguladas e julgadas pelo direito comercial pátrio. Por seu turno, o jurista do império, Augusto Teixeira de Freitas (1818-1886), contribui trazendo ao pensamento jurídico brasileiro a ciência do Direito Internacional Privado e, especialmente, a teoria da autonomia da vontade para as relações

Filipinas, legislação esta que passou a vigor no Brasil em virtude da carta de lei de 20 de outubro de 1823.” (ALVIM, 2004, p. 4-5).

internacionais, que influenciará no Código Civil de 1916, acerca da escolha do direito aplicável pelas partes a um contrato internacional.

Contudo, o processo de consolidação da arbitragem no direito brasileiro sofre impactos negativos em termos de legislação ao longo de sua história, a saber: em 1866, quando pela Lei n° 1.360 o juízo arbitral, que até então era obrigatória em algumas matérias relacionadas ao comércio, passa a ser facultativa (REQUIÃO, 2005, p. 18). Em seguida, no ano de 1867, por sua vez, o Decreto n° 3.900¹⁶ sujeita a eficácia da cláusula compromissória à celebração de um compromisso arbitral. Com efeito, ela passa ser um “*pactum de compromittendo*” (mera promessa), subordinando seu trato à assinatura de um compromisso (COELHO; CHIERIGHINI, 2013, p. 6662); em outras palavras, um “novo e especial acordo das partes”, posterior ao fato que enseja a invocação da cláusula arbitral, é *conditio sine qua non* para sujeição válida ao juízo arbitral. Em 1916, por sua vez, o Código Civil trouxe mais uma moeda na evolução do instituto, determinando que a sentença arbitral se submeta ao procedimento de homologação judicial para fins de execução. Esse fato notoriamente contribuiu para a impopularidade do instituto durante o período em que essa característica legislativa prevalecera, tanto na modalidade interna como na internacional:

No compasso da corrente negativista, o Código Civil brasileiro de 1916 representou um retrocesso à Arbitragem, à medida que instituiu a necessidade de homologação do laudo arbitral pela justiça comum, para que, assim, esse pudesse produzir efeitos. (COELHO; CHIERIGHINI, 2013, p. 6662)

Por outro lado, conquanto as Constituições brasileiras posteriores (1934, 1946, 1967 e 1969) em nada tratassem a respeito da arbitragem, contribuindo ainda mais para a “sensação de ausência de tradição brasileira nesse tocante” (COELHO; CHIERIGHINI, 2013, p. 6662), o Código de Processo Civil de 1929 (arts. 1.031 a 1.076) e depois o de 1973 (Arts.1.072 a 1.102), dedicaram cada qual um capítulo específico para o juízo arbitral, ainda que sob condições legais limitadoras da eficiência do instituto.

O percurso histórico para aprovação da Lei da Arbitragem de 1996 é composto de três anteprojetos: de 1981, 1986 e 1988, cada qual com suas peculiaridades positivas e, principalmente, negativas. Conta Carmona (2004), em relação ao primeiro anteprojeto, que, embora solucionasse, de plano, as questões sobre a cláusula compromissória e

¹⁶ *In verbis*: Art. 9. A cláusula de compromisso, sem a nomeação dos árbitros ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º senão também sobre as declarações do art. 10

compromisso arbitral e a submissão do laudo à homologação, ela pecava por falta de “precisão técnica” (CARMONA, 2004, p. 24), ocasionando seu esquecimento no contexto legislativo. Em 1986, ao retomar a idéia, a nova comissão apresentou, com semelhanças ao anterior, um novo anteprojeto cujo teor encontravam-se falhas técnicas tais como a confusão conceitual entre arbitramento e arbitragem, o que ensejou, mais uma vez, seu arquivamento. Em seguida, em 1988, volta-se a discutir mais um anteprojeto sobre arbitragem, tendo em sua matéria o escopo de alterar dez artigos do CPC/73 a fim de introduzir definitivamente a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro. Não obstante, novamente, o projeto fora abandonado, tendo em vista a existência de equívocos de natureza grave que tolheriam a eficácia do instituto. Com propriedade, Carmona (2004, p. 26) aponta a falha mais funesta do anteprojeto:

[...] estabelecia-se ali, de forma surpreendente, que o laudo arbitral poderia estar sujeito a recurso de apelação, que seria julgado pelo Tribunal de Justiça local! Tal dispositivo certamente acabaria por prestar desserviço à causa da arbitragem, ao invés de agilizar e simplificar o procedimento arbitral.

Finalmente, em 1991, com a Operação *Arbiter*, liderada pelo Instituto Liberal de Pernambuco e com participação de representantes de setores interessados na utilização da arbitragem é que se identificaram resultados satisfatórios. Entidades como, a FIESP, o Instituto Brasileiro de Direito Processual, professores da Faculdade de Direito da USP (SP) e da Cândido Mendes (RJ), além de representantes de grandes escritórios de advocacia, contribuíram com várias sugestões que foram sendo incorporadas ao texto, inclusive de membros do Poder Judiciário e da Câmara do Comércio Internacional (CARMONA, 2004, p. 28). Finalizado o anteprojeto, por meio do então senador Marco Maciel, o texto fora levado ao Senado Federal e após os trâmites necessários, viria a ser aprovado em 1996, pela lei nº 9.307.

Considerações finais

Em uma perspectiva diacrônica, o instituto da arbitragem, de modo geral, e sua vertente aplicada com comércio internacional, em específico, se notabilizam por seu aspecto privado e independente de uma autoridade coercitiva e reguladora. O Estado, independentemente de seu estágio evolutivo na sociedade, era prescindível quanto à eficácia da arbitragem. Desta forma, resguardada as particularidades de cada sociedade em seu tempo, são perceptíveis os elementos constantes da moral e da cultura ligadas à popularidade e a eficácia do instituto através dos tempos, pois, consoante Charles

Jarrosson, “a arbitragem, mais do que um fenômeno internacional, é um fenômeno intercultural” (*Apud* ALVIM, 2004, p. 2). Por esta linha, evidenciam-se situações históricas como a organização social dos comerciantes fenícios em “portos de comércio” livres de influências de uma autoridade (formato repetido pelos comerciantes medievais em zonas neutras de “paz comercial”); o uso da arbitragem na comercialização entre gregos com outros povos, afastado os magistrados oficiais e “parciais” de cada povo; em Roma, o reconhecimento do *jus gentium* aplicado principalmente nas tratativas comerciais entre estrangeiros, flexibilizando em prol dos usos e costumes comerciais não restritos à comunidade civil romana (também importado pelos comerciantes medievais); a importante conotação do código moral dos comerciantes medievais como fator imperativo para a eficácia da arbitragem entre seus pares... Ponderando tais situações, abstrai-se a concepção de que as relações comerciais, tanto internas como internacionais, dependem muito menos de um aparato estatal solucionador de controvérsias – rígido e formal –, e mais de um instrumento cujas diretrizes se coadunem a ciclos, fluxos e tendências econômicas do mercado, com mecanismo adaptável e cognoscível ao contexto *ad hoc* da lide comercial, que é a essência da arbitragem.

Em contrapartida, depreende-se que, no caso brasileiro, ressalvados os avanços no plano doutrinário acerca do Direito Internacional Privado, o predomínio da autonomia da vontade e a tese da escolha do direito aplicável às relações comerciais internacionais, a arbitragem vem sofrendo um declínio ao longo da história em vista de sua concepção ideal, de maneira evidenciar um afã dos legisladores em criar degraus distanciadores à realização do procedimento arbitral. Desta forma, por muito tempo, o juízo arbitral, longe de afastar a jurisdição estatal – que é um de seus escopos –, tendeu-se a revelar um matiz do desdobramento burocrático por meio do qual um Estado paternalista interfere na parcela correspondente à autonomia individual nas relações privadas e que, por extensão, refletirá na cultura jurídica e empresarial brasileira, cuja tendência é depender da atividade jurisdicional pública quando é possível recorrer à apreciação de árbitros privados.

No âmbito legislativo, a égide protecionista do Estado obstando a iniciativa arbitral é ab-rogada pela lei nº 9.307/96, cujo formato proveniente de diferentes fontes (dentre as quais se destaca a lei modelo da Uncitral – *United Nations Commission on International Trade Law*) é atualizado para as tendências contemporâneas da arbitragem comercial internacional. Contudo, solucionado o retrocesso técnico da legislação, a aceitação no meio jurídico e empresarial da arbitragem depende de sua assimilação na esfera cultural,

cuja avaliação histórica comparada do plano global com a trajetória brasileira evidencia barreiras culturais enraizadas no “*welfare state*” a qual se concebe o Estado como único provedor do direito e da equidade, convertendo-se na excessiva confiança no aparato burocrático estatal e na incredulidade dos meios privados para resolver pendências comerciais, em contramão à tendência do comércio internacional em buscar na arbitragem uma solução mais imparcial e confiável para resolver suas controvérsias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ARISTÓTELES. *A Política*. In: Dhnet.1995. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_aristoteles_a_politica.pdf Acesso em 07 de julho de 2015

BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph – *A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement*. 1st. Ed. San Francisco, CA, USA: A Wiley Imprint, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª Ed. Rev. Atual. e Ampl. São Paulo: Atlas, 2004.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

COELHO, Eleonora; CHIERIGHINI, Marina. *Principais Aspectos da Arbitragem Comercial Internacional sob a Ótica Brasileira*. In: RIDB – Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, Portugal. Nº 7, Ano 2, 2013. Disponível em: http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2013/07/2013_07_06659_06759.pdf Acesso em 24 de julho de 2015

FREYRE, Mario Castillo. *Orígenes Del Arbitraje*. In: _____(Et. Al.). *Arbitraje Y Debido Proceso*. Lima/Peru: Palestra Editores, 2007. Biblioteca Estúdios de Arbitraje; Vol. II. Disponível em: <<http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol2.pdf>> Acessado em 23 de maio de 2015.

GIORDANI, Mario Curtis. *Iniciação ao Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1996.

MOSES, Margaret L. *Introduction to International Commercial Arbitration*. In: _____. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitrage*. New York, USA: Cambridge University Press, 2012.

OLIVEIRA, Fernando Henrique Fernandes de. *O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. Brasília/DF: UCB, 2012.

REQUIÃO, Rubens. *Noções e Âmbito do Direito Comercial*. In: _____.Curso de Direito Comercial. 26. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Vol. 1.

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

VILLEY, Michel. *Direito Romano*. Trad. Fernando Couto. Porto: Res Jurídica, 1991.

WEBER, Max. *O que é Burocracia*. Brasília: Conselho Federal de Administração – CFA, 2012. Disponível em: http://www.cfa.org.br/servicos/publicacoes/o-que-e-a-burocracia/livro_burocracia_diagramacao_final.pdf Acesso em: 20 de julho de 2015.