



**UNIVERSIDADE
ESTADUAL de LONDRINA**

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO NEGOCIAL

ELAINE CHRISTINA GOMES CONDADO

**A ARBITRAGEM COMO
INSTRUMENTO EFICAZ DE ACESSO À JUSTIÇA**

Londrina
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

ELAINE CHRISTINA GOMES CONDADO

**A ARBITRAGEM COMO
INSTRUMENTO EFICAZ DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Prof^a Dr^a Rozane da Rosa Cachapuz

Londrina
2008

ELAINE CHRISTINA GOMES CONDADO

**A ARBITRAGEM COMO
INSTRUMENTO EFICAZ DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Banca de Defesa de Dissertação

Profª Drª Rozane da Rosa Cachapuz

Profª PhD Martha Asuncion Enriquez Prado

Profª Drª Maria Cristina Vecili

Abril de 2008

DEDICATÓRIA(S) E AGRACEDIMENTO(S)

Primeiramente a Deus – o Todo-Poderoso Pai, a Cristo – o Filho e ao doce Espírito Santo que iluminaram os meus caminhos para chegasse até aqui.

À própria vida, presente de Deus, cuja existência, hoje, é sentida e valorizada tão profundamente.

Ao amor, fonte eterna de Deus, que jamais acaba e que, com toda a convicção de minha alma, perdurará até a eternidade.

De forma singela, mas absolutamente sincera, meus profundos agradecimentos, a amada, doce e querida mestra – professora doutora Rozane da Rosa Cachapuz, pelas valiosas orientações e orações por mais de dois anos; por ter despertado minhas potencialidades intelectuais e acadêmicas, bem como pelo incentivo.

Não sem igual, às demais mestras – professoras doutoras Martha Assuncion Enriquez Prado e Maria Cristina Viecili que, ao longo do tempo, enriqueceram o presente trabalho, compondo ainda a banca de defesa da dissertação de mestrado, motivo de grande orgulho e satisfação.

Aos demais mestres, pelos conhecimentos transmitidos.

À Universidade Estadual de Londrina - UEL, pela oportunidade.

Aos colegas de curso, pelos momentos inesquecíveis e, por vezes, difíceis. Ao valoroso amigo Francisco – secretário do curso, muito, muito, muito obrigada.

Aos meus pais Rubens e Izabel, pelo exemplo de vida cristã; pela dedicação, incentivo e presença constante; que souberam plantar em mim conceitos, princípios e valores tão nobres e dignificantes.

Ao amado e tão especial filho Raphael, motivo de tanta alegria e orgulho.

Às maravilhosas famílias que o Senhor Jesus me presenteou em vida – a consangüínea: as amadas e queridas irmãs Denise, Kátia e Fabiane; os cunhados Cheida e Josué, e os sobrinhos Fernanda, Pedro, Miguel, Matheus e João Gabriel, prestes a nascer. Também, os irmãos da fé em Cristo Jesus e, de maneira especial, a amada Pastora Ilda Tavares, companheira constante nas horas de alegria e de tristeza. Aos demais, alegrias e experiências compartilhadas; de forma especial ao amigo do coração, Reynaldo, e, ao Hélio, pelos muitos momentos.

Profissionalmente, ao Cheida pela confiança e oportunidade a mim dispensada e ao Hirata pelo apoio.

A expressão favorita: ***“O valor das coisas não está no tempo que elas duram, mas na intensidade com que acontecem. Por isso, existem momentos inesquecíveis, coisas inexplicáveis e pessoas incomparáveis”*** – Fernando Pessoa.

EPIGRAFES

A Bíblia Sagrada, no Livro de Deuteronômio, Capítulo 16, Versículo 18, cogita a organização judiciária acessível a todos, pronunciando: ***“Constituirás juízes e escribas para tuas tribos, em todas as cidades que o Senhor, teu Deus, te concedes; e eles exercerão com justiça sua jurisdição sobre o povo”***¹.

E, a máxima do pintor francês “Degas”, da Escola Impressionista, no Museu Jeu de Pomme: ***“Nem tudo é tão bom que não possa ser melhorado”***.

¹ Cfr. Tradução ecumênica da Bíblia.

CONDADO, Elaine Christina Gomes. ***A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à Justiça***. 2008. 253 p. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina.

RESUMO

O trabalho tem como finalidade o estudo sobre a arbitragem, que ganhou atualidade no Brasil com a Lei nº 9.307/96. Para tanto, imprescindível a abordagem do acesso à justiça como garantia constitucional a todo cidadão, como um instrumento à disposição de todos. O acesso à justiça assegura a efetividade da aplicação do direito, constituindo-se a arbitragem num instrumento efetivo desse acesso. A arbitragem objetiva em servir como mecanismo opcional e hábil, voltado à resolução dos conflitos. Apresenta-se como forma heterocompositiva de resolução de controvérsias de direitos patrimoniais disponíveis e detentora de força executória. Aborda os aspectos mais relevantes da tutela arbitral. Instituto que prevalece a natureza de justiça privada, visto que o árbitro ou o tribunal arbitral é entidade parastatal. Estuda-se ainda, a constitucionalidade da arbitragem. É sobretudo importante assinalar que, a arbitragem tem como base principiológica, a autonomia da vontade, a imparcialidade, o livre convencimento, a tecnicidade, a confidencialidade, a economia e os objetivos desejados pelos contratantes, entre outros. Indubitáveis são as vantagens da solução de controvérsias por meio da arbitragem, destacando-se entre elas, a celeridade, a simplicidade das formas e dos ritos processuais, a possibilidade de escolha pelos litigantes da norma a ser aplicada ao caso concreto, e ainda, a possibilidade de escolher árbitros especialistas na questão litigiosa. Pela prática arbitral busca-se, ainda, sem a pretensão de esgotar a matéria, demonstrar a relevância da arbitragem em nosso país, instituto de grande importância no contexto atual, e que vem ganhando cada vez maior destaque mundial.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Acesso à justiça. Meio alternativo de solução de conflitos. Promoção da paz social. Constitucionalidade. Justiça Coexistencial. Autonomia da vontade. Árbitros – juízes de direito e de fato. Celeridade. Simplicidade das formas e dos ritos procedimentais. Economia. Imparcialidade. Tecnicidade. Confidencialidade. Sentença arbitral detentora de força executória. Relevância do instituto na atualidade.

CONDADO, Elaine Cristina Gomes. **The arbitration as an effective instrument to access justice**. 2008. 253 p. Dissertation presented at the Negocial Law Stricto Sensu Post Graduation Program t the Universidade Estadual de Londrina.

ABSTRACT

The work focuses the arbitration study, which won present status in Brazil with the Law no 9.307/96. For that, it is necessary the approach of justice access as a constitutional guarantee to every citizen as an instrument at the disposition of all. The access to justice, assures the effectiveness of law application, and the arbitration constitutes itself an effective instrument for this access. The aims to serve as a capable and optional mechanism, for the solution of conflicts. It shows with a heterocompositive form to solve patrimonial law controversies, available and with executory power. It approaches the most relevant aspects of the arbitral tutoring, the institute that prevails in the private justice nature, because the orbit or the arbitral court is a prostate entity. The constitutionality of arbitration is still studied. It is relevant to point out that the arbitration has a principiological basis, the will autonomy, the impartiality, the free convincing, the technicity, the confidentiality, the economy and the desired objectives, among others. Undoable are the advantages for the solution of controversies through arbitration, and standout among them, the celerity, the simplicity of forms, and the trial rites, the possibility of choice among the parties, of the norm to be applied in the concrete case, and still, the possibility of choosing specialized orbits in the law suit. Through the arbitral practice, we still look for, without being pretentious to cover the issue, to show the relevance of arbitration in our country, a large importance institute in the current context and that is gaining more recognition in the world.

KEY WORDS: Arbitration. Justice access. Alternative mean of conflict solution. Social peace promotion. Constitutionality. Co-existential justice. Arbirts – judges of law and fact. Celerity. Simplicity of ways and procedural rites. Economy. Impartiality. Tenacity. Confidentiality. Arbitral sentence with execution power. Relevance of the institute at present.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPITULO I - DO ACESSO À JUSTICA	16
1.1 ACESSO À JUSTIÇA - DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM	16
1.1.1 Ampliação do Acesso à Justiça	25
1.2 DEFINIÇÃO DE LITÍGIOS E FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS MECANISMOS EXTRA- JUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....	38
1.4 PREVISÕES LEGAIS ACERCA DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	43
1.5 A JURISDIÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO	52
1.5.1 O Poder Judiciário	57
1.5.2 Dados do Poder Judiciário	62
1.6 JUSTIÇA COEXISTENCIAL - UM NOVO CONCEITO DE JUSTIÇA - E A HORA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	71
1.7 ARBITRAGEM: INSTRUMENTO EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA	83
CAPITULO II - DA ARBITRAGEM	94
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM	94
2.1. DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	98
2.2 CONCEITO DE ARBITRAGEM.....	111
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM	115
2.4 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ARBITRAGEM.....	120
2.5 OBJETO DA ARBITRAGEM	128
2.6 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	131
2.6.1 Da Cláusula Arbitral ou Compromissória.....	134
2.6.2 Do Compromisso Arbitral	138
2.7 DA FORMAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL.....	143
2.7.1 Do Procedimento Arbitral	144
2.8 DA SENTENÇA ARBITRAL	148
CAPITULO III - A ARBITRAGEM NO ÂMBITO INTERNACIONAL	155
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	155
3.2 A LEI MODELO – UNCITRAL E O COMÉRCIO INTERNACIONAL	158

3.3 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ARBITRAGEM	166
3.3.1 Outros organismos mundiais que incentivam a adoção da Arbitragem.	170
3.4 AS INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM	174
3.4.1 A Corte Internacional de Arbitragem da CCI	178
3.4.2 A American Arbitration Association – AAA	184
CAPITULO IV – A PRÁTICA DA ARBITRAGEM	186
4.1 A PRÁTICA ARBITRAL	186
4.2 CASOS ARBITRAIS	198
4.2.1 Caso nº 1	198
4.2.2 Caso nº 2	199
4.2.3 Caso nº 3	199
4.2.4 Caso nº 4	200
4.2.5 Caso nº 5	200
4.2.6 Caso nº 6	201
4.2.7 Caso nº 7	202
4.2.8 Caso nº 8	203
4.2.9 Caso nº 9	203
4.2.10 Caso nº 10	204
4.2.11 Caso nº 11	209
4.2.12 Caso nº 12	211
4.2.13 Caso nº 13	212
4.2.14 Caso nº 14	214
4.2.15 Caso nº 15	215
4.3 AS VANTAGENS DA ARBITRAGEM E O ATENDIMENTO DA EXPECTATIVA DE CÉLERE DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA	219
4.4 QUADRO COMPARATIVO COM O PODER JUDICIÁRIO	233
CONCLUSÃO	234
REFERÊNCIAS	243
ANEXOS	
Anexo 1: Lei de Arbitragem sob nº 9.307, de 23 de setembro de 1996	
Anexo 2: Dispositivos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	
Anexo 3: Anteprojeto e Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem: Projeto Beltrão	
Anexo 4: Anteprojeto e Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem: Projeto Brossard	

Anexo 5:Anteprojeto e Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem: Projeto do Senador Marco Maciel nº 78, de 1992

Anexo 6: Proposição do Projeto de Lei do Deputado Federal Sr. Carlos Alberto Leréia, que inclui entre os títulos executivos extrajudiciais os honorários do árbitro quando fixados pelas partes no compromisso arbitral

Anexo 7: Projeto de Lei do Deputado Federal Sr. Nelson Marquezelli, que regula o exercício das profissões de Árbitro e Mediador

Anexo 8: Lei Modelo da UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI) – Língua Espanhola

Anexo 9: Lei Modelo da UNCITRAL – Língua Portuguesa

Anexo 10: Protocolo de Genebra sobre as Cláusulas de Arbitragem, de 1923

Anexo 11: Convenção de Nova Iorque on June 7, 1959

Anexo 12: Convenção do Panamá – Decreto Legislativo nº 90, de 1995

Anexo 13: European Convention on International Commercial Arbitration Done at Geneva, on April 1961

INTRODUÇÃO

RUI BARBOSA, no início do século passado preconizou que: "O século vinte vai ser o século do arbitramento nos conflitos entre as nações. E, quando o arbitramento reinar entre os povos exaustos pela polícia marcial do século dezenove, o papel arbitral desse soberano descorado e desinteressado entre as ambições territoriais, que impelem os Estados uns contra os outros aumentará infinitamente o valor da situação excepcional, da sua atitude semi-oracular no mundo civilizado. Quem sabe se o Papa não será então o grande pacificador, o magistrado eleito, de hipótese em hipótese, entre os governos, para solver as contestações grávidas de ameaças e conduzir à harmonia, pela submissão voluntária aos ditames da justiça, as grandes famílias humanas inimizadas?" (Batista Pereira - "Coletânea Literária", 6ª Edição, pág. 173).

Desde o surgimento do homem no planeta Terra, ouve-se falar em conflitos de interesses. O início da história registra disputas entre cônjuges, pais e filhos, vizinhos, grupos étnicos e raciais, colegas de trabalho, superiores e subordinados, organizações, comunidades, cidadãos e seu governo e nações.

Atualmente, busca-se a simplicidade dos procedimentos, a redução das despesas e de tempo e a diversificação de formas de acesso à justiça, que

permitam uma solução dos litígios possibilitando, assim, a paz duradoura. Nesse sentido, os instrumentos de resolução de conflitos devem ser encarados na óptica da convivência, geradores de sociabilidade, transformando as controvérsias em um pretexto para a pacificação social. Contribuem, ainda, tanto para que a justiça seja oportuna quanto para aproximar os cidadãos, desobstruindo, em decorrência, os tribunais judiciais.

O acesso à justiça é previsto em tratados internacionais e é constitucionalmente consagrado. Nesse âmbito, a preocupação do homem com a formação dos tribunais precedeu, até mesmo, à formação de normas jurídicas, entregando aos juízes a tarefa de determinar a conduta dos grupos sociais e, na sociedade contemporânea, essa realidade permanece.

De outro lado, o Estado constituiu-se, ao longo do tempo, detentor do poder de dizer o direito, avocando para si a tutela jurisdicional. Fiel a essa evolução garantidora da cidadania, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, seguindo tradição anterior, consagrou o acesso à justiça, com esse teor axiológico, de modo explícito, determinando que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV).

As sociedades contemporâneas geram tensões na comunidade que, por sua vez, provocam mal-estar social, intolerância e violência. A evidência da globalização, com reflexos em todas as áreas de consumo, permite que o cidadão se conscientize dos seus direitos e seja mais exigente. Conseqüentemente, esse fato revela a falta de capacidade dos tribunais judiciais para dirimir a avalanche de processos que lhes são submetidos diariamente, originando ainda maior morosidade na resolução dos conflitos. Esse contexto ocasiona, fatalmente, o descrédito na justiça tradicional, com todas as conseqüências sociais e negativas daí resultantes, sendo a renúncia tácita ao direito de ação a pior de todas.

A certeza de que a justiça não age com presteza leva todos aqueles, que se viciaram no não cumprimento das suas obrigações, a desejar que o lesado recorra à via judicial, garantia de impunidade durante alguns anos.

A situação não precisaria chegar ao caos, que se vê em muitos centros, se a população fosse colocada em contato com os métodos alternativos de solução de conflitos, promovendo-se uma cultura de paz na sociedade.

Ao longo das últimas três décadas, tem-se multiplicado fóruns de discussão sobre gestão dos conflitos, tendo como resultado a institucionalização de

meios alternativos de solução de conflitos aos tribunais judiciais. Muito se tem falado sobre métodos alternativos para a solução de conflitos, na língua inglesa - *Alternative Dispute Resolution* - ADR. Surgidos no meio dos negócios - políticos e comerciais – os meios alternativos de solução de controvérsias se mostraram um modo eficaz de finalizar lides de variada complexidade através dos tempos.

Essa nova realidade levou a profundas alterações, tanto de ordem política, social, econômica e cultural quanto na forma que o homem se relaciona com o mundo, especialmente no que diz respeito aos negócios e às formas de solução das controvérsias. Com a expansão do comércio, a tendência de abertura dos mercados e a internacionalização das economias, a arbitragem reafirmou-se não somente entre particulares, mas também entre Estados, como instituto essencial ao desenvolvimento do comércio internacional. As mudanças nas relações internacionais provocaram transformações no ordenamento jurídico dos Estados e a opção pela formação de grandes blocos econômicos e comerciais têm gerado mudanças radicais, não apenas nos sistemas produtivos dos países, mas também numa reavaliação dos modelos de solução de controvérsias existentes, que imprimam maior agilidade e velocidade.

Na medida em que essas transformações se expandem, maiores se tornam os vínculos entre eles, evidenciando-se mais a constatação dessa interdependência, pois nenhum país é auto-suficiente o bastante na produção de bens e serviços, já que cada um deles é dotado de forma diferente, no que diz respeito a recursos naturais, clima, tecnologia e assim por diante.

De sorte que, o direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição - o Poder Judiciário.

Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento, através dos meios extrajudiciais de solução de controvérsias e, em especial, o instituto da arbitragem, sendo necessário, portanto, levar à compreensão da sociedade as vantagens obtidas através dos procedimentos arbitrais, uma vez que protege o negócio e propicia a continuidade das relações entre as partes, bem como a celeridade do processo que conduz a um menor desgaste de tempo. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da justiça, constituindo um direito subjetivo fundamental do homem e que merece o apoio de toda a comunidade jurídica.

No dia 24 de setembro de 1996, foi publicada no Diário Oficial da União a Lei nº 9.307, que dispõe sobre a arbitragem (Anexo 1). Com o nítido escopo de incentivar a arbitragem, a mencionada Lei aboliu a eventual interposição de recurso

da decisão arbitral, destituindo, outrossim, a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral. Tudo isso constituía, indubitavelmente, forte fator para o desestímulo à arbitragem. O instituto da arbitragem, tal qual estava disciplinado, acabava por inviabilizar a sua utilização, tratando-se, na prática, de verdadeiras normas sem eficácia, posto que a inexistência legal da chamada cláusula compromissória transformava a promessa inserta nos contratos - com a finalidade de resolver controvérsias por intermédio dos árbitros - em letra morta.

Por outro lado, a arbitragem, já amplamente conhecida em muitos países e por grandes empresas, ganha espaço no Brasil graças aos resultados que vem apresentando. Desde a promulgação da Lei de Arbitragem observa-se um crescente aumento no número de adeptos, especialmente depois da discussão de sua constitucionalidade em 2001, quando o número de empresas que procuraram essa alternativa cresceu geometricamente e os tribunais ou câmaras arbitrais também se multiplicaram.

Comemorou-se no dia 23 de novembro de 2007, o décimo primeiro aniversário de vigência da Lei de Arbitragem no Brasil, destacando-se a importância desse mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, com as mais modernas teorias e fundamentos desenvolvidos em países que dela se servem há muito tempo.

A Lei nº 9.307/96 significou verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, na medida em que coloca lado a lado a jurisdição estatal e a privada, à escolha do jurisdicionado. Através dessa lei, deu-se nova roupagem ao instituto da arbitragem, facultando-se às partes capazes contratar um árbitro para solucionar seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias, através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros), que recebem seus poderes oriundos de uma convenção privada, os quais decidem o conflito, cuja decisão tem força de sentença judicial.

Diante do que o objetivo desta pesquisa é demonstrar, que a utilização da arbitragem amplia o acesso à justiça, colocando-a como um instrumento à disposição de todos, sem esquecer outros objetivos importantes à realização desta pesquisa. O Capítulo I trata do Acesso à Justiça - direito fundamental do homem; define litígios e formas de resolução de conflitos; a Constituição Federal de 1988 e os mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias; previsões legais acerca dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos; a jurisdição e o Poder Judiciário;

a Justiça Coexistencial e a arbitragem como instrumento efetivo de Acesso à Justiça.

O Capítulo II traça a evolução histórica da arbitragem no Brasil e em todo o planeta; o conceito de arbitragem; os seus princípios norteadores; as suas características gerais; o seu objeto; a sua convenção e, finalizando, a formação do juízo arbitral.

O Capítulo III aborda a arbitragem em seu âmbito internacional, através dos Tratados e Convenções Internacionais e as suas principais instituições.

O Capítulo IV apresenta a prática arbitral; as vantagens de se optar pelo instituto da arbitragem e o atendimento da expectativa de célere distribuição da justiça.

CAPÍTULO I - DO ACESSO À JUSTIÇA

1.1 ACESSO À JUSTIÇA – DIREITO FUNDAMENTAL DO HOMEM

É através do direito, que a sociedade organizada busca realizar a justiça, para assim alcançar a harmonia e o bem comum da coletividade. A evolução da sociedade tornou cada vez mais complexas as relações e os interesses de seus elementos constitutivos e levou o direito a um labirinto de leis e procedimentos que, não obstante objetivarem a sobrevivência da sociedade, acabou por dificultar o seu exercício e, assim, afastando-o gradativamente do seu objetivo primeiro, que é a aplicação da justiça.

Para a vigência de um Estado de Direito é necessário que a administração da justiça seja eficaz. Em boa medida, a estrutura valorativa e normativa dos direitos humanos, só ganha eficácia e validade a partir do momento em que os protestos concretos por violações às suas disposições são resolvidos efetivamente pelas instâncias jurisdicionais, mediante mecanismos processuais previstos para esse fim.

Como se sabe, a manutenção da convivência pacífica em sociedade é proporcionada pelo Estado. Na atualidade, o Judiciário assumiu “o papel de guardião da cidadania e da própria sociedade, fazendo sentir sua necessidade até mesmo em relação às transformações econômicas globais” (Muniz, 2005, p. 38). A ineficiência de sua atuação e os obstáculos quanto à busca de alternativas que possam corrigi-los têm gerado, não apenas no Brasil, mas no mundo todo, discussões em busca de soluções para ampliar o acesso à justiça e melhorar a prestação jurisdicional estatal.

A realidade, pois, está a demonstrar a insatisfação generalizada com a ineficiência da solução jurisdicional estatal e a crise da justiça está na ordem do dia, assumindo as vestes de descrédito das instituições. Como se sabe, em razão dos inúmeros processos que tramitam no Judiciário, atualmente, depara-se com meios cada vez mais difíceis, morosos e complexos para se alcançar o fim do litígio.

Por outro lado, no Brasil, desde a Constituição Imperial de 1824, a idéia do iluminista francês Montesquieu foi seguida, tanto que o artigo 9º, da referida Carta, já prescrevia que “a divisão e harmonia dos poderes políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos e o mais seguro meio de fazer efetivas as

garantias que a Constituição oferece”. A função jurisdicional pode, assim, ser definida como a atividade exercida pelo Estado, manifestando o poder de tutelar os direitos garantidos em lei e aplicando as normas gerais aos casos concretos, com desejada imparcialidade, buscando, sempre, a paz social, por intermédio dos órgãos judicantes. (GERAIGE NETO, 2003, p. 25)

Já a Constituição do Brasil de 1988 é pródiga em exemplos de preceitos demonstradores de como favorecer o acesso de todos os homens ao benefício da justiça. Isso já a partir do artigo 1º, inciso III, que estabelece como fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, gerando o que se chamou de despatrimonialização do Direito Privado². Assim, somente resistirão ao filtro da constitucionalidade disposições negociais que não firam princípios constitucionais protetivos do consumidor, do cidadão hipossuficiente e do contratante mais fraco. A autonomia negocial se informa destas diretrizes constitucionais, no que concerne à arbitragem de controvérsias, refutando situações em que ela se torne, no dizer de Hattenhauer, um instrumento diabólico para exploração de massas (1987, p. 74). Todos os negócios e contratos jurídicos devem ser lidos e interpretados segundo o diapasão constitucional e, se desafinados ao tom por ele emitido, não merecem permanecer no ambiente jurídico.

Vale dizer que em conflitos ou antinomias, em que se estabeleçam entre valores patrimoniais e valores existenciais, os últimos terão sempre prevalência, no teor do espírito humanista que inspira a Constituição de 1988.

Todos, sem exceção, ouvem a cada instante alguém ou algum meio de comunicação apregoando cidadania, acesso à justiça, enfim, os Direitos Fundamentais trazidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantindo direitos tão importantes que o constituinte fez deles cláusulas pétreas, para que não pudessem ser revogados. Porém, apesar de sua importância, a sociedade brasileira tem-se deparado com as dificuldades de aparelhamento do Estado que peca em garantir seu cumprimento.

Assim, considerando o inc. XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, Nelson Nery Junior conclui que “todos têm a garantia estabelecida na própria Constituição Federal do acesso à justiça, buscando a tutela jurisdicional de seus direitos de forma preventiva ou reparatória” (1999, p. 94). Consigna ainda, o

² Expressão utilizada por Pietro Perlingieri, Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional, trad. Maria Cristina de Cicco, Renovar, 1997, p. 33.

citado autor que a prestação jurisdicional do Estado deve ser a mais ampla possível, referindo-se ao fato de que a não exclusão de apreciação do Poder Judiciário ao direito e a consequente garantia do acesso amplo à justiça, devem ocorrer em toda a sua inteireza. O citado dispositivo é um princípio constitucional, uma garantia ao jurisdicionado da Lei Superior, um verdadeiro sustentáculo do Estado Social e Democrático de Direito. Nos dizeres de UADI LAMMÊGO BULOS:

Acesso à justiça é a expressão máxima de reivindicação do cidadão pelos seus direitos, resolvendo seus litígios, numa ordem jurídica democrática de direito, cujo lema é a justiça social, em que todos têm o privilégio de reconhecer suas prerrogativas, podendo defendê-las adequadamente de possíveis lesões ou ameaças de lesões. (2000, p. 175)

Claro está, que o Estado exerce papel fundamental quando da organização do homem em sociedade, no entanto, ao mesmo tempo, representa o principal empecilho de seu acesso à justiça, no momento em que concede inúmeros direitos e garantias ao cidadão, sem, no entanto, possuir uma estrutura que suporte a realização material de tais direitos e garantias, conseqüentemente, impedindo o pleno exercício da cidadania.

De sorte que a cidadania³, em sentido amplo, deve trilhar caminhos que estejam de acordo com a vontade de seus integrantes na busca do bem comum. É uma autoridade que se dá ao cidadão que, nessa função, assume a ordenação da vida social, auxiliando com isso a descrever os desígnios da sociedade e exercer seu direito à liberdade, que é a maior expressão da democracia⁴. (SILVA, 1995, p. 133)

O pleno alcance do conceito mais amplo de cidadania abrange hoje vários aspectos: exige, necessariamente, o ambiente de vida e de convívio entre os homens, típico e próprio de um Estado Democrático de Direito, devendo o Estado possibilitar aos habitantes do país o seu pleno desenvolvimento, através do alcance de igual dignidade social e econômica. Os pilares de sustentação encontram-se na

³ A noção de cidadania dada por José Afonso da Silva reflete o significado que se pretendeu: "A cidadania está aqui num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos. Qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal (art. 5º LXXVII). Significa aí, também, que o funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular."

⁴ José Afonso da Silva ensina acerca de democracia dizendo que esta: "aponta para a realização dos direitos políticos, que apontam para os direitos econômicos e sociais, que garantem a realização dos direitos individuais de que a liberdade é a expressão mais importante."

admissão, na garantia e na efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana, em uma sociedade solidária. E só é possível através da estrita observação de alguns pressupostos que são, a saber:

- 1) Valorização e dignidade do homem e o reconhecimento da importância de dispensar a todos tratamento fraternal, igualitário e não discriminativo;
- 2) a confiança nos talentos e possibilidades latentes dos homens;
- 3) a segurança e o crédito nos valores institucionalizados pelas massas, como fundamentos para o progresso do bem comum e o alcance da justiça;
- 4) a aceitação da legitimidade das decisões tomadas por meio de processos racionais e participativos de deliberação, com o consenso da maioria, que constitui o reflexo, o resultado de debates livres entre todos;
- 5) o respeito aos grupos minoritários;
- 6) e a compreensão de que todo o interesse geral é a síntese dos diversos interesses e idéias dos indivíduos e dos grupos, diferentes centros de poder, que integram a sociedade pluralista. (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 114)

Tem-se, então, que o acesso à justiça constitui um direito fundamental do homem e visa, em síntese, à garantia da liberdade, como predicado de todo ser humano. E, nesse diapasão, afirmam CAPPELLETTI e GARTH:

O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1998. p. 12)

De sorte que, o acesso à justiça é, assim, algo mais complexo, advertindo Adriana S. Silva que “deve-se ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal; deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e das garantias sociais fundamentais; deve-se, também, garantir o acesso a uma ordem jurídica justa”. (SILVA, 2005, p. 97)

Nessa seara, adverte José Renato Nalini que “nos Estados onde primeiro surgiu a idéia da ampliação do acesso à justiça, o movimento exprime a concepção fundamental de igualdade substancial, contraposta à forma”. (1988, p. 27)

Entretanto, a tarefa de observar certa igualdade entre os homens não é fácil, “pois a igualdade é relativizada, tanto que o *caput* do art. 5º, da Constituição Federal brasileira prevê que “Todos são iguais perante a lei [...]”, originando uma igualdade fictícia, em que se tratam igualmente os desiguais” (SILVA, 2005, p. 83). E também, como especificam CAPPELLETTI e GARTH:

Essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados. (1998, p. 15)

Do mesmo pensar, Carmem Lúcia Antunes Rocha, ao discorrer sobre “O Direito Constitucional à Jurisdição”, assevera que:

O direito à jurisdição é a primeira das garantias constitucionais dos direitos fundamentais, como anteriormente frisado. Jurisdição é direito-garantia sem o qual nenhum dos direitos, reconhecidos e declarados ou constituídos pela Lei Magna ou outro documento legal, têm exercício assegurado e lesão ou ameaça desfeita eficazmente. Primeiramente, o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional. A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão de direito, o que sempre gera o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas artes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição. É que, sem este direito plenamente assegurado e exercitável, o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrole de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se vêem necessitados de continuar no poder. O direito à jurisdição, ao garantir todos os direitos, especialmente aqueles considerados fundamentais, confere segurança jurídica mais eficaz ao indivíduo e ao cidadão, gerando, paralelamente, a permanente preocupação dos eventuais titulares dos cargos públicos com a sociedade e com os limites legais a que se encontram sujeitos. Entretanto, qualquer que seja o regime político, reconhece-se, atualmente, que a jurisdição compõe o rol dos direitos políticos fundamentais do cidadão. Por isso mesmo, o direito à jurisdição vem elencado, não poucas vezes, entre aqueles que a Lei Magna reconhece e assegura. (1993. p. 42-43)

De igual sorte, defendendo o acesso à justiça como direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos, afirma JOSÉ CICHOCKI NETO:

Não há maior valor aspirado pelo homem ou, a ele equiparado que a realização da justiça. Nesse aspecto, o acesso à justiça constitui um direito fundamental do homem, pois, em síntese, tem por fim a garantia de sua liberdade, como predicado de todo ser humano. Entretanto, por outro lado, o acesso à justiça também assegura a efetividade dos demais direitos: o princípio permeia toda a atividade jurídica e jurisdicional do Estado. Sua finalidade, portanto, refere-se aos indivíduos tanto quanto ao Poder. Aos indivíduos, no sentido de proporcionar-lhes um bem imanente à sua condição humana; ao Poder, por estabelecer-lhes um método de pacificação social. Isso revela que o acesso à justiça possui uma dupla dimensão: constitui um direito fundamental do homem e, ao mesmo tempo, uma garantia à realização efetiva dos demais direitos. Como direito ou

como garantia, o fim último será sempre o de realização da justiça e, por isso, ambos são informados pelo princípio da igualdade. (2001. p. 65)

Evidencia-se assim que, pelo acesso à justiça se assegura a efetividade dos demais direitos. Toda a atividade jurisdicional do Estado encontra-se permeada por esse princípio. Sua finalidade, assim, destina-se aos indivíduos e ao próprio poder. Aos indivíduos, com o sentido de lhes proporcionar um bem imanente à sua condição humana, e, ao poder porque estabelece método de pacificação social, ou seja, de solução dos conflitos sociais.

A respeito do acesso à justiça prelecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que:

A ordem jurídico-positiva (Constituição e leis ordinárias) e o labor dos processualistas modernos têm posto em destaque uma série de princípios e garantias que, somados e interpretados harmoniosamente, constituem o traçado do caminho que conduz às partes à ordem jurídica justa. O acesso à justiça é, pois, a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. (2006, p. 31)

Sob outra óptica, a expressão acesso à justiça, segundo Cappelletti e Garth, é reconhecidamente de difícil definição. Serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Tem como premissa básica que a justiça social, tal como desejada pela sociedade moderna, pressupõe o acesso efetivo, progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. (1988, p. 8)

De outro lado, para a expressão acesso à justiça encontram-se dois outros sentidos, advertindo HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES que:

O primeiro dá ao significante 'Justiça' o mesmo sentido e conteúdo que o de 'Poder Judiciário', tornando sinônimas as expressões 'acesso à Justiça e 'acesso a esse poder'. O segundo, de acordo com uma visão axiológica, compreende o acesso a ela como acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. (1994, p. 24)

Atualmente, já está vencida a idéia de que a mera possibilidade de acesso aos órgãos judiciais seja a verdadeira significação da acepção jurídica de acesso à justiça. Muito mais do que acesso aos Tribunais, de fundamental importância, o fenômeno do acesso à justiça deve ser compreendido como a possibilidade material de o ser humano conviver em uma sociedade onde o direito é realizado de forma concreta. Tudo isso, vale dizer, é de suma importância para a efetivação de uma realidade tão mais democrática quanto justa, onde se possa ter a irrefragável certeza de uma atuação garantista que prestigie a vida, a dignidade e o respeito incorruptível aos direitos fundamentais do homem. (CADERNOS ADENAUER 3, 2000, p. 38-39)

Fábio Konder Comparato, citando Gustavo Zagrebelski preleciona que “O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de o ser, nunca pode ser posto, porém deve ser sempre pressuposto”. Segundo ainda o autor, a concepção de direitos dos homens situa-se entre a liberdade e a justiça. Os direitos humanos são “instituições jurídicas destinadas a tutelar, de forma efetiva, a dignidade do ser humano”. (1981, p. 15)

Nessa seara, importante o registro que Norberto Bobbio faz na obra intitulada “A Era dos Direitos”, onde observa com absoluta precisão, por dominar inteiramente o campo explorado pela sua inteligência, que o homem do mundo atual está a exigir maior consciência da justiça, por aumentarem as situações em que os Direitos dos Homens são desrespeitados. (1996, p. 26)

De igual maneira, na luta pelos Direitos do Homem, ganha realce a questão do acesso à justiça e, no vaticínio de D’Angelis, “esses sublimes valores se caracterizam como uma ampla e sempre inconclusa tomada de consciência dos homens e mulheres ante situações de injustiças” (1992, p. 12). O marco desse acontecimento deu-se com a Declaração dos Direitos Humanos⁵.

No Brasil, onde o quadro de desigualdades acarreta tantas distorções, não se pode permitir um Judiciário alheio ao que ocorre à sua volta, como também não se pode conceber um poder que diz o direito simplesmente pelo que está na letra da lei. O Judiciário precisa contribuir para a redução dessas desigualdades sociais, assumindo a parcela de responsabilidade que lhe cabe, em relação à morosidade dos processos e enfrentá-los. CAPPELLETTI e GARTH aduzem que:

⁵ Movimento esse que se fez no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos.

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos. (1988, p. 11)

Os direitos fundamentais do homem representam situações reconhecidas juridicamente, sem as quais o homem é incapaz de alcançar sua própria realização e desenvolvimento pleno. É urgente que “se afastem as atitudes pseudopaternalistas dos detentores do poder político” (MARSHALL, 1967, p. 30), para que se possa resolver o problema da inefetividade do exercício da cidadania, pois como se encontra hoje, não passa de um “modelo teórico do Estado” (Marshall, 1967, p. 30). Realizar sua plenitude não é buscar uma quimera, mas alcançar a plenitude do Estado Democrático de Direito, com a possibilidade de participação de todos os cidadãos na administração, nos destinos do que é público e na administração da justiça. Na definição de RICARDO LOBO TORRES:

É como pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres. A cidadania é situacional, expressando a relação com o Estado, se extraindo as consequências no plano da normatividade dos direitos fundamentais e da justiça material. (2001, p. 252)

A luta pelo acesso à justiça constitui uma atuação para aqueles que mais necessitam dela, pelo reconhecimento dos direitos, pela reparação dos danos sofridos, pela restauração da justiça material, pelo reconhecimento da dignidade humana. É uma ação, sobretudo direcionada à realização da justiça, e as sociedades não podem se recusar a mudar, mas sim, ampliar a visão tradicional da justiça e buscar uma complementaridade. (MUNIZ, 2005, p. 42)

O indivíduo, hoje, passa a ser o centro da prestação jurisdicional, pois a ele se destina a justiça, o que torna imprescindível a mudança nos mecanismos de acesso à justiça para que passem a focar os interesses individuais. Segundo Oliveira [...] “todo aquele que não tem seu direito atendido, o seu problema resolvido, fica em permanente tensão, criando situações difíceis que a ordem jurídica tem necessidade de resolver”. (2002, p. 29)

O Estado é chamado, então, a permitir a concorrência de outras pessoas e instituições mais adequadas à sociedade e aos indivíduos na realização da justiça. A esse respeito, ensina CARLOS ALBERTO CARMONA que:

[...] O acesso à justiça deixa paulatinamente de ser mera garantia formal para assumir um papel importante na luta quotidiana, conscientizando-se o cidadão de que não pode abandonar a defesa de seus direitos. Os obstáculos que antes se ofereciam estão sendo demolidos, fazendo-se mister acelerar o processo educativo do cidadão, e mais ainda incrementar os serviços de orientação, sejam aqueles prestados por associações de classes, sejam oriundos do Estado, de tal forma que a assistência judiciária não continue a ser vista apenas como gratuidade no processo e eventual indicação de advogado para atuar no feito, mas sobretudo garanta o esclarecimento a respeito dos direitos antes e fora do processo. (1989, p. 97)

No mesmo sentido:

É comum ouvir-se, em nosso país, que o direito lesado a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário. Mas onde fica nossa autonomia da vontade? É evidente que quando alguém tiver um direito seu lesado, pode procurar o Poder Judiciário para que esse direito lhe seja assegurado. Porém, ninguém é obrigado a procurar o Judiciário. Se resolver consertar seu litígio com outrem que, também, quer resolver fora do Poder Judiciário, por que o procurarão, se suas vontades são pela composição de seu litígio por outras formas, em outros fóruns? Ou será que somos tão diferentes do resto do mundo que utiliza, como regra, tanto a arbitragem como a mediação? Ou será que o propalado fantasma do liberalismo ou neoliberalismo corrompe, também, as nações socialistas que utilizam largamente a mediação e arbitragem? Ou é só no Brasil? Não é privilégio do ocidente a utilização do instituto da mediação. Os países não ocidentais praticam os processos e procedimentos da mediação de forma mais ampla que nos países ocidentais (AUGSBURGER, 1992, p. 32).

Quando o Estado Democrático de Direito consegue efetivar esse direito oferta aos seus cidadãos iguais condições de existência, com o gozo de direitos e a obrigação de cumprir seus deveres, ciente de que todo cidadão tem, em sua existência, a companhia do exercício de direitos fundamentais, do direito de participação e pelo menos os deveres de colaboração, solidariedade e responsabilidade por seus atos. Comungando dessa mesma posição, RICARDO LOBO TORRES aduz que:

Hoje, nota-se no mundo globalizado a ressurgência da cidadania ativa, que em 1988 ganhou status constitucional, porém, existe uma dicotomia entre essa cidadania que ressurgiu e a passiva que se reproduz no contraste entre a cidadania pública e a privada, a primeira representa a participação na vida social e política e a segunda a preocupação com o privado e o familiar e a Constituição fornece instrumentos para o auto-governo. (TORRES, 2001, p. 323-325)

Já quando se pensa no movimento de acesso à justiça, centra-se a atenção no “conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos

utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas” (CAPPELLETTI & GARTH, 1998, p. 68).

Ressalta ainda, José Renato Nalini que “o movimento do acesso à justiça é uma solução de compromisso, uma vez que o aspecto normativo do direito não é renegado, mas enfatizado como elemento importantíssimo” (2000, p. 24). O acesso à justiça constitui-se, portanto, como um direito fundamental do homem, apresentando os elementos homem, sociedade e direito indissociavelmente unidos ao acesso.

1.1.1 Ampliação do Acesso à Justiça

Nos países do mundo ocidental e emergindo mais ou menos em seqüência cronológica, alguns movimentos de revitalização do acesso à justiça foram constatados. Eles foram chamados “as três ondas de revitalização de acesso à justiça”, por Cappelletti e Garth. Identificam como a primeira onda, a assistência judiciária; como segunda, a representação jurídica para os interesses difusos, principalmente no âmbito ambiental e do consumidor; e como terceira, a ampliação do acesso à justiça. (1998, p. 31)

Em relação à terceira fase, a ampliação do acesso à justiça, LUIZ FERNANDO FRANCESCHINI DA ROSA aponta que:

Procurou-se substituir a chamada justiça contenciosa pela dita justiça coexistencial, baseada em formas conciliatórias que se destinam a minimizar a contenciosidade inerente à relação processual, em prol de decisões equânimes e razoáveis para todos os envolvidos, com a clara intenção de projetar a convivência para o futuro. (1999, p. 206)

Entretanto, a ampliação do acesso à justiça, que teve seu início nos anos 60, com o aumento dos direitos civis, nos Estados Unidos e, logo após, “na América Latina, com o constitucionalismo, acabou por acarretar o abarrotamento das demandas do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o entrave da entrega da prestação jurisdicional”. (SILVA, 2005, p. 99)

Já, Laura Nader⁶ apresenta o quadro da expansão dos direitos desde 1960, nos Estados Unidos e o conseqüente aumento da demanda:

⁶ Apud CUNHA, J.S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. Disponível em: www.uepg.br/rj/a1v1at16.htm. Acesso em 06/11/07

Os anos 60 foram descritos como conflitantes, uma época em que vários grupos sociais, nos Estados Unidos, sentiram-se motivados a seguir com suas propostas: direitos civis, direitos do consumidor, direito ambiental, direito da mulher, direito dos indígenas, etc. Também foi um período de críticas à lei e aos advogados em relações com temas de direitos e soluções. Porém, num período de 30 anos, o país passou de uma preocupação por justiça a uma preocupação com a harmonia e eficácia, de uma preocupação com a ética do bem e do mal, uma ética de tratamento, com as correntes alternativas de resolução de disputa. Como ocorreu isso?

Por outro lado, Cappelletti e Garth asseguram que a tendência ao enfoque do acesso à justiça pode dar-se de cinco maneiras: por meio de uma reforma dos procedimentos judiciais em geral; pela especialização de instituições e procedimentos judiciais; por intermédio da mudança nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos; mediante a simplificação do direito; e pela utilização de métodos alternativos para resolução dos conflitos. (1998, p. 71)

O desvio especializado e a criação de tribunais especializados são os movimentos mais importantes em relação à reforma do processo, criando instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social. E, com o intuito de assegurar a acessibilidade dos tribunais a pequenas causas, intentadas por pessoas comuns, é que se pensou na criação de foros mais acessíveis. Segundo Cappelletti e Garth, a grande tarefa dos reformadores do acesso à justiça é:

Preservar os tribunais ao mesmo tempo em que afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes. (1998, p. 92)

De igual sorte, Pedro Martins preleciona ainda que a noção de acesso à justiça sofreu transformações, ou seja:

[...] Não se trata [mais] de um direito 'concedido' pelo Estado, pois configura-se dever deste prover os meios à solução dos litígios e a pacificação social. O dever de assegurar o acesso à justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes jurídicos, o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, uma justiça célere em prol do jurisdicionado. (1999, p. 4)

Por sua vez, o aumento populacional, que leva a uma maior interação das pessoas, também conduz a uma escassez de recursos, o que provoca um aumento nas disputas pelo mercado de trabalho, obtenção de ganhos, pela melhoria da qualidade de vida. E tem-se ainda, uma necessidade crescente de que se possa acionar uma entidade ou um indivíduo para auxiliar na solução de conflitos. A partir daí, se torna maior a demanda pelo acesso à justiça, o que é sentido no mundo todo.

No Brasil, houve um redirecionamento sistêmico e a Constituição da República passou a viabilizar o acesso ao Judiciário através de uma nova concepção dessa promessa de acesso à justiça que começa a se tornar real, instrumentalizada no Mandado de Segurança Coletivo, que consagrou a tutela jurisdicional coletiva, na Ação Popular, na Ação Civil Pública e em outros instrumentos de representação coletiva.

De outra sorte, o acesso à informação contribuiu, também, para aumentar a conscientização dos indivíduos quanto a seus deveres e, em especial, a seus direitos. Essa nova consciência leva o cidadão comum a fazer uma redescoberta da justiça. Compele-o a tornar-se mais exigente com relação ao que aceita ou não, e o torna mais crítico, exigente e questionador, frente ao papel do Judiciário.

Daí que o acesso à justiça começa a ser real, representando um direito efetivo e acarretando profundas reflexões que evidenciam a necessidade de maior proximidade do processo com a realidade social. Torna mais acessível e efetivo ao cidadão, proporcionando-lhe uma maior sensação de segurança e bem estar, através da eliminação dos conflitos em que está inserido, com decisões mais justas. Esta constatação levou à busca de alternativas, surgindo, assim, uma experiência implementada por Tribunais na Bahia, Paraná e Rio Grande do Sul, onde utilizavam técnicas alternativas de solução de conflito para a solução dos litígios. A experiência foi tão bem sucedida que originou os juizados especiais cíveis, criminais e federais, que atuam em todo o país com o intuito de desafogar o sistema judiciário.

Essa iniciativa acabou por conscientizar a população da necessidade do respeito aos direitos fundamentais. Levou a perceber que o conhecimento e a defesa desses direitos é essencial para o exercício pleno e eficaz da cidadania. Os indivíduos passaram a buscar a solução dos seus direitos e, em especial, os mais carentes passaram a se sentir mais amparados. As soluções, que antes eram

buscadas à margem da ordem jurídica e, na maioria das vezes, se mostravam ineficazes e, em algumas delas, acarretavam problemas maiores, deixaram de ser a prática. Aquelas sociedades que se viam totalmente reféns da situação e da ausência de qualquer regra ou lei, mesmo que não tivesse poder econômico, passaram a vislumbrar um caminho e a firmar sua condição de cidadão.

Em virtude das reformas dos Tribunais regulares serem limitadas, os reformadores do acesso à justiça vislumbraram a criação de alternativas por meio de procedimentos mais simplificados. E, para tanto, utilizam-se do juízo arbitral, da conciliação e dos incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. (SILVA, 2005, p. 135)

A respeito dos métodos alternativos de solução de conflitos, Joel Dias Figueira Júnior esclarece que:

Os métodos alternativos de solução de conflitos são mais bem compreendidos quando enquadrados no movimento de acesso à Justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz. Ampliam-se, portanto, não só o espectro de acesso aos tribunais (seja pela legitimidade ativa ou por meio da colocação à disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social), como também as formas de composição e solução das lides. É nesse contexto social, político e jurídico que aparecem a institucionalização da mediação extrajudicial (ou juízos meramente conciliatórios); o incremento processual das audiências preliminares de tentativa de composição amigável (conciliação ou transação), a privatização dos interesses pelas instituições de classe e desenvolvimento dos juízos arbitrais, além das buscas incansáveis de técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional e sumarização das formas. (1997, p. 60-61)

De outra sorte, nas palavras de Ada Pellegrini Grinover, “Acesso à Justiça! A significar não o simples ingresso, a entrada física de uma pretensão no Judiciário, mas, muito além, a assegurar a efetiva prestação da justiça, como ideal, na justa composição da lide”. (*apud* LIMA, 1994, p. 24)

Diante do que, ao abrir novos caminhos para a justiça, o Estado não pôde aparelhar esses caminhos de forma adequada. E o que vinha como solução, acabou por ficar entupido com a enxurrada de ações que foram impetradas, acarretando dificuldades para se processar e dar vazão a tantos litígios, por falta de mecanismos adequados e/ou suficientes.

1.2 DEFINIÇÃO DE LITÍGIOS E FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

“Não odeies a teu inimigo, pois se o fazes, és de algum modo seu escravo. Teu ódio nunca será melhor que a tua paz”.

Jorge Luiz Borges, escritor argentino –
“Elogio da Sombra”

Desde a mais rude formação social, o homem criou maneiras de tutelar a justiça, que passou a ser interpretada a partir de princípios sociais e religiosos, passando por vários estágios no que respeita à composição dos conflitos de interesses. O processo veio como solução ao meio primitivo de justiça privada, pois, a princípio, havia a autodefesa ou autotutela, que é a defesa exercida pelo próprio ofendido ou por grupos, sem a intervenção de um terceiro.

Nesse sistema, havia a imposição do mais forte, pois inexistia um estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares. Seguindo-se a autotutela, veio a autocomposição, em que o indivíduo buscava a solução dos seus conflitos, afastando a atividade instintiva, adotando a reflexão, utilizando-se como formas de resolução a desistência, o reconhecimento e a transação.

A natureza toda se encontra plena de conflitos. Tanto o mundo físico-químico como o mundo social, é um mundo conflitual. Porque deseja-se valores que os outros homens também desejam é que surgem os conflitos. Da tábua de valores e da coincidência de nossas próprias tábuas com as de outrem, surgem conflitos que são mais ou menos facilmente superados. Esses valores geram necessidades e interesses e estes, por sua vez, quando insatisfeitos, terminam sempre provocando conflitos, dos quais não se pode escapar, só restando criar mecanismos que possam levar à paz social e à nossa realização, como homens, no seio da sociedade.

Como conseqüência dessas soluções de conflitos “olho por olho, dente por dente”, fez-se necessário um poder que regulasse esses litígios. Verifica-se esse entendimento na obra de Rozane da Rosa Cachapuz: “Nesse convívio, porém, geraram-se conflitos de personalidades formadas de razão e emoções e a necessidade da busca do equilíbrio de um viver regulado. Normas a serem definidas, leis a serem cumpridas”. (2000, p. 16)

Através da história, as sociedades têm buscado compreender os seus conflitos e aperfeiçoar seus métodos de solução.

Quando se fala do conflito, fala-se da própria vida. Não há vida sem conflito, é ele que propicia o crescimento e o aprimoramento. Sem ele o homem estaria estagnado.

Segundo Folberg e Taylor, “O conflito é um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, cujo oposto é a convergência de objetivos, processos, métodos ou condutas que criam ordem, estabilidade e unidade de direção”. (*apud* FIORELLI, *et, al*, 2004, p. 14)

Observando bem, até mesmo o nascer é um conflito. O bebê certamente deseja permanecer no conforto do ventre materno, porém, a natureza em curso é implacável ao termo da gestação e, mesmo contra a vontade, o ser deve vir à luz e enfrentar o mundo externo. Desde então, os conflitos sempre estarão presentes e, à medida que se cresce, eles acompanham esse crescer tanto em tamanho como em complexidade. “O conflito é uma indústria em crescimento”. (FISHER; URY, 1994, p. 15)

O conflito é a fonte que fornece alimento à energia transformadora, que enseja a mudança; é ele que permite à humanidade enfrentar o desafio de explorar o mundo ao seu redor. Ele não deve e não pode ser suprimido, mas necessita ser compreendido para que possa ser solucionado.

O conflito ocorre quando há uma mudança, seja ela boa ou má. Quando algo ou alguém intervém em um sistema, surge uma mudança e, conseqüentemente, o conflito se instala. Os elementos do conflito, segundo Fiorelli, Malhadas e Morais são em geral: “bens, compreendendo o patrimônio, direitos, haveres pessoais etc.; princípios, valores e crenças de qualquer natureza, inclusive políticas, religiosas, científicas, etc.; poder, em suas diferentes acepções; e relacionamentos interpessoais”. (2004, p. 16)

Normalmente mais de um desses elementos integra o conflito, em geral. São situações complexas que decorrem do aspecto de sociabilidade do ser humano e da necessidade de estabelecer relacionamentos, vínculos interpessoais, de formar comunidades, sociedades. Isto porque esta interação implica em que alguém deva mudar, que alguém tem um preço a pagar por essa mudança. Dessa convivência nascem os litígios, frutos da natureza humana de impor sua vontade

para satisfazer seus interesses e alcançar seus objetivos e propósitos e da falta de esclarecimento e compreensão dos processos envolvidos nas mudanças.

O conflito é uma peculiaridade humana, tanto quanto o é a sociabilidade. É um fato humano normal nas relações sociais; é um “conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas”. (WARAT, 2001, p. 80)

Em linguagem jurídica, indica “embate, oposição, encontro, pendência, pleito. Dá, por essa forma, o sentido de entrechoque de idéias ou de interesses, em virtude do que se forma o embate ou a divergência entre fatos, coisas, ou pessoas”. (SILVA, 1987, p. 508)

Conflito, em suma, é um dissenso, uma controvérsia entre duas ou mais pessoas a respeito de seus direitos. É em razão dessa dissonância que se contrapõem os seus interesses, levando-se a buscar meios para uma solução.

No entanto, o homem se condicionou a tratar e a perceber conflitos de forma pouco eficiente e negativa, provocando obstruções no caminho para a solução. Todo conflito ocorre em sociedade e, dependendo de como essa sociedade trata o conflito, é que se dará a solução. Os indivíduos geralmente costumam agir na busca de sua satisfação pessoal, desconsiderando as vontades e as necessidades alheias, gerando danos e estabelecendo a dinâmica negativa do conflito, pois essa é a característica das sociedades ocidentais em matéria de solução de conflitos.

Através do desenvolvimento de uma vida em sociedade com seus pares, o homem deparou com situações conflitantes, onde interesses se contrapõem. Por essa razão, surgiram sistemas de soluções de conflitos, buscando a pacificação social.

Para Vicente Greco Filho⁷, o conflito se instala quando não são propícias as circunstâncias para realizar as carências humanas, que são muitas em relação aos recursos para satisfazê-las, e, nesta proporção, a satisfação de um exclui a do outro. (1996, p. 12)

Pode-se dizer que, da mesma forma que há diferentes origens dos choques de interesses, há também inúmeras formas para se administrar os conflitos,

⁷ O autor observa ainda que: “se interesse é uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades são ilimitadas; se são, todavia, limitados os bens, isto é, porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, correlata à noção de interesse e de bens é a noção de conflito de interesses. Há conflito entre dois interesses quando uma situação favorável para a satisfação de uma necessidade exclui a situação favorável para a satisfação diversa”.

uns pacíficos outros não. Há os que estabelecem procedimentos eficientes de cooperação e interação, gerando maior satisfação; outros acabam por estimular a competição e o uso ou abuso da autoridade. Para solucionar o conflito, deve-se ter em mente que as formas tradicionais que levam à adversidade não são as únicas. Há outras formas de se ver o conflito, sem associá-lo à oposição de impulsos, desejos, tendências, controvérsias ou desacordos, ou seja, sem relacioná-lo a ocorrências negativas. O conflito faz parte do crescimento da humanidade. Está aí para que se lide com ele e o utilize como oportunidade de evolução, de desenvolvimento pessoal e social, gerando benefícios. Por isso, é tão importante a compreensão do conflito e sua interpretação.

O conflito pode levar a uma melhora nos relacionamentos, através do esclarecimento e do conhecimento das possibilidades das partes e da percepção de opções de ação, evitando uma batalha entre os envolvidos e promovendo uma outra percepção sobre os interesses em questão. Deve ser encarado como parte do relacionamento e administrado de forma a torná-lo melhor e a proporcionar maior flexibilidade no relacionamento, em que não há o estabelecimento de valores absolutos.

O desafio de hoje é entender o conflito como uma situação trilateral, pois geralmente são definidos com dois lados apenas. Alerta WILLIAN URY:

[...] Todo conflito ocorre dentro de uma comunidade que constitui o terceiro de qualquer conflito [...]. O terceiro é a comunidade circunjacente, que serve de recipiente de qualquer conflito que gradualmente assuma proporções mais intensas. Na ausência desse recipiente, um conflito grave entre duas partes transforma-se facilmente em contenda destrutiva. Dentro do recipiente, porém, o conflito pode, pouco a pouco, transformar-se de confronto em cooperação [...]. O terceiro, então, funciona como uma espécie de sistema imunológico social que impede a disseminação do vírus da violência. (2000, p. 26)

As formas de resolução de conflitos, de acordo com a força empregada, podem ser classificadas como pacíficas e não pacíficas. As não pacíficas podem ser percebidas pela imposição coercitiva da vontade de uma parte que leva à submissão da outra vontade e o uso da dominação, os quais, muitas vezes, dão-se pelo emprego da força física⁸. (BRASIL, 2000, p. 535)

⁸ Cf. Código Penal. Artigo 345. "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência".

Pode-se notar que “a utilização da força nem sempre se fez presente e passou-se a buscar mecanismos que possibilitassem a vida pacífica em comunidade e entre as diversas sociedades” (Muniz, 2006, p. 20). Com isso, buscou-se um meio eficaz e célere para a solução dessas lides. Uma das alternativas era procurar as pessoas com idade avançada e sábia para que, com sua sapiência, oferecesse solução mais equânime, de acordo com sua convicção, baseando-se nos princípios morais, éticos, sociais e econômicos da época.

A facilidade com que os indivíduos buscam o confronto, como forma de solucionar as disputas, muito tem sido discutida pelos filósofos, historiadores e, de igual forma, tem-se tentado explicar a dificuldade em fazê-lo de forma pacífica.

A Filosofia e a Psicologia indicam como principal motivo para a persistência das guerras, a existência de uma vontade secreta de morrer da espécie humana. A Sociologia atribui a esse fato os lucros obtidos pela indústria bélica, entre outros argumentos. Hanna Arendt concluiu que “as guerras funcionam como juízes supremos das divergências entre as nações, e por essa razão, a humanidade nela se envolve”. (*apud* URY, 2000, p. 22)

Toda essa dificuldade dos indivíduos em encontrar soluções para suas disputas levou a criar um mecanismo no qual pudesse solucionar os conflitos de forma definitiva e sem disputas armadas. Em especial, nas sociedades do ocidente, adotou-se o método da adversariedade, ou seja, “as partes declaram-se adversárias na busca de uma solução”. (FIORELLI e MALHADAS, 2004, p. 9)

Os meios de solução de conflitos têm uma história longa e variada em quase todas as culturas do mundo. Aduz CHRISTOPHER W. MOORE que:

Na Indonésia, uma das maiores áreas geográficas influenciadas pela cultura islâmica e árabe, os meios tradicionais de tomada de decisão e resolução de disputas misturavam-se às práticas islâmicas. O resultado foi o processo *musyawarah*, um processo de administração de conflito baseado no consenso (Moore e Santosa, 1995). Variações desse processo foram usadas – e ainda são praticadas atualmente – por todo o arquipélago para tomar decisões e resolver disputas, tanto nas questões locais quanto nacionais (Von Benda-Beckman, 1984; Slatts e Porter, 1992; Schwarz, 1994).

A propagação pelo mundo ocidental deu-se através das tradições judaicas de solução de conflitos que finalmente foram transportadas para as comunidades cristãs emergentes, que viam Cristo como mediador supremo. A Bíblia se refere a Jesus como mediador entre Deus e o homem: “Pois há um Deus e um mediador entre Deus e o homem, o homem Jesus Cristo, que se entregou como redenção de todos, o que será comprovado no devido tempo. (I Timóteo 2:5-6)

(...) Finalmente, nos Estados Unidos e no Canadá, onde seitas religiosas como os Puritanos e os *Quakers* e grupos étnicos chineses e judaicos desenvolveram procedimentos alternativos para a resolução de disputas que eram de natureza informal e voluntária (Auerbach, 1983). Esses procedimentos funcionavam paralelamente aos mecanismos preexistentes de solução de conflitos dos povos americanos nativos e das primeiras nações que normalmente usavam reuniões de conselhos baseadas no consenso, conduzidas por um ou vários idosos, para resolver as questões (LeResche, 1993). Os Estados Unidos é um dos países mais desenvolvidos com certeza. Tanto na esfera pública como privada. Na área privada foi fundada em 1926 a AAA - *American Arbitration Association*, voltada para a arbitragem comercial. Canadá, Inglaterra e Austrália utilizam, na área privada, como regra, além da arbitragem, a mediação, já há um longo tempo. (1998, p. 33-35)

Passando através da história, tem-se registro de grandes conquistas e de soluções para as divergências através do enfrentamento armado. As guerras tem delineado as fronteiras dos países, determinado o poderio do conquistador, mudado culturas e levado conhecimento de um lugar para outro, lembrando-se das conquistas de Alexandre Magno, de Roma, e de tantos outros que, servindo-se da guerra ampliam as fronteiras de seus domínios, não apenas geograficamente, mas também a amplitude de seu poder frente aos outros povos e, ainda, os conhecimentos que eram somados aos seus e os que somavam à cultura subjugada.

Através do tempo, tem-se ensinado que a guerra e os conflitos de forma geral são inerentes à natureza humana que, através das disputas, resolvem-se os problemas entre os sócios, os familiares, os vizinhos, os clãs, os povos, as nações. O que se sentia ameaçado imediatamente partia para o ataque. Na atualidade, alguns ainda encaram que é a disputa armada a única forma capaz de instigar os indivíduos ao crescimento e à busca de superações e paz.

Os meios extrajudiciais têm como característica a não intervenção estatal na solução das contendas. Há registros de que esteve presente na antigüidade com o povo judeu, entre os gregos, os romanos e outros. E, a partir da intervenção do poder político e do Judiciário, esses mecanismos passaram a conviver, ora com predominância de um, ora de outro, evoluindo ou retrocedendo, de acordo com o desenvolvimento social, político, histórico, cultural, econômico e jurídico da própria sociedade. No oriente, desde a antigüidade até hoje, é um meio bastante difundido.

Com as naturais vicissitudes e variações históricas, veio também decair a importância no Direito europeu-continentual ou *Civil Law*⁹, mas subsistindo em uso razoável no âmbito *Common Law*¹⁰, o direito anglo-americano, marcado por profunda influência liberal, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal.

Surgem, nesse contexto, as *Alternatives Disputes Resolutions – ADRs* (Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias). O termo refere-se a todas as formas de processos de resolução de disputas, sem intervenção de autoridade judicial (SERPA, 1999, p. 356). Entre eles situam-se a conciliação, a arbitragem, a mediação e a negociação. Tais procedimentos, desvinculados do poder estatal, têm total caráter de autonomia, não necessitando de qualquer interferência do Estado, a não ser quando extremamente necessária.

⁹ Cfr. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual da Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 33/38. Apesar da origem do conceito de *statutory law* remontar a Roma antiga – variavelmente conhecida como código, escrita, neo-romana, romana ou *civil law* -, sua larga aplicação é essencialmente moderna, pois é pertinente à sociedade, donde decorre a sua publicização como um conjunto de regras que se origina no poder de legislar do Estado, em sentido amplo. Historicamente, embora se possa remontar aos tempos de Moisés, Manu e Hamurabi, a *statutory law* identifica-se com mais proximidade aos Códigos do Imperador Justiniano I (527 – 565) – o *Corpus Iuris Civilis*, em face do desenvolvimento e homogenia das cidades-estado. A *statutory law* é conhecida também como “Lei Romana”, e ainda, é denominada de *Civil Law* (Lei Civil). Em contraste, à diversificada Inglaterra, com os seus vários costumes que pareceram implorar verdadeiramente por um novo tipo de *Common Law*, Roma emprestou-se idealmente para o desenvolvimento de um sistema estatutário, que poderia ser prontamente escrito ou codificado. *Statutory Law* teve e tem as vantagens da precisão, simplicidade e clara aplicabilidade, embora ainda esteja sujeita à interpretação por administradores, assim como por juizes. Sobreviveu até os dias de hoje como a norma geralmente aceita na maioria dos Estados da Europa Continental, Rússia, América Latina e muitas das nações africanas-emergentes.

¹⁰ Cfr. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Manual da Arbitragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 33/38. Utilizada pela maioria dos estados que falam a língua inglesa, a chamada *common law* é variavelmente conhecida também como lei anglo-saxônica, anglo-americana ou inglesa. A *lei comum* decorre da criação dos Juizes (*judge-made*), ou, em outros termos é, da feitura pelos tribunais (*bench-made*), sendo preferida nos países que a adotam, a um corpo fixo de regras previamente estabelecidas. As normas, inicialmente, eram feitas pelas cortes reais e a partir do século XIII tal circunstância passou a ser aceita como a suprema e fundamental lei da terra – o Divino Direito dos Reis era uma idéia do século XVI e não uma idéia medieval. Nesse sentido, seria equivocada a idéia de que os juizes existem para servir o povo. A *common law* reconhecida como autoridade do Rei e Parlamento requer a reverência de todos os homens à lei agindo dentro dos limites. Os juizes ingleses sempre cumpriram seu juramento judicial de “administrar a lei sem medo e sem favorecer a ninguém”. Durante anos a lei comum foi exportada da Inglaterra para muitos países – dentre eles Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Índia, Paquistão, Israel e as treze colônias que vieram a se tornar os estados Unidos. Dentre as principais características pode-se dizer que este sistema é predominantemente *judge-made law*. O juiz é o criador, intérprete e modificador das leis. Mesmo quando ele simplesmente “interpreta” a lei, ao mesmo tempo está criando o direito. Por isso, é geralmente chamada de “*lei não escrita*”, por ser pouco codificada. Porém, neste sistema encontra-se precedentes escritos, derivados dos princípios legais expressados nos julgamentos de casos que são decididos e relatados, pois a maioria dos órgãos de julgamento mantêm seus registros, embora não sejam exigidos a assim proceder.

A arbitragem “trata os conflitos de forma que a decisão é tomada por um terceiro escolhido pelas partes em conflito. Entretanto, observe que na jurisdição a decisão é também tomada por um terceiro, que é determinado pelo Estado” (ROCHA, 1996, p. 33). Tem como características principais o acordo de vontade das partes e o poder de julgar dado aos árbitros por elas, subtraindo o julgamento estatal. É um meio de gerenciamento de conflitos no qual as partes, através de um processo de negociação, acordam quanto às normas aplicáveis, aos procedimentos a serem seguidos, a respeito da questão a ser decidida por uma terceira pessoa que julgará por eles, dizendo quem tem razão.

Nesses casos, o Estado não tem a possibilidade de se manifestar a respeito daquele litígio e os envolvidos, apesar de não deterem o controle sobre a decisão, mantêm o controle em relação ao processo. Apesar de estar presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde os tempos de colônia portuguesa, e de ter sido previsto no Código Comercial de 1850, somente com as adequações trazidas pela Lei 9.307/96 é que a sua utilização se tornou viável, ganhando força entre os brasileiros.

Negociação é o processo através do qual “as partes se movem das suas posições iniciais divergentes até um ponto, no qual o acordo pode ser obtido” (Steele, 1995, p. 3). A negociação sempre envolve movimento em busca de um consenso que é a “concordância genuína graças à total coincidência das visões, das necessidades e dos desejos legítimos dos diversos participantes” (Martinelli, 2002, p. 27). Ela é a forma mais utilizada para a resolução dos conflitos, diariamente surgidos e se o homem atentar para suas ações pode perceber que sempre está negociando, desde as relações familiares, de amizade, sociais, até as questões profissionais, pois “sempre que as pessoas trocam idéias com a intenção de alterar relacionamentos, sempre que deliberam sobre um acordo, estão negociando” (Nieremberg, 1981, p. 16). A negociação é uma forma de estruturar as vias de comunicação e cooperação e pode ocorrer de duas formas, através da conciliação e da mediação.

A conciliação é uma forma de resolução de conflitos. Tem caráter voluntário, privado, informal e confidencial, as partes participam direta e ativamente, buscam concordância de idéias e o conciliador intervém ativamente. Sua função é aproximá-las e orientá-las para um acordo, poderá inclusive formular e apresentar propostas. É um método de negociação mais ágil e rápido que a mediação, sendo

mais apropriado a questões relativas a bens materiais, sem envolver relacionamentos passados significativos, nos quais não há envolvimento emocional das partes. Ocorre geralmente em uma única sessão que tem quatro etapas, a saber:

- a) abertura, onde se esclarece quanto ao procedimento, às implicações e impossibilidades legais de um acordo;
- b) nesse momento as partes manifestam suas posições e são auxiliadas pelo conciliador, que questionará sobre fatos relativos à relação, também é onde se identificaram os pontos convergentes e divergentes da controvérsia e se conduzirão para as proposições de acordo;
- c) criação de opções através das propostas do terceiro ou das próprias partes e,
- d) se reduz a termo o acordo, com assinatura do documento pertinente (Braga Neto, 2003, p. 23). Nessa situação, as partes envolvidas mantêm o controle sobre o resultado e sobre o processo para alcançá-lo.

A mediação é um método de administração do conflito pelo qual as partes, auxiliadas por um terceiro, neutro, imparcial e independente, buscam um acordo que solucione uma questão, de forma mutuamente aceitável, satisfatória e que possibilite a continuidade do relacionamento. No processo, as partes com o mediador, antes de iniciar o procedimento e com base na técnica da mediação, estabelecem as normas a serem seguidas. A partir daí são assistidas pelo mediador, que não pode e não deve formular propostas conciliatórias, deve sim conduzi-los para que encontrem, por eles mesmos, a resolução do conflito. Nele o controle do processo é do mediador, mas o controle do resultado é dos mediados. É apropriado para controvérsias que envolvam relacionamentos passados ou que continuam no presente e/ou que continuaram a existir, entre as partes, questões que tenham passado, presente e futuro. Desdobra-se a mediação em várias etapas: pré-mediação; investigação; criação de opções; escolha de opções; avaliação das opções; preparação para o acordo. Nesse sentido:

A mediação pode se ocupar de qualquer tipo de conflito: comunitário, ecológico, empresarial, escolar, familiar, penal, relacionados ao consumidor, trabalhistas, políticos, de realização dos direitos humanos e da cidadania, e de menores em situação de risco etc. (WARAT, 2001, p.87)

Dentre esses mecanismos, no presente trabalho serão analisados os meios extrajudiciais de solução dos conflitos, na modalidade arbitragem. O instituto

jurídico da arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antigas na história do direito. Foi uma das primeiras a dirimi-los sem o recurso da força e da violência, também chamada de heterocomposição, por ser um método de solução de conflitos por meio da sujeição da vontade das partes a um terceiro (árbitro), como se verifica com as considerações abaixo transcritas:

Pela arbitragem privada as partes resolvem submeter suas lides, resultantes de determinadas relações jurídicas de direito privado, a um tribunal arbitral, composto por um árbitro único ou uma maioria deles, designadas, em princípio, pelas partes ou por uma entidade por elas indicada. Mediante a instituição do tribunal arbitral, exclui-se a competência dos juízes estatais para julgar a mesma lide.
(RECHSTEINER, 2001, p. 16)

Os meios alternativos de composição de litígios vêm adquirindo prestígio e relevância na aldeia global jurídica contemporânea. A difusão, em especial, da arbitragem, em muito contribuirá para a pacificação da sociedade, a prevenção dos conflitos, a redução da violência e, com isso, efetivar-se-á-se o exercício da cidadania e o efetivo acesso à justiça.

1.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E OS MECANISMOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, promulgada em 05.10.1988

Preâmbulo.

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Devido às características e objetivos do instituto da arbitragem, devem-se verificar as balizas constitucionais estabelecidas tanto para o Estado como para o indivíduo. A resposta que se busca é se a Constituição¹¹ permite a utilização desses

¹¹ Jorge Miranda (1991, p. 69): expõe que a Constituição, através de seus princípios, tem a função de conformar as relações políticas existentes, pois a “ação imediata dos princípios consiste, em

mecanismos pela sociedade (MIRANDA, 1991, p. 199). Como exemplo, cite-se algumas normas constitucionais acerca desses mecanismos:

- o artigo 1º, incisos II e III, estabelece os princípios relativos ao regime político, à cidadania e à dignidade humana;
- o artigo 3º, inciso I, estabelece os princípios relativos à organização da sociedade, os princípios da livre organização social, da convivência justa e da solidariedade;
- o artigo 3º, inciso II, traz um dos princípios relativos à prestação positiva do Estado, o princípio do desenvolvimento nacional;
- o artigo 4º, incisos VI e VII, estabelece os princípios relativos à comunidade internacional, dentre eles a solução pacífica de conflitos e a defesa da paz;
- o artigo 5º, inciso XXXV, prevê a garantia de acesso à justiça;
- o artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, confirma o direito ao juiz natural, e vedam a existência dos tribunais de exceção;
- os artigos 92 e 98, especificam restritivamente os órgãos que compõem o Judiciário e a justiça especial e que podem exercer a tutela jurisdicional estatal;
- o artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, estabelece como cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais e, como tal, não podem ser abolidas;
- o artigo 98, inciso II, estabelece a figura do juiz de paz com função conciliatória; e
- o artigo 114, parágrafos 1º e 2º, prevê a negociação e a arbitragem como forma de solução dos dissídios coletivos do trabalho.

Analisando a Constituição brasileira, a partir de seu Preâmbulo, depara-se com uma carta de propósitos e intenções (David Araújo, 1998, p. 29), um acordo de cidadania, que remete à essência do Estado Democrático adotado pelo Brasil, inserindo, entre outros instrumentos, para a inclusão social e política dos cidadãos, a garantia do bem-estar e da justiça e a solução pacífica de controvérsias na ordem interna e internacional.

O estabelecimento do bem-estar e da justiça está ligado à existência de um estado de paz. Paz no sentido de ajuda mútua, de educação e interdependência na “construção de uma sociedade melhor, na qual mais pessoas comungam do espaço social”. (SILVA, 2002, p. 36-42)

primeiro lugar, em funcionarem como critério de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”.

Pode-se dizer que, além de compromisso, de finalidade do Estado, de proposta de cidadania de solucionar pacificamente os litígios de qualquer origem, independentemente do lugar de seu surgimento, quer na ordem interna, quer na ordem internacional, expressa no Preâmbulo do texto constitucional e em todo o sistema jurídico, há a reafirmação na parte dispositiva. Faz-se mister uma mudança cultural na interpretação constitucional ao exigir que somente o Estado seja o pacificador dos conflitos, tornando-se pois, clara a intenção do constituinte em tomá-la como um valor democrático e cidadão, de participação e desenvolvimento social a ser perseguido, como bem essencial à verdadeira prática democrática, acatando e validando a utilização das formas alternativas de solução de conflitos¹², expressa no artigo 98, inciso II, que estabelece a figura do juiz de paz com função conciliatória; e no artigo 114, parágrafos 1º e 2º, que estabelecem a negociação e a arbitragem como formas de solução dos dissídios coletivos do trabalho. (MUNIZ, 2005, p. 98)

Encontram-se, ainda, enunciadas, dentre os Fundamentos da República, no artigo 1º, incisos II e III, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, que constituem o objetivo e a viga mestra do pensamento e da sociedade democrática, efetivando-se pela generalização das condições de participação de todos nos processos da comunidade e dos cidadãos. Tornar possível o alargamento das formas de solução pacífica de conflitos pelos próprios cidadãos é, em verdade, a afirmação da cidadania, através da participação do indivíduo na administração da justiça e um aperfeiçoamento do acesso à justiça, por meio de sua descentralização, ao se permitir e assegurar a participação do cidadão tanto na responsabilidade pelo ônus como no direito de realizar a boa justiça. O uso da arbitragem é a forma mais apropriada de se afirmar a dignidade humana, pois propicia o conhecimento e a compreensão das questões envolvidas e, através dela, se resolve o conflito. Ela serve como condição para o desenvolvimento dos membros da sociedade e, a um só tempo, atinge os objetivos de uma democracia: o desenvolvimento, a melhoria da

¹² O Preâmbulo da Constituição tem como norma clara a solução pacífica das controvérsias, tanto interna quanto internacionalmente e, em seus dispositivos, quando se refere aos princípios que regem as relações internacionais, encontra-se a defesa da paz e a solução pacífica dos conflitos, além de encontrarmos expressamente o uso da negociação e da arbitragem nos dissídios trabalhistas coletivos, em seu artigo 114. Assim, o conhecimento da solução pacífica de conflitos deve ser feito analisando-se conjuntamente o conteúdo do artigo 3º, que designa os objetivos e os fins da República, com seus incisos I, II e IV e o conteúdo do artigo 4º, que estabelece os alicerces que regulam a condução do Brasil nas relações internacionais, especialmente em seus incisos VI e VII (Constituição da República Federativa do Brasil).

vida e o aperfeiçoamento pessoal de cada um, de acordo com suas expectativas e escolhas. (SIX, 2001, p. 109)

Quando se analisa o princípio da liberdade¹³, encontra-se o direito de escolha entre os métodos alternativos de solução de controvérsias e a opção estatal, pois o indivíduo pode escolher não submeter suas questões ao Judiciário, decidindo por resolvê-las, através da autocomposição ou pela transação. Mesmo assim o fazendo, continua o Estado com o poder de verificar se não houve vícios na vontade expressa ou na formalização dos procedimentos dessa vontade e de autorizar o uso da força nas situações em que se fizerem necessárias. Portanto, compreender a “Justiça não como o desaguadouro de todas as demandas, mas apenas daquelas cuja força coercitiva do Estado se faça exigida” (OLIVEIRA, 2004, p.15), esta, sim, de monopólio do Estado. A arbitragem é um mecanismo de descentralização do Poder do Estado, que permite ao indivíduo o exercício de seu direito de liberdade¹⁴. (BORJA, 1995, p. 101)

GIOVANNI VERDE chama a atenção para o seguinte:

A experiência tumultuosa desses últimos 40 anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode e, talvez não mereça ser cultivado. Desse mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juizes (VERDE, 1985, p. 168).

Além do que, tem-se a questão do uso da força. No sistema judicial caracterizado pela adversidade, pelo contraditório e pela formalidade, o uso da coerção é essencial para que o desenvolvimento do processo se dê conforme as disposições legais e para que a decisão emanada pelo juiz seja obedecida e cumprida, sob pena de sanção e execução.

¹³ A liberdade em seus dois aspectos: filosófico, como exercício da vontade ou consagração jurídica do livre arbítrio e político, como exercício de cidadania e formação da vontade social. In: OLIVEIRA, Alexandre Nery. Reforma do Judiciário (IX): Meios alternativos de solução de conflitos e outras discussões para a devida tutela judicial.

¹⁴ Argumenta Célio Borja sobre o juízo arbitral: “Trata-se de tímida tendência de descentralização social, em um país que assistiu, nos últimos setenta anos, à marcha batida das forças centrípetas sobrelevar e reduzir a nada as poucas manifestações da sociedade civil e dos entes políticos federados. [...] A desregulamentação em curso ou já consumada, nos países economicamente mais avançados, deu lugar ao surgimento da auto-regulamentação de certos negócios e mercados, cujas normas são desconhecidas da generalidade dos profissionais do direito ou só são conhecidas daqueles poucos que nelas se especializaram. O ciclo histórico que está começando com atraso, no Brasil, promete um novo surto de progresso econômico, condicionado, porém, à abertura de diferentes mercados, à globalização de muitas atividades, tanto mercantis e industriais, como de serviços. As regras que a elas se aplicam são transnacionais, como serão supranacionais as disposições com força de lei, emanadas no Mercosul, de uma autoridade supranacional”.

Esse controle exclusivo é vital para a permanência da organização política, sem a qual atingiria o ponto de anarquia na sociedade, pela ausência de autoridade maior e única sobre as demais que impõem a obrigatoriedade e o cumprimento de suas normas e decisões, conferindo até mesmo o caráter de compulsoriedade e definitividade.

Em relação aos indivíduos, faculta-lhes a possibilidade de escolher e utilizar esses meios, que é a efetivação de sua cidadania, em razão de sua participação direta na administração da justiça. Proporcionam ao indivíduo a experiência de:

Administração do conflito na primeira pessoa, numa perspectiva de diálogo e com isso de exercer uma das formas mais elevadas dos direitos de cidadania, o de participação na administração da Justiça, através da participação ativa na construção da solução possível, mais equilibrada e justa ao conflito, ou seja, como espaço de criatividade pessoal e social, como mecanismo de pacificação social. (MUNIZ, 2005, p. 53)

Pode-se inferir que a arbitragem representa uma afirmação da democracia brasileira, por intermédio da atribuição de responsabilidade do cidadão frente ao social, sem a qual não é possível falar em democracia:

Ao homem que decide, ao cidadão, ao militante que pensa que modificando a si mesmo é possível mudar sua relação com o outro, com o grupo e por isso mesmo que é possível mudar um pouco a sociedade. (SIX, 2001, p. 118)

E ainda,

É bem do lugar do outro que é a questão na idéia democrática. [...] Não há o social quando há o outro, um outro investido de amor e ódio, de tolerância e intolerância. [...] este outro enigmático, inquietante, angustiado. [...] A democracia é talvez a arte (como um amor ou uma amizade) de encontrar a boa distância em relação ao outro; nem muito perto, nem muito longe. É renunciar à onipotência narcisística e reconhecer o outro para negociar com ele, com seu desejo. (BRUNNER, 1995, *apud* SIX, 2001, p. 118)

Aliás, o sentido da democracia é de constante evolução e transformação, é de:

Um processo, e um processo dialético que vai rompendo as controvérsias, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo,

enriquecido de novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, qualquer vetor que aponta valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos. (SILVA, 1995, p.129)

Diante do que, toda essa discussão existe em razão da incapacidade que parece ter se instalado no direito, de reconhecer a diferença entre justiça e Judiciário. O segundo tinha o propósito de conservar sua autonomia em relação aos demais Poderes do Estado. Essa posição foi efetivada, porém não impede a utilização de mais formas de solução, desde que mantido o respeito aos princípios fundamentais do Estado, meios que não podem e nem devem ser meramente formais ou abstratos, mas que devem traduzir a existência de valores e interesses que tenha em consideração o equilíbrio entre as partes.

A justiça tradicional e a alternativa não são antagônicas, mas têm um único objetivo, qual seja, o indivíduo e as suas necessidades. Ao permitir e utilizar esses mecanismos com participação real da sociedade, o Estado reforça sua soberania, supervisionando sua aplicação, condicionando seu uso e afiançando o respeito aos direitos fundamentais, de forma especial no que diz respeito à imparcialidade, à igualdade e ao devido processo legal, essencial à segurança jurídica.

Os métodos alternativos¹⁵ de solução dos conflitos são melhores compreendidos quando enquadrados no movimento universal de acesso à justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz. (JOEL DIAS, 1997, p. 60)

Diante do que, os meios alternativos são uma necessidade no tempo atual. São as vias para uma justiça mais próxima dos indivíduos, sem muitos regulamentos e formalidades e que possibilitem solucionar a relação do Poder Judiciário (Estado) e dos indivíduos que compõem a sociedade individual ou em grupo e que carecem da intervenção da justiça.

¹⁵ Não confundir a expressão “método alternativo” com o malsinado “direito alternativo” ou “justiça alternativa”, por se tratar de verdadeira subversão do Estado Democrático de Direito, à medida que apregoa a inobservância do direito legitimamente constituído em nome de uma pseudojustiça aplicável ao caso concreto. A “verdade hermenêutica” pode ser buscada através de técnicas disponíveis existentes no próprio sistema, capazes de levar o intérprete a encontrar os fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

1.4 PREVISÕES LEGAIS ACERCA DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Dentre as inúmeras previsões legais acerca dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos, podem-se citar vários exemplos de disposições em documentos legislativos nacionais, em medidas provisórias, em documentos internacionais e em resoluções internacionais relativos a órgãos e organizações dos quais o Brasil faz parte. Vejam-se alguns:

- a) A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Preâmbulo; artigo 5º, incisos XXXV, XXXVII, LIV e LV; artigo 105, inciso I, alínea i; artigo 114, §§ 1º e 2º; e Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004 (Anexo 2);
- b) O Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, artigos 267, inciso VII, 301, inciso IX, 584, inciso V e 520, que dispõem as inovações trazidas pela Lei de Arbitragem; artigo 584, inciso III, que elenca entre os títulos executivos judiciais as sentenças homologatórias de acordos ou transações, ainda que não tenham sido discutidas em juízo; artigo 277 e artigo 331 que dispõem sobre a necessidade de tentativa de conciliação endoprocessual, com a determinação de audiência de conciliação no procedimento sumário e no ordinário (WATANABE, 1988, p. 47);
- c) A Lei nº 6.544¹⁶, de 22 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo, que dispõe sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica;
- d) No plano do direito coletivo destacou-se: a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938 de 1981;
- e) A Lei nº 7.347 de 1985¹⁷, que surge com a finalidade de defesa dos direitos difusos e coletivos, assegurando intentar ação civil pública para proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e os direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

¹⁶ Diário Oficial v.99, n.218, 23/11/89. Gestão Orestes Quércia. Licitação de Bens e Serviços. O GOVERNADOR DO ESTADO DE SÃO PAULO:

Faço saber que a Assembléia Legislativa decreta e eu promulgo a seguinte lei.

¹⁷ Artigo 1º, da Lei 7.347, de 1985.

f) A Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, artigo 3º, que estabelece a necessidade de utilização da negociação antes de se recorrer à greve;

g) Ainda em 1989, com a promulgação das Leis nº 7.853, da proteção da tutela jurisdicional de interesses das pessoas portadoras de deficiência, e, 7.913, da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários;

h) A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Proteção e Defesa do Consumidor, artigos 4º, inciso V, e 5º, que dispõem sobre a possibilidade de criação de meios alternativos de solução de litígios nas questões de consumo e determinam a participação do Estado na proteção do consumidor e na equalização das partes, juntamente com o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC);

i) A Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias e dá outras providências¹⁸;

j) A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece em seu artigo 23, inciso XV, que determina as cláusulas essenciais dos contratos de concessão, a necessidade da designação do foro e modo amigável de solução das divergências contratuais, conquanto se aplique a esses contratos administrativos a Lei nº

¹⁸ O PRESIDENTE DA REPÚBLICA:

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Da Exploração do Porto e das Operações Portuárias

Artigo 1º...

Artigo 23. Deve ser constituída, no âmbito do órgão de gestão de mão-de-obra, Comissão Paritária para solucionar litígios decorrentes da aplicação das normas a que se referem os arts. 18, 19 e 21 desta lei. 1º Em caso de impasse, as partes devem recorrer à arbitragem de ofertas finais. 2º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência de qualquer das partes. 3º Os árbitros devem ser escolhidos de comum acordo entre as partes e o laudo arbitral proferido para solução da pendência possui força normativa, independentemente de homologação judicial.

Artigo 76...

Brasília, 25 de fevereiro de 1993; 172º da Independência e 105º da República.

ITAMAR FRANCO Alberto Goldman Walter Barelli

8666/93, a qual estabelece as normas gerais sobre licitações e contratos com a Administração Pública;

k) O Decreto nº 1.572, de 28 de junho de 1995, que regulamenta a mediação na negociação coletiva de natureza trabalhista; e a Resolução CS/MPT nº 44/99 - (DJU 11.4.99) - Dispõe sobre a atividade de arbitragem no âmbito do Ministério Público do Trabalho - o Conselho Superior do Ministério Público do Trabalho, no exercício de sua competência revista no art. 98, inciso I, alínea c, da Lei Complementar nº 75/93, e considerando a necessidade de regulamentar a atividade de arbitragem prevista no art. 83, inciso XI, da Lei Complementar nº 75/93;

l) A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, na Seção VIII, artigos 21 a 24, que estabelecem uma fase de orientação prévia quanto a conciliação e a possibilidade de negociação processual;

m) A Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996, Lei de arbitragem, que dispõe sobre a arbitragem, alterando a legislação vigente;

n) A Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, e em seu artigo 93, inciso XV, e 120, inciso X, estabelece que no conteúdo dos contratos de concessão e permissão, respectivamente, deve constar cláusula designando foro e modo amigável de solução das divergências contratuais;

o) A Lei nº 9.478, Lei do Petróleo, que dispõe sobre a política energética e as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo, e em seu artigo 20, prevê a inserção de normas sobre solução de controvérsias, a conciliação e a arbitragem nos conflitos entre os agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores. No artigo 27, estabelece o uso da arbitragem baseada nos Princípios Gerais de Direito, para a solução de divergências entre bacias, e no artigo 43, inciso XXX, determina a inserção obrigatória de cláusula de utilização da conciliação e arbitragem internacional nos contratos de concessão;

p) O Decreto Legislativo nº 129/95 – Negócio no Mercosul; Decreto Legislativo nº 90, de 1995; Decreto Legislativo nº 93, de 1995;

q) A Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, em seu artigo 34, que permite que os contratos relativos ao financiamento imobiliário, em geral, estipulem que os litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem, nos termos do disposto na [Lei nº 9.307, de 24 de setembro de 1996](#);

r) A Medida Provisória nº 1.890-66, de 24 de setembro de 1999, que previa em seu artigo 4º, a utilização da mediação para a fixação do valor anual das mensalidades escolares, ao ser transformada em lei – Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999, sendo que esta disposição foi retirada;

s) A Medida Provisória nº 2.221/2001, em vigor, por força da Emenda Constitucional nº 32/2001, fez inserir o artigo 30 F, na Lei 4.591/64, determinado e facultando, conforme o caso, que os litígios decorrentes de incorporação imobiliária se resolvam mediante a arbitragem;

t) A Lei nº 10.101, de 19 de dezembro de 2000, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa, no artigo 4º, inciso I e parágrafo 2º, que prevê não somente a negociação e arbitragem, mas especificamente a mediação, como forma de solucionar possíveis impasses (Medida Provisória nº 1.982-76, de 26 de outubro de 2000);

u) A Lei nº 10.192, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real e estabelece em seu artigo 11 e seus parágrafos, uma fase de negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, antes do ajuizamento de ação de dissídio coletivo para discussão de questões de natureza econômica (Medida Provisória nº 1.950-70, de 16 de novembro de 2000);

y) No que diz respeito ao direito societário, a Lei nº. 10.303/01 que veio reformar a Lei de S.A., institui no artigo 109, entre as disposições que tratam dos direitos essenciais dos acionistas, a possibilidade dos estatutos das sociedades anônimas preverem a chamada cláusula compromissória estatutária, que permite que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, sejam solucionadas mediante arbitragem;

- v) A Lei nº 10.406¹⁹, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, no Título V, Capítulo XX, Do Compromisso, em seus artigos 851 a 853);
- w) A Lei nº 10.433, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a autorização para a criação do Mercado Atacadista de Energia Elétrica - MAE, pessoa jurídica de direito privado, e dá outras providências;
- x) A Carta das Nações Unidas, de 26 de junho de 1945, adotada na Conferência de São Francisco e ratificada pelo Brasil, em 21 de setembro de 1945, dedica ao capítulo VI a solução pacífica de controvérsias e estabelece em seu artigo 33 que os Estados-partes deverão buscar entre os meios pacíficos de solução de controvérsias, em especial a mediação, a solução das ameaças à paz e à segurança internacionais²⁰;
- z) A Convenção sobre os Direitos da Criança de 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 24 de outubro de 1990, artigo 40, nº 3, alínea 'b', que determina aos Estados-partes promover a “adoção, sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contanto que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais”;
- z1) O Relatório da Quarta Reunião de Ministros de Justiça, no âmbito da OEA, realizado em *Port Spain, Trinidad Tobago*, em 13 de março de 2002.

Por outro lado, a Carta Magna não se opõe a soluções heróicas, assim que, no artigo 217, trata da Justiça Desportiva e avisa que o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas, após esgotarem-se as instâncias da Justiça Desportiva regulada em lei. Também, o artigo 114, no seu § 1º, admite a eleição de árbitros, frustrada a negociação coletiva.

Na área trabalhista, é importante dizer o que Carlos Alberto Carmona assevera, mesmo antes da edição da Lei nº 9.307/96, que a legislação trabalhista já encampava a possibilidade de solução arbitral para conflitos decorrentes do direito

¹⁹ Faço saber que o Presidente da República adotou a Medida Provisória nº 29, de 2002, que o Congresso Nacional aprovou, e eu, Ramez Tebet, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, para os efeitos do disposto no art. 62 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001.

²⁰ Carta das Nações Unidas - Capítulo VI - artigo 33, 1: “As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judiciária, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico de sua escolha”.

de greve (Lei nº 7.783/89, art. 7º), e para litígios decorrentes da participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, conforme o art. 4º, da Medida Provisória nº 1.539-34 de 07.08.97. Ainda sobre o tema, o escritor supra, ensina que em relação aos conflitos individuais, embora não se deixe de reconhecer o caráter protetivo do direito laboral, é incontestável que nem todos os direitos inseridos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) assumiram a feição de irrenunciáveis pregada pela doutrina especializada mais conservadora. (2004, p. 59)

Também sobre a arbitragem no Direito do Trabalho, José Janguê Bezerra, ex-juiz do trabalho e atual procurador do Ministério Público do Trabalho em Pernambuco, citando farta doutrina e jurisprudência, sustenta, com veemência e propriedade, a viabilidade da utilização da arbitragem para a resolução dos conflitos individuais, na área trabalhista. (*apud* SZKLAROWSKY, 2005, p. 55)

No campo das relações consumeristas, Rozane da Rosa Cachapuz entende que o Código de Defesa do Consumidor – CDC, na verdade, pretendeu foi impedir que o fornecedor, usando de sua posição mais favorecida em relação ao consumidor, condicionasse a solução de eventuais conflitos a árbitros menos sensíveis à posição de inferioridade dos consumidores, ou, ainda, que desprezassem as regras contidas no aludido Código, através da escolha em contratos de adesão. A nova lei condiciona os efeitos da convenção da cláusula compromissória nos contratos de adesão, tendo validade se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição, desde que, por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula (art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96). Com essa regra evitou-se a revogação da proibição fixada no Código de Defesa do Consumidor (art. 51, inc. VII). Todavia, a Lei de Arbitragem facultou às partes dirimir seus litígios, desde que preservado o consentimento expresso do aderente nas relações de consumo celebradas através de contratos de adesão. (2000, p. 63)

Noutra seara, faz-se necessário esclarecer que acerca das concessões, desde 1995, já estava explícita na Lei das Concessões a possibilidade de se recorrer aos meios alternativos de solução de controvérsias. Para evitar interpretações restritivas, a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPPs) cita textualmente a arbitragem. A permissão é expressa nas Leis do Petróleo, das Telecomunicações, do Transporte Aquaviários e das próprias PPPs. Estabelecendo como cláusula obrigatória a que diz respeito ao foro e ao modo amigável de solução

das divergências contratuais, distinguindo-se, entre outras, a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos, bem como os diplomas legais que dispõe sobre a criação, sob a forma de autarquia, da Anatel (Lei 9.472/97), da Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478/97), da Agência Nacional de Transportes Terrestres, da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Lei 10.233/02); o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes; a Lei 10.433/02 que estabelece o Mercado Atacadista de Energia Elétrica e estatui a arbitragem como forma de solução de controvérsias; Lei Estadual do Rio de Janeiro 1.481/89 nos contratos de concessão e obras públicas, e a Lei Estadual de São Paulo 7.835/82 nos contratos de concessão.

Selma Lemes²¹, em tese defendida na Universidade de São Paulo no ano de 2007, atestou a importância do modelo no Chile, que opera um regime de parcerias semelhante ao que o Brasil pretende implementar e hoje trabalha com arbitragem em pelo menos 45 grandes contratos de concessão.

Por outro lado, internacionalmente, é regra geral a previsão de arbitragem em obras de grande porte que envolve capital público e privado. Para os contratos internacionais, regidos pela Lei nº 1.518/51 e pelo Decreto-Lei nº 1.312/74, deverão conter a cláusula arbitral para a solução dos conflitos.

A indústria do petróleo e do gás natural compõe-se de diversos segmentos: exploração, desenvolvimento, produção, refino, processamento, transporte, importação e exportação. O conjunto de atividades que abrange as três primeiras áreas é conhecido internacionalmente como *upstream*, ou simplesmente E&P. A par da notória rentabilidade, esse setor da indústria é caracterizado, ainda, pelos altos riscos envolvidos em suas operações, pelos elevados níveis de aporte de recursos financeiros necessários e pelo grande tempo de retorno dos investimentos realizados. Tais características fazem com que, diferentemente do que ocorre nos demais setores da economia, empresas concorrentes se associem, com frequência, formando *joint ventures*, para conjugar esforços a fim de dividir os riscos, bem como de otimizar seus respectivos portfólios de investimentos e suas estratégias empresariais de curto, médio e longo prazos. Esses empreendimentos comuns têm duração bastante variável, desde campanhas exploratórias de curta duração, que se estendem por um ou dois anos, até a ordem de trinta anos ou mais, nos casos de

²¹ DCI – Diário, Comércio, Indústria & Serviços, de 03/04/2006

campos de petróleo com expressivos volumes recuperáveis. Essas *joint ventures* são formalizadas por meio de uma série de acordos em uso corrente na indústria internacional. Nesse cenário, o instituto da arbitragem tem sido eleito, na quase totalidade dos casos, como o mecanismo de solução de litígios eventualmente surgidos em razão da execução desses acordos.

No Brasil, em linha com a prática internacional, a licitação para a outorga dos contratos de concessão para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural é regulada por meio dos arts. 36 a 42 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997 (Lei do Petróleo). De acordo com essas normas, as empresas podem concorrer isoladamente ou em grupo. Aquelas que se organizam em grupo para participar de uma licitação, normalmente, formalizam entre si, *a priori*, as regras dessa participação por meio da celebração dos contratos denominados *Joint Bidding and Study Agreements* (JBSA) ou, alternativamente, *Joint Bidding Agreements* (JBA).

Ao grupo de empresas vencedor da licitação são outorgados os direitos de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural do bloco em questão, condicionado à formalização, por este grupo de empresas, de um consórcio, na forma do disposto nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404/76²². A seguir, via de regra, essas empresas assinam um acordo de operações conjuntas, conhecido na indústria do petróleo como *Joint Operating Agreement*, ou, simplesmente, *JOA*. O *JOA* é o instrumento particular por meio do qual duas ou mais empresas petrolíferas, que celebraram um contrato de concessão para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural com a Agência Nacional do Petróleo (ANP), regulam seus respectivos direitos e obrigações, aspectos técnicos, operacionais e contábeis, a fim de unificar seus conhecimentos e esforços para o cumprimento das obrigações assumidas no Contrato de Concessão. (MELLO e ANDRADE, 1997, p. 160)

²² Nos termos dos Editais de Licitação para a Contratação de Atividades de Exploração, Desenvolvimento e Produção de Petróleo e Gás Natural, o grupo de empresas vencedoras poderá, ainda, delegar a assinatura do Contrato de Concessão para uma outra empresa, na qual as participações proporcionais das empresas do grupo vencedor deverão ser idênticas às participações definidas no envelope padrão de apresentação de ofertas. Dessa forma, é facultado ao grupo de empresas vencedoras a constituição de um consórcio (*joint venture* contratual) ou de uma empresa (*joint venture* societária) para a execução das atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural. A primeira alternativa tem sido adotada com mais frequência pelas empresas.

A cláusula compromissória adotada, na atualidade, em grande parte dos contratos privados da indústria do petróleo tem como referência o modelo elaborado pela AIPN (*Association of International Petroleum Negotiators*), em colaboração com a ACCA (*American Corporate Counsel Association*). A AIPN é uma entidade profissional, sem fins lucrativos, sediada nos Estados Unidos, que congrega negociadores e advogados do mundo inteiro, dedicados à negociação dos contratos utilizados na indústria, nos quais se incluem aqueles que formalizam as *joint ventures* para a exploração e produção de petróleo e gás natural, como já dito. Dentre os diversos trabalhos produzidos por essa entidade, destaca-se o *Model Form International Operating Agreement*, que tem sido bastante utilizado pelas empresas de petróleo como modelo inicial para a negociação dos contratos de operações conjuntas. Essa minuta contempla a escolha pelas partes da Lei Aplicável bem como do Mecanismo de Resolução de Disputas.

1.5 A JURISDIÇÃO E O PODER JUDICIÁRIO

A busca da harmonia e da paz social tem sua base principal na aplicação efetiva da justiça que, por sua vez, constitui elemento essencial e condição indispensável para a existência e manutenção das sociedades juridicamente organizadas.

É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses individuais. São as insatisfações que justificam toda a atividade jurídica do Estado e é a eliminação delas que lhe confere legitimidade. Seria um verdadeiro caos social se os estados pessoais de insatisfações fossem perpetuando-se em decepções permanentes e inafastáveis. (DINAMARCO, 2004, p. 194)

Houve tempos em que os litígios eram solucionados pela força bruta, quando os fisicamente mais fortes sobreviviam, em detrimento dos mais fracos, como bem explicou Hobbes, “o homem é o lobo do homem”.

A Bíblia, em Deuteronômio, capítulo XVI, versículo 18, cogita a organização judiciária acessível a todos, pronunciando: “Constituirás juízes e

escribas para tuas tribos, em todas as cidades que o Senhor, teu Deus, te concedes; e eles exercerão com justiça sua jurisdição sobre o povo”²³.

Com a organização política da sociedade (*polis, civitas*, império), o Estado passou a ser o responsável pela administração da justiça, como função pública, transmitindo o poder-dever de dizer o direito ao magistrado, função anterior que pertencia ao árbitro. Nesse sentido, Adriana S. Silva²⁴, citando José Roberto Dromi, adverte que “a partir daí, se administra a justiça em nome do ‘Rei’, do ‘Povo’, da ‘República’, da ‘Nação’ ou do ‘Estado’, segundo a inspiração ideológica dos distintos regimes políticos”. (SILVA, 2005, p. 90)

Historicamente prelecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que:

Depois do período arcaico e do clássico (que, reunidos, formam a fase conhecida por *ordo judiciorum privatorum*), veio outro que se caracterizou pela invasão de área que antes não pertencia ao pretor: contrariando a ordem estabelecida, passou este a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença, inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse. Ao magistrado, a quem antes era reservado apenas o parecer jurídico (*sentencia*) de um simples cidadão autorizado pelas leis, fica então a responsabilidade de decidir o litígio de maneira completa, tendo comando vinculante de um órgão estatal, consubstanciando a atuação da autoridade do Estado (*ex auctoritate principis*). Essa nova fase, iniciada no século III d.C., é, por isso mesmo, conhecida por período da *cognitio extra ordinem* ou *cognitio extraordinária*. Com ela completou-se o ciclo histórico da evolução da chamada ‘justiça privada’ para a ‘justiça pública’: o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de ‘jurisdição’. (2006, p. 29)

Os teóricos do Iluminismo francês, como Montesquieu, embasados nas idéias democráticas de Platão²⁵ e Aristóteles²⁶, preconizaram a idéia da tripartição do poder, com o principal intuito de se evitarem abusos despóticos e concentração de poder nas mãos de uma só pessoa ou de um pequeno grupo. Aceita tal idéia, o mundo ocidental compreendeu que a busca pela justiça tinha seu caminho próprio e

²³ Cfr. Tradução ecumênica da Bíblia.

²⁴ Apud DROMI, José Roberto. *El poder judicial: em la constitución, em la crisis, em la democracia*. Tucuman-Argentina, UNSTA, 1982, p. 21.

²⁵ Cfr. Platão: Diálogo das leis e república, i, 336. Segundo o filósofo grego, em análise sobre a justiça: “[...] estamos buscando a justiça, que é um bem muito mais precioso do que muitas barras de ouro”.

²⁶ De acordo com Norberto Bobbio e outros, Dicionário de política, 5ª ed., 2000, p. 661, “[...] Aristóteles identificava a justiça, em seu sentido mais amplo, como completa virtude e como excelência no verdadeiro sentido da palavra (Ética, 1.130ª)”.

adequado, proibindo-se que se fizesse justiça com as próprias mãos. (GERAIGE NETO, 2003, p. 12)

Esse sistema tem como base a *Civil Law*, de cunho preponderantemente normativista, cujas origens se encontram no antigo Direito Romano. Assim, o magistrado romano, até então sem poder jurisdicional, chamou a si a responsabilidade de ditar a solução dos conflitos, em nome do Estado. Missão essa que era exercida por um terceiro, particular, árbitro, escolhido pelos próprios antagonistas ou por indicação do magistrado. A partir daí, a justiça privada se afasta, surgindo a jurisdição, como instituição estatal, com a função monopolizadora de aplicação do direito, munida do poder de coerção, solucionando o conflito de forma concreta e com caráter de definitividade. É comum afirmar-se que, através da jurisdição, o Estado exercita a vontade do direito objetivo que rege a lide, tendo como características principais a imparcialidade e a neutralidade.

O que, na verdade, imprime o caráter de jurisdicionalidade à aplicação do Direito pelo Estado é a sua ligação a uma pretensão. O Estado procura fazer observar as normas jurídicas, quando violados os seus preceitos, em razão de exigir-se de alguém que seu interesse sobreponha-se ao de outrem. (MARQUES, 2000. p. 42)

Na acepção de jurisdição, encontram-se arraigadas as idéias de poder-dever e atividade²⁷, emanadas da soberania estatal e decorrentes da proibição da autotutela dos interesses.

Pela jurisdição, ressaltam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que:

Os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas, que não mais podem agir, resta a possibilidade de 'fazer agir', provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução. As considerações acima mostram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial dos conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois - no sentido em que a entendemos hoje. (2006, p. 29)

²⁷ Constitui a potestade jurisdicional uma emanção da soberania nacional.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que, como escopo-síntese da jurisdição no plano social, “pode-se então indicar a justiça, que é afinal expressão do próprio bem comum, no sentido de que não se concebe o desenvolvimento integral da personalidade humana, senão em clima de liberdade e igualdade”. (2003, p. 190)

A jurisdição, por sua vez, deve ser vista como uma das expressões do poder estatal, que é uno, canalizada à realização dos fins do próprio Estado. E, em face das cambiantes diretrizes políticas que a História exhibe, os objetivos que a animam consideram-se também sujeitos a essas mesmas variações, no espaço e no tempo²⁸ (DINAMARCO, 2003, p. 182). Nesse sentido, prelecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO que:

E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para pôr em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angústia; de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o ‘bem-comum’ e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a pacificação com justiça. (2006, p. 31)

Já, no dizer de Athos Gusmão Carneiro jurisdição significa a “atividade pela qual o Estado, com eficácia vinculativa plena, elimina a lide, declarando e/ou realizando o direito em concreto” (1999, p. 25). E ainda, segundo Kisleu Gonçalves Ferreira²⁹ “jurisdição é uma das formas de heterocomposição de litígios. A heterocomposição, por sua vez, acontece quando a solução é determinada por um terceiro alheio ao conflito”.

Entende-se assim, que a jurisdição tem inegáveis implicações com a vida social, tanto que é o reconhecimento de sua utilidade, pelos membros da sociedade, que a legitima no contexto das instituições políticas da nação. Entretanto, não se pode afirmar, grosso modo, que a jurisdição seja a função estatal encarregada de aplicar o direito objetivo. Esse entendimento, não está mais de

²⁸ Inexiste estabilidade histórica quanto aos fins do Estado: *cfr.* Dallari, n. 48-49, p. 90 ss.: “Dos fins limitados do Estado liberal passou-se à expansão dos fins, hoje sintetizados na fórmula *bem-comum*, no Estado social contemporâneo” [...].

²⁹ FERREIRA, Kisleu Gonçalves. Aspectos da jurisdicionalidade da arbitragem (Lei nº 9.307/96). In: Jus Navegandi, nº 51, de junho de 2001. Disponível na internet via <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2198>. Trabalho apresentado em 09 de junho de 2001, na disciplina de Direito Constitucional Econômico do curso MBA, em Direito Empresarial pela FGV Management em Goiânia.

acordo com a realidade, visto que o poder jurisdicional não é o único que aplica a lei aos casos particulares. Existem também violações das normas da ordem jurídica, em que o poder jurisdicional não consegue intervir, especialmente em países como o Brasil, onde a ordem jurídica é sistematicamente violada pelo crime organizado, pelo tráfico e, até mesmo, pelo poder dos chamados poderosos³⁰. Modernamente, atravessa-se uma fase de busca por estratégias mais rápidas e eficazes para solução dos conflitos.

Piero Calamandrei defende que o conceito de jurisdição, como toda e qualquer definição, não pode pretender os dons da imutabilidade e da perenidade. Assevera ainda que, nas suas origens, a jurisdição “possuía contornos bem diversos dos atuais, sendo seu atual perfil resultado da permanente evolução e dinamização social, cultural e política”. (1943, p. 34)

O citado processualista italiano apresenta dois fatores que incidem sobre o conceito para determinar sua mutação evolutiva: tempo e espaço. Quanto ao tempo, há que se examinar o contexto histórico e político no qual se insere o instituto, restando perquirir acerca do espaço sobre todo o feixe de valorações culturais de determinada região, em um determinado momento. O Direito é fenômeno cultural e seus institutos são reflexos da cultura vigente em determinado lugar e em determinada época, formando uma equação que irá efetivamente determinar o perfil do instituto jurídico da arbitragem. (SILVA, 2001, p. 167-186)

De sorte que, mesmo admitindo-se que a jurisdição, por ser função soberana, não pode ser derogada ou elastecida por lei infraconstitucional, já que a Constituição Federal investiu o Poder Judiciário desta função, não há como se afastar a natureza jurisdicional da arbitragem, sob pena de incoerência e contradição, pois no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz constar o Poder Constituinte Originário, aduzindo que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos d uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

³⁰ O que ocorre hoje nas favelas do Rio de Janeiro, especialmente, é um exemplo dessa realidade.

Outra circunstância de grande importância na determinação da natureza jurisdicional da arbitragem é com relação à eficácia de sua sentença, que possui a mesma equiparação da sentença judicial definitiva e independe de homologação por órgão do Poder Judiciário, tendo, assim, autoridade de coisa julgada, tanto formal como material. Inegável, também, o fato de que o árbitro, embora não integrante do Poder Judiciário, é juiz de fato e de direito, exercendo ele jurisdição, na medida em que contribui para a pacificação social, dirimindo conflitos de interesses.

1.5.1 O Poder Judiciário

A sociedade está em constante modernização em vários países e, as demandas sociais, tais quais os novos meios de comunicação, a industrialização, a migração do campo para a cidade, a industrialização, o grande avanço tecnológico e as conquistas trabalhistas - que vão sendo incorporados à realidade social - constituíram-se em fatores relevantes para que houvesse a aceleração da transformação do Estado liberal no Estado assistencial. Com isso, oportunizou-se a expansão dos direitos sociais e a integração da classe trabalhadora à sociedade de consumo. Boaventura de Sousa Santos conceitua Estado como “ativamente envolvido na gestão dos conflitos entre classes e grupos sociais e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista, dominante nas relações econômicas”. (1994, p. 43)

O surgimento dessas conquistas trouxe consequência, vez que emergiram conflitos jurídicos para resolução nos tribunais judiciais. Ressalta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que o Poder Judiciário “volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objetos de conflitos e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento” (1999, p. 25).

O sistema processual brasileiro, no âmbito da justiça, é ainda bastante fechado e muito existe a reformar. E, somados os males de natureza jurídica ou sócio-econômica, geram a descrença na justiça e, por sua vez, são sinais de desgaste na legitimidade do sistema. Essa descrença afasta as pessoas do Poder Judiciário e as leva a buscar soluções alternativas para os seus conflitos. São os

sucedâneos da jurisdição, ou equivalentes jurisdicionados ³¹, assim denominados, apesar de assumirem só uma parte da complexa função das atividades jurisdicionais. (DINAMARCO, 2003, p. 344)

Ao longo dos tempos, tem-se percebido que o acesso à justiça tornou-se arcaico, vez que o sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade, deixando lacunas na resolução dos litígios, bem como não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória.

Com o alastramento da litigiosidade, o Poder Judiciário não consegue dar conta das demandas que lhe eram propostas, quadro agravado pela recessão econômica no início da década de 1970. O resultado foi a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e “a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais, assumidos para com as classes populares na década anterior”. (SANTOS, 1994, p. 43)

O Brasil, a partir da década de 1970, ainda no período da ditadura, começa a sentir os indícios da crise, tendo a Igreja papel relevante na organização popular para a reivindicação dos direitos sociais, com a Comissão Pastoral da Terra em 1975, a Comissão Pastoral Operária de 1976, e ainda, o Movimento do Custo de Vida em 1973, que atingiu o seu ápice em 1978. (CARNEIRO, 1999, p. 43)

Os movimentos sociais de acesso à justiça começaram a se intensificar, na realidade, no Brasil, com a transformação legislativa da década de 1980. O quadro político muda com a criação da Lei de Anistia e com a nova Lei Orgânica dos Partidos. Adriana S. Silva adverte que “prega-se o acesso à justiça a todos, de forma igualitária e eficiente, e um sistema jurídico mais moderno, atuante, condizente com a realidade atual e mais próxima do povo”. (2005, p. 104)

A influência significativa dos movimentos sociais deu-se com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 – CF/88, consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça. E, com esse aumento significativo dos direitos sociais, o Poder Judiciário do Brasil, a exemplo do que ocorreu nos Estados Unidos,

³¹ Cfr. Carnelutti, *Instituzioni del processo civile italiano*, I, nn. 59 ss., p. 60 ss.: ele fala em “equivalentes do processo civil” (e não da jurisdição), em virtude de suas colocações em torno da função processual.

não conseguiu mais atender ao crescimento da demanda, originando uma enorme crise, que prossegue até aos dias de hoje.

Todo esse quadro tem levado, na prática, à negação do direito-garantia do acesso à justiça, um direito de natureza fundamental, mas que sistematicamente vem sendo violado por aquele que tem o dever maior de assegurá-lo, qual seja, o próprio Estado.

De sorte que, o Judiciário tem se dado conta de que a aplicação da lei deve estar mais em sintonia com a realidade social, em harmonia com os princípios de justiça e os direitos fundamentais do ser humano pois, no ordenamento jurídico brasileiro, a manutenção da convivência pacífica em sociedade é proporcionada por ele. Ele assumiu o “papel de guardião da cidadania e da própria sociedade e se faz sentir sua necessidade até mesmo em relação às transformações econômicas globais” (MUNIZ, 2005, p. 38). Esse papel leva não mais a uma atuação pelo mecanismo de subsunção racional-formal na aplicação das leis, mas a uma atuação sócio-política, na qual o Estado assume o papel de guardião maior da Constituição, tanto em relação a si mesmo, aos outros poderes e à sociedade.

Reconhecidamente, os órgãos da jurisdição não têm mais condições de atender, em tempo oportuno, a grande demanda de conflitos a solucionar, o que vem agravando a chamada crise do Judiciário.

Boaventura de Souza Santos observa que a crise no sistema judicial, nos países capitalistas, à primeira vista, “manifesta-se pela crescente incapacidade (em termos de falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais) do sistema judicial para responder ao aumento da procura de seus serviços”. (1983, p. 139)

Essa crise tem origem especialmente na formação da cultura jurídica nacional, marcada por uma forte tradição monista de evidente matiz kelseniana³²,

³² Embora o Positivismo tenha comportado algumas variações, teve o seu ponto culminante no Normativismo de Hans Kelsen. Podem-se elencar as seguintes características essenciais do Positivismo Jurídico: a) a aproximação quase que absoluta entre direito e norma; b) a afirmação da estatalidade do direito: para os positivistas, a ordem jurídica é uma e emana do Estado; c) a completude do ordenamento jurídico, que contém conceitos e instrumentos suficientes e adequados para solução de qualquer caso, inexistindo lacunas – o que, evidentemente, é uma grande falácia, pois nem todos os problemas da vida encontram solução nas normas estatuais; d) o formalismo entendido que a validade da norma decorre do procedimento seguido para a sua criação, independentemente do conteúdo. Também aqui se insere o dogma da subsunção, herdado do Formalismo Alemão e que ainda é acriticamente praticado pelos chamados operadores do direito e tem sido fonte de grandes e injustificáveis equívocos e injustiças. Parece até óbvio afirmar que o direito tem de atuar sobre a realidade conformando-a e ao mesmo tempo transformando-a. Portanto, não é um dado, mas

ordenada através de um sistema lógico-formal de raiz liberal-burguesa, cuja produção transforma o Direito e a Justiça em manifestações estatais exclusivas. (WOLKMER, 2001, p. 96-97)

Decorrente desse extremado legalismo, quer enquanto fundamento e valor normativo hegemônico, quer enquanto aparato técnico oficial de controle e regulamentação, as instituições nacionais vivem uma profunda crise paradigmática³³, pois se vêem diante de novos, intrincados e contraditórios problemas, não podendo absorver determinados conflitos coletivos do início do novo milênio. E isso, dá-se especialmente porque todo o centralismo jurídico foi montado para administrar conflitos de natureza individual e civil, o que torna essas instituições impotentes para apreciar, da forma devida, os conflitos coletivos, de massa, de dimensão social.

Nesse quadro de legalidade formal, a estrutura do poder tem, histórica e sistematicamente, tentando minimizar e até mesmo desqualificar a importância e a relevância de todas e quaisquer manifestações normativas não-estatais, consagradoras da resolução de conflitos, por meio de instâncias não-oficiais ou não reconhecidas institucionalmente.

Sua ineficiência de atuação e os obstáculos quanto à busca de alternativas que possam corrigir essa ineficiência têm gerado, não apenas no Brasil, mas no mundo todo, discussões em busca de soluções para ampliar o acesso à justiça e ao Judiciário e melhorar sua prestação. Daí dizer que:

O Judiciário faz a interpretação e a construção sistemática do ordenamento jurídico, orienta para a implementação e proteção dos direitos da sociedade, fortalecendo os distintos aspectos das finalidades de sua função, quais sejam: do ponto de vista político, a solução, pacificação dos conflitos; do ponto de vista social, a capacidade de compor, de maneira civilizada, prevenindo a litigiosidade continuada de interesses de maneira a alcançar e manter a paz social, e do ponto de vista jurídico, proporcionar ao que tem direito tudo a que tem direito, na medida do possível. (MUNIZ, 2005, p. 42)

uma criação. A relação entre o sujeito do conhecimento e o seu objeto de estudo – o intérprete, a norma e a realidade – é, como lembra Luis Roberto Barroso (Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. In: Eros, Roberto Grau et al (Org.). Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Jose Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23-59) – tensa e intensa. Daí porque o ideal positivista de objetividade e neutralidade – ainda tão perniciosamente venerado pelos “operadores do direito” no Brasil – é impossível de se realizar no campo da realidade prática da vida.

³³ Na visão de Thomas S. Kuhn, paradigma “é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. A Estrutura das Revoluções Científicas. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 219.

Enquanto a sociedade se transforma e adota novas formulações para tornar eficientes as mais diferentes prestações, o Judiciário brasileiro não tem sabido responder – a tempo e a hora, aos desafios postos pela sociedade, levando a uma descrença geral e, como especifica JOSÉ EDUARDO FARIA:

A realidade brasileira, contudo, é incompatível com esse modelo de Judiciário. Instável, iníqua e contraditória, ela se caracteriza por fortes desigualdades sociais, regionais e setoriais e por uma subseqüente explosão de litigiosidade; por situações de pobreza absoluta que negam o princípio de igualdade formal perante a lei, impedem o acesso de parcelas significativas da população aos tribunais e comprometem a efetividade dos direitos fundamentais; por uma violência urbana desafiadora da ordem democrática e oriunda dos setores sociais excluídos da economia formal, para os quais a transgressão tornou-se a única possibilidade de sobrevivência; por uma apropriação perversa dos recursos públicos, submetendo os deserdados de toda a sorte a condições hobbesianas de vida; por uma crise fiscal que torna inelástica a prestação de serviços essenciais por parte do setor público, impedindo-o de expandir seu aparato burocrático para atender ao crescimento da demanda; por um sistema legal incoerente e incapaz de gerar um mínimo de previsibilidade de expectativas e segurança nas relações sociais, dada a profusão de regras gerais editadas para dar conta de casos muito específicos e meramente conjunturais e de normas excessivamente singelas para serem aplicadas em situações altamente complexas; e por uma gradativa fragmentação das fontes formais de direito e uma progressiva afirmação das fontes materiais, resultantes de processos de deslegalização e desconstitucionalização provocados pela transnacionalização dos mercados, pelo policentrismo decisório na economia globalizada, pela revitalização das fronteiras geográficas e pelas metamorfoses em andamento nos princípios da soberania e da territorialidade. (FARIA, 1999, p. 64-65)

Ante as colocações feitas, permite-se que se cheguem às seguintes conclusões³⁴:

- a) A sociedade brasileira, hoje mais do que nunca, busca solução para os seus conflitos junto ao Poder Judiciário;
- b) A explosão de processos judiciais faz com que, por maior que seja o esforço na gestão administrativa dos Tribunais, ela nunca consiga atender a demanda em prazo razoável;
- c) As soluções alternativas de conflitos constituem uma via segura para diminuir o número de conflitos em Juízo, sendo evidente o seu crescimento no futuro;
- d) É importante, todavia, que a consolidação das Soluções Alternativas de Conflitos apresente soluções para as classes menos favorecidas, solucionando os pequenos conflitos com a brevidade que se espera; e

³⁴ Revista Consultor Jurídico, 22 de agosto de 2007

e) Se o Judiciário não ocupar devidamente seu espaço de poder (p. ex. morros e periferias dos grandes centros urbanos) e não houver sistemas alternativos controlados pelo Estado, certamente a criminalidade organizada assumirá o papel de distribuir Justiça, evidentemente na ilegalidade (por exemplo, execuções sumárias).

Essa realidade, no entanto, não é apenas brasileira, porquanto o mesmo fenômeno tem ocorrido em diversos países desenvolvidos, de forma mais ou menos acentuada. Por outro lado, ainda não se descobriu em país algum, a cura desse mal e a tendência é a de que ele se agrave. Ainda, como em todo o mundo, inquestionável é a circunstância em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro. Este não consegue reduzir o tempo da prestação e efetivação de sua tutela estatal, de forma sintonizada com os valores segurança e justiça da decisão.

1.5.2 Dados do Poder Judiciário

O Relatório Justiça em Números³⁵, estudo estatístico feito pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostra uma importante mudança em curso no Judiciário brasileiro: O número de casos julgados começa a superar o de novos processos, apontando para a tendência de diminuição do resíduo herdado de anos anteriores. Isto já é realidade na Justiça Federal e nos juizados especiais federais e estaduais.

Os dados mostram que em 2006 os juizados especiais conseguiram julgar todos mais de 5 milhões de casos, superando em 10 mil unidades o número de processos que foram abertos ao longo do ano.

Na Justiça Federal, foram julgados 60 mil processos além do total de 378 mil novos casos, diminuindo o estoque de processos que aguardam solução.

De acordo com o coordenador do estudo, conselheiro Mairan Gonçalves, os números mostram que o Judiciário começa a se estruturar para fazer frente ao crescimento da demanda. Segundo ele, a Constituição de 1988 provocou crescimento do número de processos na Justiça, ao ampliar direitos do cidadão,

³⁵ Cfr. Fonte: CNJ: Relatório faz radiografia do Judiciário Brasileiro, publicado na Ordem dos Advogados do Brasil - OAB - Notícias, de 07/02/2008.

porque as cortes não estavam estruturadas para fazer frente a este crescimento de demanda.

O estudo mostra ainda que os juízes do trabalho tem conseguido resolver rapidamente os processos sob sua responsabilidade, mas os casos emperram na fase de execução. Os números mostram que, neste caso, os juízes estão julgando rapidamente, mas o jurisdicionado não recebe seu direito, por culpa da demora na execução.

A Justiça Trabalhista é a que apresenta as maiores taxas de recorribilidade - em torno de 50%. A menor é a da Justiça Estadual, de 12,56%. O 'Justiça em Números' mostra que a informatização do Judiciário é realidade em todo o país. As diversas iniciativas de informatização dos procedimentos resultaram em alto índice de uso da tecnologia na Justiça brasileira.

Em relação a despesas, a pesquisa revela que em 2006 deixaram de ser cobrados 77 milhões de reais de custas em assistência judiciária gratuita. A União é um grande cliente do Judiciário. Em 2006, o poder público ingressou com 4.014.771 casos e foi acionado em outros 2.240.726.

O Justiça em Números permite identificar se o número de magistrados acompanha a quantidade de novos litígios. Este tipo de análise serve, por exemplo, para orientar estudos sobre a necessidade de novos concursos para magistrado. Ele mostra que a situação, no caso dos juizados especiais estaduais, é bastante heterogênea. No Acre, há 1.754 casos novos por magistrado. No Rio de Janeiro, são 1.389. A pior relação entre número de processos e juízes está em São Paulo - 2.860 casos novos por juiz. A melhor, no Piauí, com 264 casos novos por magistrado. A média nacional é de 1.574. O total de casos novos em 2006 nos juizados especiais foi de 14.620.638.

O Relatório é o principal instrumento de mapeamento do Poder Judiciário. Inúmeras análises e informações são extraídas da pesquisa, que norteia as políticas de gestão do CNJ. O relatório de 2006 é um marco para o planejamento estratégico do Judiciário, porque conta com mais e melhores informações em relação aos anos anteriores.

Agora, estão sendo revistos todos os dados dos relatórios anteriores, de maneira a dar mais precisão aos estudos. De acordo com o conselheiro Mairan, havia por parte dos tribunais - que são os que informam os dados - muita dificuldade de entendimento dos indicadores e faltavam estrutura e profissionais qualificados

para fornecer as informações. Por isso, em muitos casos os dados estavam imprecisos. Em relação ao número de magistrados, por exemplo, os tribunais informavam com diferentes parâmetros, porque não estava suficientemente claro se o número deveria incluir aposentados, se deveriam ser contados os que estão de licença ou cedidos, se o que atua em duas jurisdições deveria ser contado uma ou duas vezes. Depois de um grande debate com os tribunais, todos os indicadores foram detalhados e definidos claramente. O relatório de 2006 é o primeiro com esta padronização. Por isso, agora todos os tribunais estão revendo os relatórios anteriores, para que a gente possa ter uma série histórica mais precisa.

O CNJ vem trabalhando para garantir dados cada vez mais precisos, que permitam identificar problemas e planejar o futuro do Judiciário. Exemplo desse trabalho é a aprovação de duas resoluções (46 e 49), em dezembro de 2007. A primeira cria uma linguagem única para a Justiça, estabelecendo as tabelas processuais unificadas do Poder Judiciário. Ela permite que os tribunais tenham relatórios gerenciais com informações técnicas e científicas padronizadas para toda a Justiça.

A Resolução 49 organiza grupos de trabalho para estatística e gestão estratégica nos órgãos do Judiciário, que alimentarão o Sistema de Estatística do Poder Judiciário, coordenado pelo CNJ. Cada tribunal deverá ter uma equipe interdisciplinar para este trabalho. A resolução sugere profissionais das áreas de economia, administração e ciência da informação, entre outros. A única especialidade obrigatória na equipe é um estatístico. Com estas e outras iniciativas, cria-se o ambiente para permitir diagnósticos precisos e possibilitar o planejamento estratégico adequado ao Judiciário.

Também, segundo relatório do Ministério da Justiça – Secretaria de Reforma do Judiciário – disponibilizado no site dessa Pasta (“Diagnóstico do Poder Judiciário”), no ano de 2003 deram entrada no Poder Judiciário 17,3 milhões de processos. Foram julgados 12,5 milhões, ou seja, um percentual de 72% em relação ao número de feitos ajuizados. Naquele ano (a que se refere a pesquisa) o estoque de processos pendentes de julgamento teve um acréscimo de 4,7 milhões³⁶.

³⁶ Disponível no site: www.planalto.gov.br - link do Ministério da Justiça/Reforma do Judiciário, acessado em 29 de maio de 2006.

De outra sorte, dos mais de 48 milhões de processos que se acumulavam nas prateleiras da primeira instância do Judiciário no país em 2006, 11,3 milhões foram julgados de forma definitiva naquele ano. O restante (76,36% das ações) continuou afogado na morosidade do sistema judicial, aguardando decisões da primeira instância ou de tribunais de segunda instância, nos casos em que o autor da ação recorreu da decisão. O congestionamento foi maior nas varas estaduais, onde 79,92% das ações não tiveram julgamento conclusivo. Nas varas federais o índice foi de 75,69%, e nas trabalhistas, de 51,76%. Os dados, compilados pelo Conselho Nacional de Justiça - que faz o controle externo do Judiciário - foram apresentados ao Congresso pela ministra Ellen Gracie Northfleet, presidente do STF. Batizado de "Justiça em Números", o documento é atualizado anualmente.

Em comparação com a edição anterior, a taxa, que revela a morosidade na primeira instância, aumentou: em média 65,59% dos processos não foram julgados em definitivo em 2005. No entanto, o conselheiro Mairan Gonçalves, coordenador do levantamento, aduz que é perigoso comparar os dados de 2006 com o de anos anteriores. Na versão mais recente do estudo, os números teriam sido colhidos com mais precisão e metodologia diferente. Não há como se comparar os dados no momento. As outras edições do relatório serão revisadas para podermos traçar uma política para o Judiciário.

Um marcante exemplo negativo em Porto Alegre Uma ação reivindicatória de bem imóvel (um terreno localizado no bairro Partenon, inserido na região conhecida como "Campo da Tuca"), tramita há 24 anos no Foro Regional do Partenon, de Porto Alegre, sem que, até hoje, tenha havido sentença de primeiro grau. Amontoam-se nos autos, desde 1984, petições protelatórias, intimações sem resultados, citações inócuas, diligências que nada acrescentam. Desde 13 de dezembro de 2007 é aguardada a devolução de um mandado. Quando foi proposta a ação, havia no local cerca de meia dúzia de pequenas construções. O excessivo tempo sem solução fez com que hoje existam centenas de pessoas, famílias inteiras vivendo no local. Gerações se sobrepõem ao terreno, e as últimas, por certo, até desconhecem a origem das terras que pisam e/ou habitam. Ao processo estão apensadas algumas ações de usucapião, que igualmente não foram julgadas. Há também contestações apresentadas pelos réus no processo principal, alegando prescrição aquisitiva. Em 1994 foi realizada audiência de instrução e julgamento,

colhendo-se prova oral. Já foram apresentados memoriais. No ano de 2001 foi juntado o laudo de perícia feita no local, com resposta a todos os questionamentos necessários para o julgamento da lide. Inicialmente o Demhab ingressou na lide, demonstrando interesse na área reivindicada. Em 1985 foi elaborado um decreto pelo prefeito municipal declarando o dito imóvel de utilidade pública e de interesse social para fins de desapropriação. Tal intervenção estatal somente serviu para obstacularizar e adiar a solução do feito, não tendo sido efetivada a desapropriação, não havendo tampouco indícios dela. Após a instrução do feito, foi expedido ofício à Prefeitura Municipal para que se manifestasse sobre o interesse do feito; as respostas foram negativas (Proc. nº 10500326375)³⁷.

Nessa seara, a Associação dos Advogados de São Paulo - AASP - publicou na Revista do Advogado uma análise sobre a “Reforma do Judiciário”, com participação de profissionais do Direito. O Juiz Antonio de Pádua Ribeiro, ex-Presidente do Superior Tribunal de Justiça, fez importante análise do “Judiciário como Poder Político do Estado”, acentuando que cumpria refletir sobre esse Poder no próximo século, sob a ótica dos magistrados. Fixa, como meta, tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, e não hesita em reconhecer que o Estado está em crise, e a sua atuação em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Chega, ainda, a uma de suas conclusões básicas, de que “é preciso repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido de efetividade dos direitos e da cidadania, na certeza de que justiça lenta e da qual tem acesso apenas parte da população, é injusta” (Revista de Estudos Avançados da USP, vol. 14, n. 38, janeiro/abril/2000, p. 291/297). Cumpre transcrever o que pode ser uma síntese de toda a contribuição do citado autor à ciência jurídica atual:

A preocupação que se deve ter presente é a de afastar o sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiceiro. Ou seja, dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania. (Revista de Estudos Avançados da USP, janeiro/abril 2000, p. 300-301)

Antônio Cláudio Mariz de Oliveira desenvolve argumentação sobre o que ele chama de visão política da Reforma do Judiciário, sublinhando que “não são

³⁷ http://www.oablondrina.org.br/noticias.php?id_noticia=9843. Acesso em 09/04/2008.

apenas de ordem interna as causas responsáveis pelo déficit da justiça em nosso país”. Saliencia ainda que, “a origem dos males desse ensino remonta à década de setenta quando os governos militares passaram a priorizar o econômico, em detrimento do social”. Conclui que [...] “Reformar o Judiciário é também adequá-lo ao quadro sócio-cultural, institucional e econômico reinante. Sua inserção no contexto da realidade constitui uma ação política imprescindível e impostergável”. (Revista do Advogado, nº 56, setembro/99, p. 8-11)

De igual forma, o Juiz de Direito em São Paulo, do 2º Tribunal de Alçada Civil, Dyrceu Aguiar Dias Cintra Júnior, lembra que:

Há um fator cultural que prepondera no alijamento do Judiciário do centro das decisões do Estado. A tradição discursiva dos bacharéis, sua linguagem arrevesada e a falta de objetividade dificultam o trabalho de todos. Gasta-se muito tempo com questões periféricas e formais. Os juízes e demais operadores do direito não têm formação voltada para aplicar o saber jurídico de modo a atender a demanda da sociedade contemporânea, que é fragmentada, heterogênea, em transição. (Revista do Advogado – Reforma do Judiciário: uma visão Política, n. 56, setembro/99, p. 32)

Por sua vez, o advogado Walter Ceneviva, ex-Conselheiro e ex-Vice-Presidente da AASP, citando o ex-Ministro e ex-Presidente Carlos Mário da Silva Veloso do Supremo Tribunal Federal, alinha dados que impressionam:

Há dez anos, indicava-se a existência de 350.000 processos submetidos a 4.300 juízes brasileiros. Um decênio depois, são referidos 8.500.000 processos na Justiça Nacional, para cerca de 13 a 14.000 magistrados aproximadamente. A média nacional de juiz por habitante, somadas as várias Justiças constitucionais, é de um cargo da primeira instância para 19.200 habitantes e um juiz para 25.100 habitantes. O Poder Judiciário de São Paulo tem hoje cerca de 40.000 servidores. São os milhares de integrantes da estrutura de apoio aos 2.000 magistrados, à razão de 20 por juiz, aproximadamente. [...] A partir dos dados supracitados, é possível fazer uma projeção matemática do que poderá vir a ser o quadro estatístico do número de processos judiciais por juiz no Brasil. No ano 2010, teríamos cerca de 200 milhões de processos para um número hipotético de 45.000 juízes. Ou seja, se hoje temos uma média de 600 processos por juiz, na próxima década essa média poderia passar a ser de mais de 4.000 processos/juiz. E esse quadro poderá ser ainda pior se o número de magistrados não aumentar de acordo com as projeções referidas. (Revista do Advogado – Reforma do Judiciário: uma visão Política, n. 56, setembro/99, p. 110/111)

Alerta também Sálvio de Figueiredo Teixeira, que os jurisdicionados desconhecem a real dimensão da problemática do abarrotamento do Poder Judiciário. O autor observa que, no Brasil, tem um juiz para cada 25 mil a 29 mil

habitantes. O Supremo Tribunal Federal julga mais de 40 mil processos por ano, e o Superior Tribunal de Justiça, mais de 100 mil, e que igualmente congestionadas estão as instâncias ordinárias”. (Revista Consulex, ano V, nº 112, 15 set. 1996, p. 38)

A esse respeito, outros dados alarmantes são apresentados por BRYANT GARTH:

Nas Justiças Federal e Estadual, tramitam em torno de 8 milhões de processos (a metade do que corre nos foros de São Paulo), enquanto a Justiça do Trabalho, somente no ano de 1994, recebeu 2 milhões de novas ações. Em março de 1997, o Tribunal Superior do Trabalho convocou dez juízes de Tribunais de segunda instância para, em tour de force, cooperar no julgamento dos processos que se acumulavam no TST: cerca de 100.000 ações trabalhistas. [...] na década de 80, o total alcançou 9 milhões de feitos. Esse mesmo número emplacou nos cinco anos iniciais da década de 1990, de acordo com o Instituto Liberal. (1999, p. 2-3)

No que se refere ao funcionamento do Poder Judiciário, o que se constata é que “não há programa político de modernização institucional, que não se refira, em termos maíores ou menos cadentes, à necessidade de modernizar a Justiça brasileira”, afirma Marco Maciel em Discurso sobre Arbitragem. (Revista Empresa Brasil, nº 31, p. 12)

Segundo dados constantes da citada revista, o Brasil pediu por Justiça 12,07 milhões de vezes em 2002 – é este o volume de ações propostas nas diversas instâncias do Judiciário, na União e nos Estados. Nos últimos doze anos, o brasileiro bateu 113,7 milhões de vezes às portas dos tribunais, como aponta o Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário. De 2000 para cá, foram 3,5 milhões de ações, média de 1 milhão por mês, trinta mil todo dia. [...] Baseado em rastreamento feito por um economista – informa o advogado Ricardo Tosto, na mesma matéria – estima que o peso da Justiça morosa alcança anualmente, valores equivalentes a 2% ou 3% do produto interno bruto (PIB).

Observou, ainda, Régis de Oliveira, em 1997, que o cidadão distancia-se da justiça por vários fatores:

Alheamento ao seu centro geográfico de interesses, desconhecimento do cidadão sobre seus direitos, morosidade da decisão, alto custo da prestação jurisdicional; questões estas que se agravam por faltarem, segundo dados do Supremo Tribunal Federal, cerca de 28% dos juízes do País. (1997, p. 66-67)

Percebe-se que o aumento da demanda é um dos maiores problemas que atinge o Poder Judiciário nos dias de hoje. Walter Ceneviva aduz que o povo está distante da justiça por causa “[...] do grande número de feitos submetidos à mesma justiça e ainda que o congestionamento – sinal mais exterior da grande crise - impede que qualquer processo tenha andamento normal”. (1994, p. 259)

Nesse sentido, Sálvio de Figueiredo Teixeira faz referência à pesquisa de opinião encomendada à Salles Inter-Americana de Publicidade pela Escola Paulista de Magistratura, que exterioriza a crença da sociedade brasileira de que a justiça é:

Velha e antiquada, distante do povo, elitista, refletindo privilégios, não confiável, lenta, acomodada, cerceada, não acessível, não transparente, burocrática, não informatizada, desatualizada, ineficiente, desrespeitosa ao cidadão, instrumento eficaz de punição apenas para os pobres etc. (1994, p. 117)

Adriana S. Silva adverte que o desgaste do acesso estatal à justiça coaduna-se com a crise do Poder Judiciário hoje, uma vez que vem acumulando vários problemas ao longo do tempo (2005, p. 110). Já Adel Al Tasse ressalta que não se poderia falar em crise do Judiciário, vez que sempre esteve em crise e nunca correspondeu às expectativas da sociedade:

O Judiciário brasileiro não está em crise, e meros paliativos não são suficientes para fazê-lo funcionar novamente. É o modelo de Justiça brasileira que já não serve mais. Não se aceita mais o tipo estrutural do Estado brasileiro, que afasta o povo da administração da justiça, concentrando todo o poder nas mãos daquele que, desde o Brasil colônia, detém o poder político. (2001, p. 43-44)

Acrescenta-se mais um fator à crise, além de todos os outros problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, conforme JOSÉ RENATO NALINI:

O perfil da autoridade judicial é responsável pela entrega da tutela jurisdicional, pois o juiz é treinado para vivenciar os dogmas de inércia, imparcialidade e neutralidade e, analisa com uma só dimensão de tempo, o passado, permanecendo imerso em uma realidade meramente virtual. Esse modelo de Judiciário não é mais compatível com a realidade atual: uma realidade instável, iníqua, contraditória, caracterizada por fortes desigualdades sociais e por uma explosão de litigiosidade, em que há o impedimento do acesso de parcela significativas da população aos tribunais, devido aos altos custos processuais, que, por sua vez, acarretam o comprometimento da efetividade dos direitos fundamentais. (2000, p. 53)

Ainda, segundo ARNOLD M. ZACK:

Entre muitos problemas enfrentados pela maioria das nações está o crescimento da negação de prestação jurisdicional para um número crescente de cidadãos. Em muitos países, isto se justifica pela opressão governamental. Mas mesmo em nações democráticas, há uma crescente lacuna entre os direitos dos cidadãos e a capacidade de assegurar direitos. Nos Estados Unidos, o problema pode ser determinado pelo alto custo da representação legal, o crescimento da complexidade e litigiosidade dos processos legais e os recursos financeiros limitados dos cidadãos, teoricamente protegidos por essa legislação. (*apud* MARTINS, 1999, p. 1)

Daí dizer que o Poder Judiciário não acompanhou a evolução dos tempos e, como afirma Walter Ceneviva, alguns chegam a falar no esclerosamento da Justiça (1994, p. 259). Já Dalmo de Abreu Dallari observa que, no Poder Judiciário, as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos, vez que “a organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século” (1996, p. 5). Revela ainda que, o mais grave é a mentalidade do Judiciário, “que é antiquada e abriga a idéia que tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais”. (1996, p. 5)

Necessário observar ainda que fatores externos ao Judiciário também dificultam o acesso efetivo à justiça, apesar de não ter como agente causador direto o Poder Judiciário, ou seja, aqueles ligados indiretamente às partes, que se concentram em questões de recursos financeiros, de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, de desinformação e, ainda, em questões de ordem psicossocial.

Percebe-se que todos os fatores estão interligados, pois um fator é gerador de outro, agravando ainda mais a obtenção de uma prestação jurisdicional justa. Desde 1974, Luiz Olavo Baptista já informava que “as queixas com a despesa, o tempo consumido na decisão judicial e uma justiça excessivamente formal, lenta e cara formavam a chamada crise do Judiciário”. (*apud* SANTOS, 2001, p. 68)

As influências dessas idéias levaram a Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais a reconhecer, de modo explícito, no texto do art. 6º, § 1º, que “A Justiça que não cumpre com suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível”.

A natural ânsia dos indivíduos por justiça acabou por tornar lenta a máquina judiciária, dificultando, assim, o acesso à justiça e a tão esperada

prestação jurisdicional. No caso, uma justiça que leva uma década ou mais, entre a propositura da ação e final satisfação do direito, certamente, não estará cumprindo o preceito constitucional que assegura a distribuição da justiça. Justiça tardia é a negação da justiça. Como diria Rui Barbosa³⁸: “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

1.6 JUSTIÇA COEXISTENCIAL - UM NOVO CONCEITO DE JUSTIÇA - E A HORA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Desde o início da história da humanidade, tenta-se encontrar um conceito em comum de justiça. Uma idéia presente absolutamente em todos os seres humanos e que, paradoxalmente, a nenhum foi possível dizer o que vem a ser.

À idéia em nós arraigada do que vem a ser correto, dá-se o nome de justiça; ao ideal julgamento perfeito chama-se, igualmente, justiça; dar a cada um aquilo que é seu é fazer justiça.

Segundo Norberto Bobbio justiça é um conceito normativo, “é um fim social, da mesma forma que a igualdade e a liberdade, ou a democracia ou o bem-estar e [...] efetivamente a maior dificuldade é a de defini-la em termos descritivos”. (1992, vol. 1, p. 660-661)

Impregnada dos conceitos de justiça, a escola do direito natural, no dizer de Hans Kelsen afirma “existir uma regulamentação absolutamente justa das relações humanas que parte da natureza em geral ou da natureza do homem como ser dotado de razão”. (1997, p. 21)

Para Aristóteles, o direito natural “seria o senso de justiça contido na idéia de cada um e que tem validade universal, independente do lugar” (BOBBIO, 1997, p. 33). Já para Santo Tomás, o direito natural “emanava diretamente de Deus, que estabeleceu tanto as leis que regulam o movimento dos corpos, quanto as que determinavam as condutas humanas” (BOBBIO, 1997, p. 37). E, para Locke, “a lei natural é descoberta pela razão, depois de criada pela vontade de Deus”. (BOBBIO, 1997, p. 111)

³⁸ BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Disponível em: www.jahr.org./nel/rui/index.html. Acesso em 02/07/2007

Para os naturalistas, portanto, o direito natural seriam regras diretamente ligadas a Deus ou alguma entidade imaginária, o que associa o conceito de justiça novamente a outros abstratamente considerados.

Para José Renato Nalini a positivação dos direitos naturais “eliminou o conflito entre a lei eterna e universal e o direito posto. Tornou os bens da vida assegurados em declarações que tomaram a formulação que ainda subsiste, a partir do século XVIII, mais consistentes, mais cogentes e permanentes”. (2000, p. 42)

A história, entretanto, mostra-nos que há leis injustas, e quanto os sofismas foram usados como instrumento de injustiça. Justiça, pois, não se liga a conceitos meramente descritivos ou taxativos, posto que o justo para uns pode não ser para outros.

A justiça, no dizer de JOHN RAWLS:

É a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade é para o pensamento. Uma teoria que, embora elegante e econômica, não seja verdadeira, deverá ser revista; da mesma forma, leis e instituições, por mais eficientes e engenhosas que sejam, deverão ser reformuladas ou abolidas se forem injustas. (1981, p. 27)

Por ser tema bastante complexo, a justiça continua com definição aberta e em plena evolução. José Geraldo Souza Júnior³⁹, citando Castoriadis, afirma que “uma sociedade justa não é a que estabelece leis justas definitivamente, mas a que assegura condições para que a questão da justiça esteja sempre aberta ao debate”.

Ademais, o conceito de justiça muda de uma sociedade para outra, moldando-se à sua necessidade, incorporando vários sentidos ao longo do tempo. Jair Gonçalves reforça que “pela importância que tem, [...] o termo justiça é uma das palavras que mais foge à univocidade” (2001, p. 25). Em seu artigo, o autor traz alguns dos sentidos atribuídos ao termo justiça:

A justiça cósmica compreende a organização de tudo por uma única lei, em que cada coisa tem seu lugar e sua finalidade no Universo; a justiça divina advém da vontade de Deus, ser que rege tudo, e que tudo levou à perfeição. Com o Cristianismo, há a idéia do homem justo que é medido por sua fé; a justiça universal compreende a plenitude da bondade moral das pessoas, em que se adquire a perfeição por meio da participação da vida divina pela vida humana; a justiça particular, por sua vez,

³⁹ Cfr. José Geraldo Souza Júnior. Judiciário e contemporaneidade. Disponível em: www.solar.com.br. Acesso em 05/02/2007

materializada na expressão 'dar a cada um o que é seu' segundo o direito, concretiza a inclinação da vontade humana; na justiça objetiva, em oposição a essa última, há a atribuição de dar a cada um o que lhe pertence, por um agente exterior ao sujeito desse direito; há, ainda, a justiça funcional ou institucional, pela qual a realização e execução da justiça emana do conjunto de órgãos jurisdicionais e administrativos; e por fim, a justiça social, justiça como princípio de valor, norma, critério ou fim que regula a vida dos membros da sociedade, conforme as concepções desta mesma sociedade, dentro das idéias de bem comum, liberdade, legalidade, ordem, etc. (GONÇALVES, 2001, p. 25-26)

Indubitável também é a indissociável ligação entre justiça e direito. Este, em atendimento aos anseios sociais, deve estar o mais próximo possível daquela. Não há sociedade justa sem o mínimo de regras que regulem as condutas de seus participantes.

Conforme lição de Tércio Sampaio Ferraz Junior, "o problema que se enfrenta é de saber se existe alguma forma de razão, totalizadora e unificadora, que seja para o direito uma espécie de código doador de sentido" (1995, p. 350).

Sendo o direito o complexo de regras legítimas, encontramos sua fonte axiológica na sociedade, posto ser as leis a expressão (ao menos idealmente) da vontade coletiva. A justiça, no sentido axiológico, é compreendida como um valor. Qualquer que seja o conceito que se buscar para justiça, necessário será uma valoração. Como especifica Jair Gonçalves, a justiça deriva da essência do homem e só é alcançada quando visualizada em um contexto de dar a cada um o que lhe é devido. (2001, p. 32)

Visando atingir suas finalidades, para as quais foi criado, o Estado repartiu suas funções, entregando-as a três órgãos distintos na tradição do pensamento constituído por Montesquieu⁴⁰. Esses órgãos devem atuar de forma independente, mas harmônica, porquanto o equilíbrio e o inter-relacionamento entre eles é de fundamental importância para a eficiência da soberania, emanada pela atuação dos três poderes dentro das esferas de suas atribuições⁴¹.

Nessa visão da divisão tripartite dos poderes do Estado, ao Legislativo cabe principalmente a incumbência de elaboração das leis que venham atender e traduzir os reclamos e os anseios da sociedade, sem ferir os princípios e as normas

⁴⁰ Para uma análise da teoria da divisão dos poderes: MONTESQUIEU. Espírito das Leis. Tradução Cristina Muracho. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

⁴¹ Daí o princípio constante do art. 2º do Texto Maior ao pontificar que os poderes são independentes, mas harmônicos entre si, evidenciando a existência de um sistema de controle de contra-pesos.

constitucionais. Ao Executivo incumbe administrar, obedecendo aos preceitos legais e ao Judiciário é acometida a função de aplicar o direito aos casos concretos⁴².

O direito que, em regra, brota desse poder estatizado, busca disciplinar a convivência dos homens em sociedade. Sua tarefa vai além de disciplinar conduta, pois também cria instrumentos ou mecanismos capazes de resolver os conflitos decorrentes das relações dos indivíduos em sociedade. Para isso, lança mão de meios jurídicos hábeis à composição das disputas originárias do embate de interesses e pretensões conflitantes dentro do modelo do Estado Democrático de Direito, já que o conflito é inerente à vida em sociedade.

Como na própria lei está contido um necessário valor – integrante da tridimensionalidade do direito, junto ao fato e à norma⁴³ – este pode se modificar com o passar dos tempos. Como se sabe, o que é honesto hoje, pode não mais ser amanhã. O justo motivo do presente pode não ter sido o do passado. A lei é a mesma, porém, a valoração social do seu elemento subjetivo pode vir a ser amoldado com o passar dos tempos.

Pode-se dizer que, “a lei vai variando de sentido em função de múltiplos fatores, sendo um deles quando se altera a tábua dos valores de aferição da realidade social”. (REALE, 1998. p. 171)

Há casos, extremos é verdade, em que o juiz pode (e deve) contrariar o disposto na lei suprimindo a falta de lei justa para o caso. Isto deve ocorrer, obviamente, quando existir sentimento assente neste sentido por parte da coletividade.

E, como afirma Eduardo Couture, "o direito não é um fim, mas um meio. Na escala dos valores, não aparece o direito. Aparece, no entanto, a justiça, que é um fim em si, e a respeito da qual o direito é tão-somente um meio para atingi-la" (1979,

⁴² Todavia, é preciso não perder de vista que o exercício dessas funções pelos três poderes não se dá de forma exclusiva, pois todos eles no plano da realidade exercem outras funções além daquela que lhe cabe de forma precípua.

⁴³ A teoria apresentada pelo prof. Miguel Reale foi muito bem recebida e amplamente difundida pela comunidade jurídica, pela excelência de suas proposições e pela verificação de sua aplicabilidade científica. Consiste na análise de três elementos integrantes da ciência do direito, quais sejam, o fato, o valor e a norma. O primeiro é um acontecimento que gera efeitos sociais e pede regulamentação, tendo em vista o grau de interferência nas relações sociais. Depois de ocorrido este fato, ele passa pelo crivo da sociedade que, através de seus representantes, elabora a norma jurídica. In: REALE, Miguel apud Montoro, André Franco. Introdução à ciência do direito. 22ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 284.

p. 39). E, em célebre assertiva assevera: "teu dever é lutar pelo direito, porém, quando encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça". (1979, p. 38)

A justiça parece um paradoxo, bastante subjetiva e ideológica, pois o que pode parecer justo para uma pessoa pode não o ser para outra, compreendendo Jair Gonçalves que ela emana de uma proporcionalidade de valores, com o objetivo de chegar a uma igualdade, como observa:

Em suma, a justiça exige a realização dos valores sociais que caem dentro do âmbito do jurídico e guarde a proporção harmônica que requer a estrutura hierárquica dos valores. Uma relação jurídica supõe uma situação participante de uma multidão de sentidos ou conexões estimativas que têm relação com o Direito, visando sempre à busca da igualdade. Nos elementos de uma vinculação social se encarnam vários valores; a justiça exige que o Direito regule essa situação de tal maneira que entre as concretizações de valores encarnadas em cada sujeito se realize a proporcionalidade que existe, objetivamente, entre esses valores. (2001, p. 34)

Gibbard, interpretando o pensamento de John Rawls, em seu livro Teoria da Justiça, acredita que:

[A] Justiça [é] como um sistema de cooperação de escala social que se apóia nesse sentido restrito de reciprocidade ou de equidade. A justiça consistiria na equidade nos termos que governam um sistema de reciprocidade das dimensões da sociedade. O sistema consiste em cada pessoa dar apoio à estrutura social básica e dela retirar benefícios. O cidadão de uma sociedade bem-ordenada é motivado a reciprocitar benefícios e essa motivação geral torna-se a motivação para se conformar às normas que ele considera equitativas. (VITA *apud* FELIPE, 1998, p. 67)

Tal concepção é denominada por Gibbard "justiça com reciprocidade", surgindo como alternativa à "justiça como benefício mútuo" e à "justiça como imparcialidade". (VITA *apud* FELIPE, 1998, p. 67)

Ressalta ainda Olinto A. Pegoraro que, para J. Rawls "a justiça não será nem aristotélica (justiça como virtude) e nem Kantiana (a justiça como direito), mas [sic] será um princípio fundante e ordenador da sociedade". (PEGORARO *apud* FELIPE, 1998, p. 335)

Entende-se que o direito deve acompanhar as transformações experimentadas na sociedade, em permanente adaptação às mudanças no relacionamento entre os homens. Busca, assim, a constante atualização dos operadores do direito em perene aplicação da justiça. A partir de um momento histórico em que a lei não mais representa, em seu sentido, a vontade real da

sociedade, deve a ciência do direito, criar mecanismos de expulsão de determinado comando de seu ordenamento, para a criação de outros que melhor irão atender aos anseios da sociedade.

Em conseqüência, os estudiosos do direito processual têm procurado nas últimas décadas formas ou métodos alternativos para a solução dos litígios individuais ou de massa e, concomitantemente, hábeis a produzir efeitos mais rápidos sem descuidar dos valores segurança e justiça na solução da lide, capazes de gerar o menor reflexo negativo possível de insatisfação entre as partes.

A técnica processual vai-se agitando, com vista a adaptar-se às exigências sociais e políticas que atuam sobre o sistema processual e lhe cobram o cumprimento de seu compromisso com o Estado e com a própria sociedade. Tal é o efeito da revisitação que vai sendo feita aos institutos processuais tradicionais e à sua técnica, na busca de soluções novas para velhos problemas. E assim é que vão surgindo soluções reveladoras de uma sensibilidade social antes inexistente. São as medidas de abertura da via de acesso à justiça. (DINAMARCO, 2003, p. 276-277)

A força das tendências metodológicas do direito processual civil moderno dirige-se com grande intensidade para o pleno acesso à ordem jurídica justa, à efetividade do processo e à pacificação dos conflitos. Importa menos dar a cada um o que é seu, do que promover o bem de cada um, através do bem comum da sociedade, tratando o indivíduo como membro desta e procurando a integração de todos no contexto social, sucedendo-lhe o impulso doutrinário no sentido da molecularização do direito e do processo⁴⁴. (DINAMARCO, 2003, p. 340-341)

Na mentalidade do processualista, o que mudou foi a sua atitude em face das pressões externas sofridas pelo sistema processual: ele quer que o processo se ofereça à população, se realize e se endereça a resultados jurídico-substanciais, sempre na medida, pelos modos e mediante as escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política.

Nesse sentido, José Cretella Júnior se posiciona dizendo que o instituto da arbitragem é:

⁴⁴ Cfr. Barbosa Moreira, duas vezes, indicou tendência do direito processual a *transmigrar* “de uma atmosfera ideologicamente impregnada do liberalismo individual”, “para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social, com a conseqüente necessidade de novas formas de tutela” (Cfr. “Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80”, p. 69). Disse ainda, “a crescente pressão do *social* no mundo do processo impele-o ao reajuste dos instrumentos de tutela, ou ao fabrico de novos, para atender de modo conveniente a interesses, de relevância cada vez maior, que ultrapassam o nível individual para entender com a vida de comunidades amplíssimas” (id., ib., p. 75).

O sistema processual de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem, de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida. (Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, abril/junho, 1998, p. 65)

A esse respeito, Sálvio de Figueiredo Teixeira em conferência proferida no seminário A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla aduz que:

A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho. Desde o final do século passado, vem-se construindo um novo perfil, alicerçado na prevalência do interesse social sobre o individual. Daí exigir-se um Judiciário mais participativo e ativista, na busca de uma sociedade mais justa, humana e solidária, contando para isso com instrumentos processuais mais eficientes, a exemplo da ação civil pública, das ações coletivas, dos juizados especiais. Mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a atividade estatal, priorizando o social. Se assim é, não há também porque excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça oficial não tem dado abrigo satisfatório. (Revista Consulex, jan., 1997)

Joel Dias Figueira Júnior assevera que o aparecimento desses fenômenos é ótimo indicativo da tendência acentuada da “ampliação de formas extrajudiciais de solução de conflitos como instrumentos legais à disposição daqueles interessados em evitar a intervenção estatal no campo da realização da justiça” (1999, p. 116), vez que a justiça tradicional originou-se de uma cultura ocidental que, nos dizeres de Mauro Cappelletti, tem como escopo “anunciar um vencedor e um vencido, obtendo, disso, um fator negativo: a dissolução do vínculo social, sobretudo em grupos de convivência permanente (vizinhança, bairro, igreja, família, trabalho etc.)”. (*apud* CONCEIÇÃO, p. 111)

Verifica-se então, nos dias atuais, uma nova idéia de justiça, a justiça coexistencial que, “no âmbito do Poder Judiciário, compreende a resolução da totalidade da lide com a preservação das relações interpessoais e sociais” (SILVA, 2005, p. 88). Nesse sentido, preleciona Joaquim Tavares Conceição que “essa nova idéia afasta da justiça tradicional muitos conflitos para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas”. (2000, p. 108)

Esse novo conceito de justiça, ou seja, a justiça coexistencial, advém do contexto de que, pela via tradicional de solução de conflitos, não se tem

manifestado como a melhor forma de satisfazer as pretensões. Nesse sentido, explica Cláudio Vianna de Lima: “tendente à obtenção de consenso, antes do que uma condenação, evitando o acirramento de ânimos entre pessoas que tenham por persistir convivendo, coexistindo na mesma comunidade, no mesmo seio”. (1994, p. 21)

Nesse diapasão, MAURO CAPPELLETTI traduz:

[...] Embora nos dois últimos séculos, pouco mais ou menos, as civilizações ocidentais tenham glorificado o ideal de lutar pelos direitos de cada qual (o famoso *Kampf ums Recht* de Jhering), conviria admitir que, em certos setores, um enfoque diferente a que costumo chamar “Justiça coexistencial” – pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à Justiça, a ser alcançada através da implementação de métodos alternativos de solução dos conflitos. (CAPPELLETTI *apud* CONCEIÇÃO, 2000, p. 108)

Em tal contexto, antes da luta pelo Direito, que é inerente à justiça tradicional, deve-se lutar pela equidade, como adverte J.S. FAGUNDES CUNHA⁴⁵:

Por uma solução justa e aceitável por todos os contendores. Nessas situações [de necessidade de manter as relações interpessoais], aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão [no passado], deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes.

A justiça coexistencial pois, se preocupa com a conservação das instituições integrais, que está mais destinada a remendar o litígio do que a decidir e definir, ou seja, “aliviar as situações, vislumbrando um valor maior: a preservação de um bem durável, da convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas” (SILVA, 2005, p. 89). Nesse sentido, aponta LUIZ FERNANDO FRANCESCHINI que:

Procurou-se substituir a chamada justiça contenciosa pela dita justiça coexistencial baseada em formas conciliatórias que se destinam a minimizar a contenciosidade inerente à relação processual, em prol de decisões equânimes e razoáveis para todos os envolvidos, com a clara intenção de projetar a convivência para o futuro. (*apud* 1999, MERCADANTE e MAGALHÃES, p. 26)

⁴⁵ Cfr. CUNHA, J.S. Fagundes. Da mediação e da arbitragem endoprocessual. Disponível em: www.uepg.br/rj/a1v1at16.htm Acesso em 06/11/2007

Entretanto, a opinião pública, acomodada a certo quadro institucional necessita de tempo para aceitar a mudança da realidade, acostumando-se com o novo, reconhecendo-o como um valor e, assim, assumindo-o como um bom critério para o exercício da liberdade de optar. Os valores culturais fazem parte do mundo interior do homem, orientando sua evolução e somente uma retrospectiva, motivada por um processo de mudança cultural, é capaz de alterar essa configuração de valor interna do indivíduo. A esse respeito, Lèvy Bruhl reverencia o pensamento de Émile Durkheim que:

Em grande parte que a norma de direito deixa de aparecer como algo de imutável e de quase sagrado. Durkheim mostra que ela é variável e móvel como o são os grupos humanos, cujas aspirações ela expressa mais ou menos perfeitamente. Essa concepção, nova para a época, aproxima o direito da realidade, e o faz sair do esoterismo no qual até então se vira confinado. O direito, manifestação da vida social, como a linguagem, a arte, a religião, etc., não pode ser encarado diversamente dessas outras atividades da sociedade, com as quais mantém relações estreitas. (1997, p. 97-98)

Haverá sim, o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação da cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 56-57).

Cândido Rangel Dinamarco, anteriormente ao advento da Lei nº 9.307/96, já reconhecia a fragilidade do Estado no cumprimento da função jurisdicional, afirmando que:

Justifica-se a rígida distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo de atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Se o poder estatal é exercido, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem. (1987, p. 585)

A vida em sociedade, repita-se, sobretudo a contemporânea, gera conflitos intersubjetivos e de massa, os quais exigem decisões rápidas e eficientes, levando com freqüência os aplicadores da norma sistematizada a agirem casuística e pragmaticamente.

Vê-se, noutra perspectiva, que o homem criador das instituições pode alterá-las, assumindo, em conseqüência, uma correlata mudança de hábito. Tal mudança constitui, assim, um processo cultural. O professor Peter L. Berger, da Rutgers University lembra que:

Biologicamente privado de um mundo do homem este constrói um mundo humano. Esse mundo naturalmente é a cultura. [...] A cultura, embora se torne para o homem uma segunda natureza, permanece algo de muito diferente da natureza, justamente por ser o produto da própria atividade do homem. Suas estruturas são, por conseguinte, inerentemente precárias e predestinadas a mudar. (1985, p. 19)

Quando se fala de acesso à justiça sob a ótica do acesso ao Judiciário, deve-se pensar uma justiça eficaz, acessível a todos aqueles que dela necessitam e em condições de dar imediata e efetiva resposta às demandas. No Brasil, a crise de identidade e de legitimidade que atravessa o Judiciário, é fruto das contradições da cultura jurídica nacional, baseada numa racionalidade técnico-dogmática, fundada em procedimentos lógico-formais e que, sob falsa retórica formal, já não tem mais condições de responder e nem mesmo acompanhar o ritmo das transformações sociais e as especificidades dos conflitos coletivos cada vez mais complexos e massificados.

Estudando as origens da institucionalização, os professores Peter L. Burger e Thomas Luckmann lembram que “Toda atividade humana está sujeita ao hábito. Qualquer ação frequentemente repetida torna-se moldada em um padrão, que pode em seguida ser reproduzido com economia de esforço.” (1999, p. 77).

O professor Batista Martins, em seu artigo “A hora dos meios alternativos de solução de conflitos”, sublinha relevantes aspectos culturais: “Contudo os atuais e arcaicos padrões de cultura e conduta, como por certo os hábitos, devem ser revistos e readaptados”. E, noutra perspectiva, ainda salienta: “Destarte, a missão essencial do advogado não é litigar. [...] Cabe a ele prevenir os litígios assegurando ao cliente meios não judiciais de resolução e prevenção do embate”. Conclui ainda que: “É esse o escopo mais revelante da jurisdição. [...] que embasa a cultura da advocacia reparadora dos tempos atuais”. (Jornal Tribuna do Direito, agosto de 1999. p. 18)

Outro aspecto a considerar é que cultura é o encontro de certos valores, com uma mentalidade social específica. Por isso é que apenas copiar modelos institucionais alheios é alienante, porque desvia o instituidor da análise

crítica de sua própria realidade, pois, numa perspectiva antropológica, “a cultura abrange as relações do homem com o mundo natural, com seu mundo subjetivo e com outros homens que com ele convivem. E isso se dá no contexto das instituições sociais”. (SANTOS, 2001, p. 80)

O professor Regis de Moraes da Universidade de Campinas, situa no século XX a formulação do que chama de ‘conceito técnico da cultura’, por ele considerado como “um enunciado mais completo, elaborado e preciso; aquilo que se torna inerente à nossa vida, de tal modo se faz em uma nossa segunda natureza”. (1992, p. 21)

Por outro prisma, o professor Galeno Velhinho Lacerda na Conferência publicada na Faculdade de Pelotas sob o título de “Processo e Cultura” sustenta que:

O processo é um fato social. Consiste, sumariamente, no comparecimento espontâneo ou forçado de determinados indivíduos perante um órgão do Estado, com o duplo fim de obter-se a solução de um conflito de interesses, mediante a definição do direito e, em consequência, restabelecer-se a harmonia social. [...] A instituição existe quando determinados indivíduos se reúnem para um fim comum que, em certo sentido, a eles transcende, embora lhes diga respeito, e os fins do processo são a solução da lide e o restabelecimento da paz social. O processo na verdade espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização. (Revista de Direito Processual Civil, 1961, p. 74-75)

É oportuno lembrar que a jurisdição estatal – exercida pelo Poder Judiciário – está de alguma forma interiorizada em cada um dos brasileiros. Nesse sentido, STUART HALL esclarece que:

A identidade é definida historicamente e não biologicamente. O sujeito assume identidades diferentes em diferentes momentos; identidades que não são unificadas ao redor de um ‘eu’ coerente. Dentro de nós há identidades contraditórias empurrando em diferentes direções, de tal modo que nossas identificações estão sendo continuamente deslocadas. (1998, p. 13)

As questões sobre a eficiência do sistema judiciário surgiram do modo de repensar os institutos e dos meios para se fazer efetivo o assecuramento dos novos direitos, tendo como ponto inicial a enorme demanda no Judiciário, levantando-se, inclusive, possíveis modificações e reformas em todo o aparato judicial. A simplificação do direito é outra reforma a ser adotada, pois no momento em que a lei se torna mais compreensível, “acaba sendo mais acessível às pessoas

comuns, tornando mais fácil a satisfação das exigências para a utilização de determinado recurso jurídico por parte das pessoas” (Cappelletti & Garth, 1998, p. 156). Ainda, observaram que:

Inicialmente [...], esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. (1998, p. 71)

De igual forma, defende-se a presença do Poder Judiciário, de forma conjunta com a sociedade, para fiscalizar e implantar centros integrados de mediação, conciliação e arbitragem, visando dar maior credibilidade, divulgando maciçamente a utilização desses mecanismos, para cada vez mais serem inseridos nas grandes discussões, tanto no campo comercial quanto empresarial. Inclusive no âmbito internacional, onde a dinâmica das relações empreendidas exige rapidez e celeridade na solução dos litígios. Essa possibilidade, de maneira alguma, implicaria na diminuição das atribuições do Poder Judiciário, que mantém incólume sua competência constitucional. Por sinal, quando a arbitragem diz respeito a organismos estrangeiros, a sentença arbitral, para ter validade no Brasil, sujeita-se à apreciação do Superior Tribunal de Justiça⁴⁶, com aplicação dos preceitos estabelecidos nos artigos 483 e 484, ambos do Código de Processo Civil, *in verbis*:

CAPÍTULO III DA HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Art. 484. A execução far-se-á por carta de sentença extraída dos autos da homologação e obedecerá às regras estabelecidas para a execução da sentença nacional da mesma natureza.

Sendo a arbitragem espécie de justiça privada e sendo o árbitro (artigo 18 da Lei 9.307/96) “juiz de fato e de direito” (embora não integrante do Poder

⁴⁶ Competência modificada pela edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, pois anteriormente a competência era do Supremo Tribunal Federal.

Judiciário), exerce ele jurisdição sob certa perspectiva, no sentido lato, na medida em que contribui para a pacificação social, dirimindo conflitos de interesses. (TEIXEIRA, 1997, p. 30)

A crise em que se debate o Poder Judiciário, incapaz, por inúmeros motivos, de atender à totalidade dos reclamos da sociedade pela prestação jurisdicional, sobretudo no que tange ao direito empresarial decorrente da integração econômica, é um dos maiores incentivos ao estabelecimento de novas alternativas de resolução dos litígios, entendendo Eduardo Silva da Silva serem, na verdade, os canais titulares ou principais para tal espécie de demandas (2003, p. 186). Nesse diapasão, lembra Michele Taruffo que “há um repertório de métodos para resolver conflitos e que se deve escolher o instrumento mais oportuno para eliminar controvérsia”⁴⁷. (1998, p. 13)

Mister se faz a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos, em direção a um único quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional que o Brasil tem vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados, que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil, através da rápida e eficiente solução dos conflitos intersubjetivos, coletivos ou difusos dos jurisdicionados. No entanto, para que se obtenha êxito concreto, a mentalidade social precisa ainda mais adaptar-se aos novos tempos e às exigências hodiernas, procedendo-se à reavaliação e à reorganização da jurisdição pública. Necessário, ainda, facultar às partes a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para solução de conflitos (princípio universal da autonomia da vontade) envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, através da atuação de terceiro, ou de terceiros, estranhos ao litígio, mas de confiança das partes em divergência, por isso, denominados árbitros, segundo se verifica no regime arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96.

1.7 ARBITRAGEM: INSTRUMENTO EFETIVO DE ACESSO À JUSTIÇA

⁴⁷ A autora preleciona ainda que: “Vários fatores influem nesta escolha, como elementos éticos, familiares, critérios de funcionalidade e eficiência, o que pode levar que a arbitragem possa ser preferida. Trata-se, portanto, de uma questão de escolha entre os vários tipos de solução de conflitos, alguns mais adequados que outros diante do caso concreto”.

Desde o final do século XX, revela-se uma constante preocupação da comunidade jurídica com o direito do cidadão de buscar, no âmbito do Poder Judiciário, a solução para a entrega rápida da prestação jurisdicional, hoje erigida, em nosso ordenamento legal, como direito substancial de caráter individual ou coletivo. A eficácia da prestação jurisdicional, ao lado da rapidez, tem sido também uma garantia do cidadão e se consagra, como de natureza elevada, no corpo de qualquer Carta Magna.

O denominado direito constitucional à jurisdição tem sido defendido, no campo doutrinário, como sendo o mais fundamental das obrigações estatais, cujo relevo é incontestado para que o indivíduo veja garantidos todos os seus direitos reconhecidos normativamente. Essa a razão pela qual a doutrina contemporânea tem se preocupado, com forte intensidade, em abordar o tema e em difundir as idéias construídas a respeito, no sentido de sensibilizar o Estado para o cumprimento dessa suprema garantia do direito do cidadão.

Geralmente faz-se uma associação direta entre o acesso à justiça e o acesso aos tribunais. Porém, nos dias de hoje, essa visão não mais satisfaz. Esse acesso formal, através do processo, perante os órgãos do Poder Judiciário onde se identifica o problema e se diz o direito como forma de realizar justiça, não é, na atualidade, o melhor modelo e, muito menos, aquele que proporciona um maior acesso à justiça. Hoje é preciso uma acepção mais ampla que proporcionar aos cidadãos um acesso, não apenas aos tribunais e ao resultado da prestação jurisdicional, desenvolvido pelo Estado, mas a uma ordem jurídica justa.

O professor Joel Dias de Figueira Júnior analisa o que chama de “A crise de jurisdição estatal e a reengenharia da jurisdição”, em termos que sugerem transcrição:

Alguns motivos mais decisivos para a chamada crise judiciária ou da jurisdição pública, são todos ligados às profundas modificações ocorridas neste último quartel de século nas órbitas social, econômica e jurídica - ou crise do processo. Necessária a reavaliação e a reorganização da jurisdição pública. Necessário ainda, facultar às partes a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, segundo se verifica no novo regime arbitral, instituído pela Lei nº 9.307/96. (1999, p. 14)

A adoção de métodos alternativos como forma de resolução de conflitos está de acordo com os princípios e modelo atual de Estado, em que o cidadão é o centro

dos interesses da sociedade e, conseqüentemente, seu voluntarismo passa a ser elemento político dentro de políticas públicas de soluções de conflitos. Vem sendo um meio eficaz de suprir as exigências da sociedade atual, que necessita de um meio ágil e eficaz de solução de conflitos ante à pouca efetividade da tutela jurisdicional e dos obstáculos que o cidadão encontra para ter acesso à justiça. Nessa perspectiva, WARAT assevera que:

Faz-se necessário perceber que, a justiça acompanha a evolução do Homem dentro de suas necessidades, resultantes da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica, sendo necessária uma adaptação, eis que faz parte de qualquer processo evolutivo o aumento da procura por soluções eficazes, as quais podem ser obtidas não apenas por meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes, através de meios alternativos. (2001, p. 79)

Ao utilizar-se da via alternativa, o cidadão obterá a solução de seu conflito, porém, se não ocorrer o cumprimento do acordo deverá socorrer-se do poder estatal para que este faça uso de sua autoridade e monopólio da coação ⁴⁸ (Hauriou, 1971, p. 143), ou seja, compelir as partes ao cumprimento cabe ao Estado, através do Judiciário e da execução forçada.

Assim, retirar do Estado a possibilidade de dizer o direito não retira dele seu poder ou fere sua soberania, muito pelo contrário, a confirma, pois é por autorização dele que estes mecanismos se tornam possíveis e é por intermédio de sua autoridade que se aceita tornar possível seu uso e se confere força às suas resoluções, traço característico da soberania, que é o uso da força. Este sim, permanece com o Estado⁴⁹ (FUR, 1937 *apud* Machado, 1971, p. 166), que detém

⁴⁸ “O poder do Estado implica o monopólio da coação material - No sentido moderno da palavra, o Estado tem existência a partir do momento em que concentrou em suas mãos, sobre os senhores feudais, todo o poder de coação material (forças armadas, forças de polícia etc.)”.

Em certos aspectos, o essencial do Poder Público reside neste monopólio da coação material sem o que o Estado mesmo seria uma forma vazia de sentido. [...] O monopólio da coação organizada amplia de uma maneira considerável o poder que corresponde ao Estado de criar regras de direito, pela certeza que dá de sua obediência. Por último, a soberania do Estado, [...] é a tradução deste monopólio da força armada e da coação organizada, no sentido de que os governantes estão situados em uma posição dominante, no plano da eficácia, tanto com relação aos chefes das outras agrupações existentes no quadro do Estado (sindicatos, associações etc.), como com relação aos governantes de outros Estados”. (tradução livre) VERDE, Giovanni. *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'arbitrato secondo la Legge*. 28/1983. Nápoles: Jovene, 1985, p. 168

⁴⁹ “[...] A soberania dá a noção exata do Estado, sendo-lhe o critério, distintivo por excelência [...]. Segundo o pensamento de *Louis Le Fur*, a soberania é conceituada como uma decisão de última instância garantida pelo monopólio da coação, mas condicionada pelos princípios superiores do Direito e pela esfera de competência do Estado”.

seu monopólio⁵⁰ (BORJA, 1995, p. 99), que possui a organização e o poder necessários para aplicá-la. Não pode, de forma alguma, delegá-la aos demais órgãos ou entregá-la a órgãos privados, devendo fazê-lo através do Judiciário⁵¹. (TEMER, 1991, p. 172)

A Lei de Arbitragem significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado. O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição, exorcizando o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional.

A arbitragem caracteriza-se como instrumento processual constituído de princípios, que se harmoniza com as exigências de desenvolvimento econômico, financeiro e social, presentes na atualidade, em que o tempo passou a ser fator considerado preponderante na realização dos negócios, por exercer influência positiva ou negativa em seus resultados.

Nessa seara, afirma José Augusto Delgado que a arbitragem constitui um direito processual de quarta geração, representando também, um direito subjetivo fundamental do cidadão, que:

[...] decorre da interpretação sistêmica da Constituição Federal, quando se vincula a mensagem contida em seu Preâmbulo, na parte que prega a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, com os arts. 1º, incs. I e III, e 5º, inc. XXXV, da mesma Carta Magna. (Revista Jurídica, Porto Alegre: Editora Síntese, ano 49, nº 282, abril/2001)

⁵⁰ Na lição de Célio Borja encontramos que: “[...] A execução, sim, é verdadeiramente de natureza política, porque pressupõe o ato de autoridade, o comando de uma vontade privilegiada e superior, a relação hierárquica entre o magistrado que ordena e o jurisdicionado que cumpre, enfim, o poder de impor ao executado, que a ela resiste, uma prestação ou uma abstenção onerosa”. Em síntese, tenho que o objeto do monopólio do Estado é o emprego da força, não o conhecimento do Direito,[...] Como órgão do Estado, o que ele tem privativamente é o poder de impor a uma das partes do litígio uma certa conduta comissiva ou omissiva.” O júízo arbitral. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.125, jan./mar. 1995, p. 101.

⁵¹ Michel Temer expõe que os demais órgãos do Estado não detêm tal função, dizendo que: “nem assim podem tais órgãos do Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, a entregar ou não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência [...]. Em síntese: a força das instituições estatais é colocada à disposição do Judiciário para fazer valer as suas decisões”.

Diante do que, é hora de abrir os horizontes e trilhar caminhos alternativos, visualizando-se, pois que, pela arbitragem, ter-se-á uma maior amplitude do acesso à justiça, amoldando-se às exigências do bem comum.

Ressalte-se que ao Poder Judiciário cabe velar pela legalidade e, sobre múltiplos aspectos, pela aplicação e interpretação da Lei nº 9.307/96. Noutra perspectiva, acrescenta-se que a objetivação de um instituto (a arbitragem) constitui-se num processo social, que pode ser retardado ou estimulado, segundo a atuação dos agentes humanos com ele relacionado e, na criação do hábito da arbitragem, importante é a orientação que os advogados e os operadores do direito derem a seus clientes, quanto à opção pelo processo arbitral. (SANTOS, 2001, p. 78)

Outro aspecto a considerar é que as instituições de uma sociedade - que têm uma origem comum e estão ordenadas a um mesmo fim social - devem ser solidárias umas com as outras e agir numa linha de mútuo respeito e de busca da eficiência, em função dos objetivos para os quais foram criadas. É o que se espera da coexistência institucional entre o Poder Judiciário e a arbitragem. Cumpre salientar ainda que instituição e hábito são conceitos que se inter-relacionam. Se os hábitos costumam preceder as instituições, estas, por sua vez, em busca de estabilidade, estimulam certos comportamentos para torná-los habituais, como parte de um processo de legitimação. (SANTOS, 2001, p. 78)

A arbitragem, como instituição, segundo o professor Paulo de Tarso Santos começa a funcionar em harmonia com o Poder Judiciário que, como um dos Poderes Constitucionais, tem amplas e importantes funções que vão além das controvérsias de direito privado. (SANTOS, 2001, p. 79)

Além do que o legislador cuidou de submeter ao Judiciário qualquer medida coercitiva, como a execução de sentença ou o processo cautelar, que seja objeto de requerimento num juízo arbitral. Por outro lado, ao Poder Judiciário foi conferida a função de conhecer da ocorrência de qualquer ilegalidade na aplicação da arbitragem em controvérsias específicas. O legislador teve, assim, a preocupação de harmonizar, plenamente, as atribuições da arbitragem com o perfil institucional do Judiciário. (SANTOS, 2001, p. 79)

A arbitragem surge, promovendo a autonomia do indivíduo, induzindo-o ao pleno exercício de sua cidadania e à concretização da democracia. Vem como um meio eficaz de suprir as exigências da sociedade atual, que necessita de um meio ágil e eficaz de solução de conflitos ante a pouca efetividade da tutela

jurisdicional e dos obstáculos que o cidadão encontra para o acesso à justiça, como adverte MARSHALL:

Devendo dar-se respaldo aos novos meios compositivos de conflitos numa perfeita concretização do justo, impedindo-se desta forma a injustiça legalizada, pois caminham lado a lado o Poder Judiciário e os mecanismos alternativos, devolvendo ao Estado a legitimidade perdida. (1967, p. 30)

A importância da arbitragem cada vez mais vem sendo defendida, uma vez que possui um caráter amplo, abrangendo relações entre os particulares, especialmente no âmbito comercial e internacional. A arbitragem conduz os envolvidos a uma solução rápida de seus problemas, e mais, promove o exercício eficaz da cidadania quando os leva a assumir a responsabilidade pela satisfação de sua necessidade na situação posta, e, conseqüentemente, o leva a participar na administração da justiça. O indivíduo exercita o seu direito, a liberdade, maior expressão da democracia. E o Estado, ao subtrair do Judiciário a competência de dizer o direito, faz uma afirmação de sua soberania, pois o direito aplicado à coerção necessária para cumprimento dos acordos, das sentenças, este sim é e continuará monopólio do Estado.

A mobilidade do capital cresceu, graças à agilidade dos meios de comunicação, que a cada dia estão mais velozes. Como poderia então este capital ficar atrelado ao Poder Judiciário lento e ineficaz? Nos Estados Unidos, por exemplo, grande parte das controvérsias são solucionadas fora do Judiciário, ficando este na retaguarda, caso os jurisdicionados dele necessitem. É seu dever ficar permanentemente atento ao desenvolvimento da sociedade, ouvindo e respondendo ao seu clamor, dando soluções satisfatórias e, por que não dizer, produzindo consideráveis precedentes e tendências a serem seguidas pela sociedade brasileira.

Está no próprio indivíduo o melhor caminho para obter justiça e, ao tomar para si, essa solução de forma pacífica, passa a exercer não apenas os propalados direitos de cidadão, mas assume também a ordenação da vida social, e auxilia a escrever os desígnios da sociedade. O objetivo da arbitragem é evitar que o Judiciário emperre, colaborando com o seu desafogamento e dando uma maior agilidade na solução das controvérsias, como ocorre no direito anglo-americano, que primeiro buscam resolver o problema através de um árbitro. Somente quando a

solução torna-se impossível é que se recorre ao sistema tradicional da prestação jurisdicional.

Daí que o regime da arbitragem é simplesmente mais um instrumento válido, colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos, de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição, bem como da jurisdição estatal. Justifica-se, pois, chamar os operadores do direito para repensar muitos dos conceitos existentes, fazendo frente aos conflitos de interesses. Seu principal objetivo são os contratos privados, podendo ser utilizado nas causas complexas e vultosas, inclusive nos contratos internacionais, em que o sigilo é imprescindível. Todavia, nada impede que também seja utilizada nas esferas particulares dos cidadãos, naquelas que nem chegam ao Judiciário.

Constata-se, pois, a importância não só da sumarização das formas e das tutelas de urgência, em suas mais variadas formas, o complexo contexto sócio-jurídico do acesso à justiça, como também dos métodos ou técnicas diferenciadas ou alternativas de solução de conflitos, como elementos indispensáveis desse movimento, cuja filosofia reflete exatamente, nos dizeres de Mauro Capelletti, "... a tentativa de adicionar uma dimensão social ao Estado de Direito, de passar do *Rechtsstaat* ao *socializer Rechtsstaat*, consoante proclamam as mais avançadas Constituições europeias (francesa, alemã e espanhola)..." (RePro 74/96)

Em 1995 antes, portanto, da Lei nº 9.307/96, CEZAR FIÚZA sustentava que:

A arbitragem no Brasil não é problema legal: o que mais pesa é a questão cultural. [...] por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. Realmente, não fosse o aspecto cultural, seria difícil compreender o desuso do instituto (da arbitragem) em nosso país. (1995, p. 217-218)

Assim, apesar da distribuição da justiça ser da competência do Judiciário, através dos juízes e tribunais, visando à restauração coercitiva de um direito ameaçado ou violado, a lei abre uma exceção e permite que as lides inerentes a direitos patrimoniais sejam solucionados via arbitral. A esse respeito,

NELSON GODOY BASSIL DOWER, comentando o instituto da arbitragem, afirma que:

Contudo, a lei abre uma exceção a essa exclusividade: permite que a solução de lides e conflitos de interesses, desde que relativos a direitos patrimoniais, se façam pela forma privada, ou seja, pela autocomposição, através do chamado juízo arbitral, tal como está previsto no artigo 1.072, do Código de Processo Civil. (1996, p. 40)

Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior ressalta a necessidade de reavaliar e reorganizar a jurisdição pública e enfatiza a necessidade de facultar às partes “a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, segundo se verifica no novo regime arbitral instituído pela Lei nº 9.307/96” (1999, p. 14). E, certa relação de causa e efeito, entre o Judiciário, em crise, e a arbitragem, não é realidade só no Brasil.

Observa-se que o Estado-juiz, no mundo atual, globalizado, cibernético e veloz, através das comunicações instantâneas, tornou-se incapaz e ineficaz na resolução das questões a ele apresentadas. Razão pela qual é cada vez maior o oferecimento dos mecanismos menos tradicionais de solução de conflitos. A tendência mundial é coexistir ambas as formas de processo, devendo o Estado canalizar suas energias para dar pronto atendimento às questões, cujo caráter publicista seja relevante e daí possibilitar que questões de outra natureza sejam analisadas e decididas pela iniciativa privada. Nesse diapasão, ADOLFO ALVARADO VELLOSO aduz que:

Diante da necessidade de ordenar igualmente esses conflitos de interesses, o Direito, antes de chegar ao puro mecanismo coativo da intervenção inapelável do Poder Público, idealiza uma série de meios de conciliação que tratam de estabelecer, na medida do possível, a interrompida ordem de convivência social. Desse modo, não se desconhece nem se menospreza o labor augusto do juiz, como órgão da soberania do Estado, [...] reserva-se para aqueles casos em que, desgraçadamente, um tratamento amistoso não é possível nem sequer por esta via indireta, e se faz necessária a intervenção do império estatal. (1995/1996, p. 26)

Por todas essas razões, situa-se a arbitragem como um microssistema de resolução de controvérsias, integrante do amplo quadro de pacificação social, o qual, “conquanto capitaneado pelo Poder Judiciário, atende uma faixa própria de

demandas em função de suas peculiaridades e necessidades, fornecendo tutelas específicas para carências de determinados setores sociais”. (SILVA, 2003, p. 16)

Quanto à instauração da arbitragem, pode ocorrer de duas formas: num primeiro momento seria com consolidação contratual, oportunidade em que as partes, pela autonomia negocial que possuem, em consenso, inserem cláusula compromissória, específica, com esferas próprias, para a disciplina de seus interesses. Trata-se de convenção privada que objetiva gerar uma nova esfera de regulação dos interesses particulares quando do advento de controvérsias acerca da interpretação e execução do contrato que transporta. É importante que a cláusula arbitral seja clara com regras bem definidas não sujeita à dupla interpretação, de modo a facilitar a aplicação da arbitragem dentro dos limites da controvérsia.

A outra forma para a utilização da arbitragem dá-se pela livre negociação entre as partes no momento em que ocorrem as controvérsias. Neste caso, a controvérsia já existe e não há qualquer eleição de foro para a solução, mas são as próprias partes que desviam do procedimento judicial e optam pelo arbitral. Logicamente que, a aplicação da arbitragem somente ocorrerá se as partes livremente escolherem este método, levando-se em consideração os interesses pessoais e a probabilidade de vantagens percebidas com a forma procedimental.

Sem sombra de dúvida, a arbitragem, de acordo com o que dispõe a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, preenche o vazio cultural jurídico até então existente em nosso sistema processual. Dada a sua importância no cenário institucional processual, há de ser cultuada com intensa profundidade, a fim de se firmar uma cultura que leve os variados setores da sociedade a aceitá-la e nela confiar, para enfrentar os litígios sem a interferência do Judiciário. A possibilidade de sua utilização na solução das controvérsias, em larga escala, não pode ser descartada, mormente no Brasil, em que se reclama tanto da morosidade da justiça. Daí a inafastável conclusão de que nenhuma decisão judicial, por mais acertada que seja, sob o aspecto técnico-jurídico, é justa, se proferida depois de alguns anos de tormentosa espera, repleta de angústias e incertezas⁵².

⁵² O mais expressivo exemplo está na questão dos precatórios, alimentares ou não. Esgotada a instância de conhecimento da matéria, ou seja, após tornada irrecorrível a decisão de última instância, não raro a cargo do STF ou STJ, inicia-se a longa espera pelo cumprimento da condenação imposta à Fazenda Pública. O Estado de São Paulo, por exemplo, deve, em precatórios, mais de dez bilhões de reais (R\$ 10.000.000.000,00). Isso corresponde a 1/6 de sua receita bruta anual. Receber depois de dez ou doze anos o valor da condenação determinada judicialmente, após um processo que tramitou por cinco ou mais anos, corresponderá isso a uma “decisão justa”?

Pode-se dizer que a nova lei funcionou como verdadeiro exemplo de destruição criadora no campo do Direito, para utilizar-se a terminologia dos economistas. Em dez anos, realizou-se evolução que, em outros países, levou quase um século. Tudo mudou no campo da arbitragem. As estatísticas são eloqüentes. De um número insignificante de processos arbitrais, em 1996, ano em que foi promulgada a nova lei, passou-se para cerca de 4.000 arbitragem realizadas anualmente, das quais cerca de noventa por cento no campo trabalhista e do direito do consumidor, e as demais em questões comerciais, internacionais e domésticas.

Basta lembrar que, enquanto uma ação trabalhista leva longos anos para terminar, uma arbitragem na matéria é concluída num mês. Na justiça comum, sabe-se que as ações, até o trânsito em julgado, levam cerca dez anos. Numa arbitragem comercial, é possível obter-se solução em prazo que varia entre seis meses e dois anos, não havendo possibilidade de recurso. Mas a velocidade não é o único atributo da arbitragem, que se beneficia também da escolha dos árbitros pelas partes entre especialistas na matéria, da confidencialidade do processo arbitral, do seu informalismo e do espírito de cooperação que o inspira. Já se disse que a arbitragem é um instrumento de paz social e de conciliação econômica.

Efetivamente, enquanto o processo judicial é uma espécie de guerra, que afasta as partes, a arbitragem tenta manter as relações entre as mesmas de modo que possam continuar a atuar em conjunto, nos contratos de longo prazo, quer como fornecedores e clientes, quer como sócios.

O sucesso da arbitragem no Brasil, repita-se, deve em grande parte à posição dos juizes. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da lei. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, facilitou a homologação das decisões arbitrais estrangeiras, aplicando, de imediato, a nova lei, admitindo a convenção de arbitragem tácita, definindo mais adequadamente a ordem pública e consagrando a arbitrabilidade dos conflitos nos quais uma das partes é sociedade de economia mista.

Finalmente, os juizes de primeiras instâncias e os tribunais estaduais passaram a apreciar as decisões arbitrais com menor formalismo, só decretando a sua nulidade em raros casos de violação do direito da defesa ou de suspeição de árbitros.

Já no plano internacional, a inclusão da convenção de arbitragem nos contratos facilita as relações comerciais, atrai os investimentos e dá maiores garantias aos contratantes, permitindo inclusive a redução dos custos de transação.

O século XXI se caracteriza pela velocidade. Em virtude das novas tecnologias e da globalização, a solução dos litígios não pode eternizar-se. É preciso, todavia, que as decisões dos conflitos não sejam tão-somente rápidas, sendo imprescindível que também sejam eficientes e justas. Num mundo conturbado, com tribunais sobrecarregados, a arbitragem é a melhor alternativa para determinados casos, em que se podem obter soluções eficientes, justas e éticas. Eis o mérito da Lei nº 9.307/96⁵³.

⁵³ *Cfr.* Texto publicado na Folha de São Paulo, de 24/09/2006.

CAPITULO II - DA ARBITRAGEM

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM

“Trazei-me uma espada, ordenou o rei; e levaram-lhe a espada. E o rei disse: Cortai o menino vivo em duas partes e daí metade a uma e metade à outra. Então a mulher, de quem era o filho vivo, suplicou ao rei: “Ó meu senhor! Que lhe seja dado então o menino vivo, não matem de modo nenhum!”. Mas a outra dizia: “Ele não seja nem meu nem teu, cortai-o!”. Então, o rei tomou a palavra e disse: “Dai à primeira mulher a criança viva, não a matem. Pois é ela a sua mãe”.

(A Bíblia Sagrada: 1 Livro dos Reis - Capítulo 3: Versículos 24-28 - Salomão julga a causa de duas mulheres).

O instituto da arbitragem é uma das formas de resolução de conflitos mais antigas na história do Direito. Foi uma das primeiras formas de dirimi-los sem o recurso da força e da violência.

A história da arbitragem tem acompanhado o desenvolvimento da humanidade desde os tempos mais remotos, dos quais não se tem registro algum, sendo um dos institutos mais antigos. Suas primeiras utilizações acham-se na origem da humanidade, como se pode notar na Bíblia Sagrada, no Livro de Gênesis, Capítulo 31, Versículos 36 e 37, quando Jacó interroga Labão se achou algo em sua casa, dizendo:

Qual é a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Havendo apalpado todos os meus utensílios, que achaste de todos os utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e de teus irmãos, para que julguem entre mim e ti.

Posta assim a questão, observa Rozane da Rosa Cachapuz que a Lei de Arbitragem encontra suas raízes na Bíblia, na 1ª carta de Paulo aos Coríntios, capítulo 6, versículos de 1 a 6:

[...] que é isto que vocês quando têm alguma coisa contra outro cristão vão a justiça, e pedem a um tribunal pagão que decida a questão, ao invés de levá-la a outros cristãos para decidirem quem de vocês está certo? [...]

A origem da arbitragem, como meio de composição de litígios, é bem anterior à jurisdição pública, foi norma primitiva de justiça, na qual os primeiros juízes nada mais foram do que árbitros. O que se pode demonstrar, através da história, é o fato de que desde as civilizações primitivas já se buscava resolver os impasses com uma solução imparcial e amigável, através de pessoas de confiança mútua o que, em geral, recaia sobre sacerdotes, em face de suas ligações com as divindades e de acordo com a vontade dos deuses ou através dos anciãos (sábios), que conheciam os costumes dos grupos sociais. Essas intermediações constituíam a maneira mais louvável e acertada para resolver tais conflitos, de forma a impor o direito a uma civilização em que inexistia a imagem jurídica.

Paralelamente, com a transformação da sociedade, o uso da força, como utilizados nos primórdios, “olho por olho dente por dente”, começou a ser substituído por uma forma mais pacífica, a fim de solucionar os litígios existentes. Assim foi substituído pela figura do mediador, terceiro, imparcial, que, por escolha das partes, proferia a melhor decisão que lhe aprouvesse.

Consequentemente, a arbitragem tem escopo de resolução de conflitos, pois é “um instituto historicamente comprovado e largamente utilizado por vários povos, como forma pacífica de mediação, apto a solucionar os litígios, evitando, assim, o recurso de guerra (PINTO, 2002, p. 19). Foi dessa forma que, na era do Imperador Justiniano, a execução da sentença arbitral passou a ser legítima do Estado. Entretanto, caso as partes não cumprissem o laudo arbitral, o Estado interviria na relação e promoveria a execução. Todavia, caso fosse difícil executar a sentença, a intervenção também seria feita se existisse cláusula de penalidade no contrato firmado entre as partes, assim entendido:

As facilidades de comunicação proporcionadas pelas novas invenções, aliadas ao renascente e pujante comércio entre as metrópoles e as

colônias, vão resgatar a arbitragem como instituto modernamente apropriado às necessidades de uma nova era na inter-relação entre os indivíduos, as instituições e os Estados, onde os litígios tinham, por força dos prejuízos econômicos que representavam, de ser solucionados de forma ágil e desburocratizada. (PINTO, 2001, p. 24)

Tem-se notícia de soluções por arbitragem pública entre os babilônios e entre os heteus. E as contendas de direito privado resolviam-se com a formação de um Tribunal Arbitral. A história da Grécia é rica em exemplos de recurso ao laudo arbitral, pois a “prática da arbitragem era reflexo da própria religião grega, cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução de questões entre deuses e heróis através da presença de um terceiro chamado a intervir” (MUNIZ, 2006, p. 21), para dirimir os litígios causados por causa das fronteiras, vez que a Grécia era dividida em muitas *polis* independentes entre si, causadoras de inúmeros conflitos. Mais tarde, em 445 a.C., as duas maiores *polis*, Esparta e Atenas firmaram um tratado, no qual já continha o que hoje denomina “cláusula compromissória”, numa tentativa de solucionar, por via pacífica, os conflitos de interesses, no tocante aos limites de cada *polis*. Os compromissos especificavam o objeto do litígio e os árbitros eram indicados pelas partes. O povo tomava conhecimento do laudo arbitral gravado em plaquetas de mármore ou de metal e sua publicidade dava-se pela afixação nos templos das cidades.

Viajando um pouco mais na história, chega-se ao Império Romano com as novas conquistas, derivando grandes divergências entre o Império e as terras alcançadas. Nessa esteira, o método utilizado para resolver os conflitos era o *iudicium privatum-judez* (lista de nomes de cidadãos idôneos). Assim, as partes acordavam na escolha de um jurado, o árbitro, que proporcionava a solução de lides entre os Estados e particulares, relacionando-se através de interesse comercial. Segundo Rozane da Rosa Cachapuz, “o juiz era um jurado, e não um magistrado. Era uma pessoa convocada para conhecer o processo; alguém particularmente chamado para julgar um caso determinado. É, em princípio, escolhido pelas partes, dentre os Senadores”. (2000, p. 28)

Com Justiniano, porém, esse processo veio a complicar-se sobremaneira, em virtude de disposições legais, visando a regular a forma de julgamento, de suspeição, a forma de constituição, etc.

O juízo arbitral mereceu disposição expressa no *Digesto* (Livro IV, Título; Código Liv. II, Título 55), sob epígrafe “*De Receptis*”, e no Direito Justiniano, em idade pós-clássica (pacto de compromisso).

A arbitragem já era utilizada entre cavaleiros, barões, proprietários feudais e entre soberanos distintos, pois representava um caminho mais adequado para evitar-se uma confrontação bélica, isso na esfera do Direito Internacional Público, sem contar nos demais ramos do direito e do surgimento da arbitragem comercial, tendo em vista a citação de PLATÃO sobre os juízes eleitos que:

Os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos Tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo. (Platão, in *De Legibus*, Livros 6 e 12)

As ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas disciplinavam este sistema de composição dos conflitos. Através das Ordenações Filipinas, que continuaram a vigorar no Brasil, após a Proclamação da Independência, sendo certo que, a arbitragem era disciplinada no Título XVI, do Livro II, sob a rubrica “Dos Juízes Árbitros”. (MUJALLI, 1997, p. 30)

A Igreja Medieval valia-se da arbitragem e o poder jurisdicional da igreja se fundava nos poderes arbitral e disciplinar. O Código Canônico, promulgado em Roma, na celebração de Pentecostes, no ano de 1917, terceiro do pontificado do Papa, tratava na Seção II, título XVII, das formas de se evitar o juízo contencioso e, nos artigos 1929 *usque* 1932, previa o compromisso arbitral para furtar-se às contendas judiciais, submetendo-se, assim, à arbitragem, segundo as normas de direito ou a equidade. Visava antes de tudo, à transação⁵⁴.

O Código Canônico (*Codex Iuris Canonici*), promulgado pelo Papa João Paulo II, no Título III (artigos 1713 a 1716), dispõe sobre o “*de modus evitandi iuditia*”, ou seja, os modos de evitar os juízos.

Já o alcorão é a palavra de Deus, segundo os ensinamentos de *Mohammad Hamidulla*⁵⁵, revelada ao seu mensageiro *Mohammad* e dirige-se a toda

⁵⁴ Código de Derecho Canónico y legislación complementaria, 4ª edición, texto latino e versão castelhana com jurisprudência e comentários, por Lorenzo Miguelez Dominguez, Sabino Alonso Moran, Marcelino Cabreros de Anta. Prólogo de José Lopez Ortiz, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, MCMLII.

⁵⁵ Introdução ao Islam (Introduction to Islam), revisor da tradução, Professor El Hayek, Editora Alvorada, São Bernardo do Campo, São Paulo.

a humanidade, sem distinção de raça, religião ou época, e regula a vida do ser humano em todas as direções: espiritual, temporal, individual e coletiva.

A seu turno, a legislação alcorânica permite e até fomenta a autonomia judiciária das diversas comunidades, assim que os diversos grupos - cristãos, judeus, masdeítas e tantos outros - manterão seus próprios tribunais e juízes, aplicando suas próprias leis em todos os ramos do direito. Ensina, ainda, o autor que se as partes conflitantes pertencerem a comunidades distintas, uma espécie de lei internacional privada decidirá o conflito entre as normas. Ademais, a administração da justiça, entre os muçulmanos, prima pela simplicidade e rapidez.

O Alcorão não desconhece a arbitragem, assim que a 4ª Surata comanda que, se houver disputa entre marido e mulher, estes devem-se valer de um árbitro da família dele ou dela. Samir El Hayek, citado por Leo Fredja Szklarowski⁵⁶, comentando o versículo 35, diz que se trata de um plano excelente para ajustar as dissidências familiares. (2004, p. 52)

Após a Revolução Francesa, de 1789, que marca o surgimento do Estado Moderno, perdem as corporações de comerciantes a força que tinham – pois passaram a constituir-se em verdadeiros monopólios – sendo legalmente extintas.

Por sua vez, a Assembléia Constituinte como forma de contrabalançar os abusos praticados pela justiça real acolheu a arbitragem de forma obrigatória. Em 1876, a Bélgica adotou a arbitragem, agora respeitando seus traços característicos, como o da autonomia da vontade das partes para instituí-la e, a partir de então, esta disseminou-se na Europa e nas Américas, especialmente nos EUA. Daí que paralelamente à justiça estatal e à justiça internacional, ressurgiu, assim, o conceito de arbitragem no mundo.

2.1 DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Legalmente reconhecida no Brasil desde os tempos da colonização portuguesa, a arbitragem já existia como obrigatória. Melhor explicando, no Brasil Colônia, submetido então ao domínio espanhol no século XVII, obedecia-se às Ordenações Filipinas, que vigoraram até após a Proclamação da República e

⁵⁶ SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Arbitragem. Prática Jurídica. Ano III, nº 27, Brasília, Editora Consulex, 2004.

continham normas sobre juízo arbitral sempre condicionadas à homologação pelo Poder Judiciário. Também, já se tinha notícias sobre a arbitragem com o Assento de 10 de novembro de 1644, e ainda, o Decreto nº 353, de 12.07.1845.

No ano de 1824, a Constituição Federal da República Brasileira, em seu artigo 160, tutelava a utilização da arbitragem perante as causas cíveis, na qual as partes poderiam nomear juízes árbitros para resolverem suas lides, cujas sentenças eram executadas, sem recurso, desde que as partes assim convencionassem.

O advogado Petrônio G. Muniz narra fato de significativa importância, ocorrido durante o Império, acerca do litígio em que eram partes o Almirante *Lord Cochrane* e o Brasil. A arbitragem, por equidade, para deslinde do caso referente às presas de guerra, realizou-se em sete meses, enquanto que a Corte de Presas, absurdamente, levou meio século para tentar a solução do conflito, sem êxito. (CONSULEX, nº 26, maio/ 2004)

O Código Comercial, de 1850, prevê a arbitragem para as questões sociais entre os sócios, durante a existência da sociedade ou da companhia, sua liquidação ou partilha (artigo 294) e no artigo 245, todas as questões de contrato de locação mercantil deviam ser resolvidas pela arbitragem. No artigo 302, inciso V, está inscrita a forma de nomeação dos árbitros para decidir sobre dúvidas sociais.

O Regulamento 737 de 1850, conhecido como o primeiro diploma processual brasileiro codificado, regulamentava que as divergências surgidas nas relações comerciais eram dissolvidas pelo instituto da arbitragem, que poderia ser voluntária ou obrigatória. Na primeira, as partes escolhiam por decidir suas lides perante o juízo arbitral, enquanto a segunda advinha de contrato pré-estabelecido. Entretanto, era considerado contrário à natureza do instituto, por divergir da vontade das partes, revogado pela Lei nº 1.350, de 14.09.1866, sem contestação à época. (SILVA, 2004, p. 38)

Tendo o Brasil assinado o Protocolo de Genebra, de 1923 (Anexo 10), sendo um dos contratantes do “Código de Bustamante” e signatário, igualmente, da “Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial internacional” (Panamá, 1975, promulgada, finalmente, no Brasil, para ser executada e cumprida em 09.05.1996, DOU de 10.05.1996), os códigos unitários de processo civil de 1939 e 1973 adotaram a arbitragem em sua modalidade facultativa de “Juízo Arbitral”, pelo

qual as partes podiam submeter seu litígio a árbitro(s), mediante compromisso que os instituía, observados determinados requisitos.

De igual forma, o Código Civil de 1916, nos artigos 1037 a 1048, manteve a previsão da arbitragem voluntária, que aceitava o compromisso arbitral como forma única de estabelecer a utilização da arbitragem. Nesse documento, existiam requisitos e obrigações que deveriam ser observados e cumpridos, caso contrário, ocasionaria nulidade ao compromisso arbitral. O Código de Processo Civil, dos anos de 1939 e de 1973, tratava da arbitragem em sua modalidade facultativa de juízo arbitral, pelo qual as partes submetiam seus conflitos para que o árbitro determinasse a solução.

O Código de 1916, em seu artigo 1037, e, o Código de Processo Civil, em seu artigo 1072, tratavam do compromisso escrito da arbitragem. No Código de Processo Civil, acrescentou-se que as pendências poderiam ser de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação. (AZEVEDO, 2001, p. 202)

Com a Proclamação da República, os Estados-membros puderam legislar sobre matéria processual e, portanto, sobre a arbitragem. Os Códigos paulista⁵⁷, mineiro e baiano continham disposições sobre a arbitragem.

Na Constituição Federal de 1988, em seu Preâmbulo, o constituinte assim se pronunciou:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Percebe-se que, mesmo antes da Lei nº 9.307/96, no texto do Constituinte de 1988 já havia menção sobre a solução pacífica dos conflitos, assegurando, também, o exercício dos direitos constitucionais, através da arbitragem. A atual Constituição Federal de 1988 referiu-se sobre a Arbitragem em seu artigo 4º, inc. VII, bem como no artigo 114, § 1º.

⁵⁷ Livro III, do Código de Processo Civil e Comercial do Estado de São Paulo, Lei nº 2421, de 14 de janeiro de 1930, edição Revista dos Tribunais, 1930, organizado por Aristides Malheiros.

A Constituição Federal de 1988 aderiu aos tratados internacionais de que o país seja parte (artigo 5º, § 2º), não colidindo, por essa razão, com o juízo arbitral. No entanto, o instituto foi pouco propagado e utilizado no Brasil.

Porém, antes da edição da Lei 9.307/96, houve outras tentativas para sistematizar o instituto da arbitragem. Em outubro do ano de 1981, uma Comissão designada pelo então Ministro da Desburocratização apresentou ao Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, um anteprojeto de lei, com vinte e oito artigos, que adotava como critérios a utilização dos vocábulos “cláusula arbitral” e “pacto arbitral”. Este último designado para a formação do juízo arbitral, o que hoje é designado pela Lei atual como “compromisso arbitral”. O anteprojeto estipulava que o árbitro deveria sempre buscar a conciliação entre os litigantes. Várias críticas foram proferidas a esse projeto que sequer chegou a se transformar em projeto de lei.

Em 04 de junho de 1982 elaborou-se um anteprojeto de lei sobre arbitragem – Anteprojeto e Exposição de Motivos da Lei de Arbitragem: Projeto Beltrão (Anexo 3).

No ano de 1986, foi elaborado outro anteprojeto de lei, publicado no Diário Oficial da União em 27 de fevereiro de 1987, sendo expedida a Portaria nº 76/87 do Ministério da Justiça, para que o anteprojeto, como o de 1981, recebesse críticas e sugestões. O anteprojeto trazia erros, confundia arbitragem com arbitramento, equiparava o título executivo proferido no estrangeiro com o nacional, ferindo, dessa forma, a soberania nacional, ao afastar a homologação do laudo arbitral estrangeiro pelo Supremo Tribunal Federal, já que bastava que este estivesse autenticado, nos termos do artigo 585, § 2º, do Código de Processo Civil. Este também não vigorou pela falta de credibilidade.

Logo após, surge outro anteprojeto: Projeto Brossard, publicado em 17 de fevereiro de 1987 (Anexo 4). Em 1988, outro anteprojeto foi elaborado, tendo por objetivo disciplinar a arbitragem, com a alteração de dez artigos do Código de Processo Civil. Por esse anteprojeto, caberia recurso de apelo ao laudo arbitral, a ser julgado pelo Tribunal de Justiça. O árbitro, por sua vez, obrigatoriamente, deveria ser bacharel em direito. Foi apresentado para debates e discussões, através da Portaria nº 298-A do Ministério da Justiça, em 20 de junho de 1988. Também continha certas inadequações, como: a cláusula compromissória e o compromisso deveriam conter o objeto do litígio, sob pena de nulidade, o que não representava a melhor solução, uma vez que a cláusula compromissória representa unicamente a

convenção de que, surgindo qualquer litígio futuro e incerto, as partes submeterão sua apreciação ao árbitro. Portanto, é negócio jurídico condicional, que depende de outro evento, não havendo, dessa forma, como as partes, de antemão, preverem qual o objeto da arbitragem. Em face das inexatidões, corroborado pelo fato de que pontos importantíssimos foram relegados, como a homologação dos laudos estrangeiros, o anteprojeto foi arquivado. (CARMONA, 2004, p. 26)

Após essas tentativas, juristas estudiosos da arbitragem, inconformados com a não regulamentação do instituto, criaram em 1991 a “*operação arbitrer*”. A iniciativa da operação foi do Instituto Liberal de Pernambuco. Os juristas tinham por objetivo rediscutir os anteprojetos engavetados, procurando uma solução para a criação de um novo anteprojeto de lei, rápido e eficaz, sem a intervenção do Poder Judiciário. Em dezembro de 1991, foi também realizado o tratado denominado Protocolo de Brasília, que constitui o instrumento nuclear para o funcionamento econômico do MERCOSUL. Nesse tratado, há previsão de um sistema para a solução dos conflitos surgidos entre os países, havendo, inclusive, a previsão de um Tribunal Supranacional.

Antes da vigência da Lei de Arbitragem havia basicamente, dois obstáculos ao desenvolvimento da arbitragem no Brasil. O primeiro residia em que a cláusula compromissória, dispositivo contratual, onde as partes pactuam a solução de eventuais litígios por arbitragem, era totalmente ignorada na legislação brasileira. O desrespeito a essa cláusula não permitia execução específica de obrigação de fazer, resolvendo-se em perdas e danos. Assim, se alguém desrespeitava cláusula compromissória que havia assinado, poderia responder por perdas e danos decorrente de tal descumprimento. Porém, não poderia ser compelido a solucionar o conflito por meio da arbitragem.

O segundo obstáculo era o de que o legislador brasileiro, seguindo tradição do direito brasileiro, exigia que o laudo arbitral fosse homologado por sentença, a ser proferida pelo Poder Judiciário, passível, ainda, esta última, dos recursos inerentes. Com tal exigência, desapareciam praticamente todas as vantagens que o instituto da arbitragem apresentava, tais como o sigilo, o baixo custo, a celeridade. Portanto, o juízo arbitral, a não ser no período logo posterior à Constituição de 1824, dependia de confirmação, ao passo que a arbitragem, a partir da Lei nº 9.307/97, passou a não exigir sua homologação.

A comissão buscou novos subsídios nas legislações estrangeiras, em especial na legislação espanhola (Lei de Arbitragem Comercial da UNCITRAL – Anexo 8); nas disposições das Convenções de Nova Iorque e do Panamá (Anexos 11 e 12), surgindo desta maneira a Lei de Arbitragem sob nº 9.307, de 23.09.1996. Com essa lei altera-se profundamente a história da arbitragem no Brasil. Após diversas tentativas, frustradas, logrou aprovação no Congresso Nacional a iniciativa do “Instituto Liberal de Pernambuco”, que unindo-se ao empresariado e a instituições jurídicas nacionais, no Legislativo teve o alto patrocínio e inspiração do então Senador Marco Maciel, homem de fina sensibilidade política e sólida vinculação à comunidade jurídica.

Elaborado por uma comissão de juristas especializados na área, o Projeto nº 78/92, que na Câmara tomou o nº PLS 4.018/93 (Anexo 5), não só inova na matéria, mudando substancialmente o quadro até então existente, como também reflete o esmero científico que se lhe buscou dar, dentro de um figurino moderno, afinado com os modelos mais atualizados da técnica contemporânea e levaram-se em conta as diretrizes de organismos internacionais, dentre elas, as fixadas pela ONU (Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL), além das Convenções de Nova Iorque, em 1958, então firmada pelo Brasil.

Segundo Uadi Lammêgo Bulos, o projeto que culminou na Lei de Arbitragem, derivou do “estudo e empenho dos setores mais interessados da própria sociedade em levar adiante as novas idéias para a implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal”. (1998, p. 5)

A arbitragem no Brasil está regulada pela Lei nº 9.307, de 23/09/1996, revogando os artigos 1.037 a 1.048 do Código Civil e os arts. 101 e 1.072 a 1.102 do Código de Processo Civil, compondo-se de 7 capítulos e 44 artigos, alterando-se profundamente a história do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, onde adquiriu nova dimensão, fruto do anseio global da busca de outros mecanismos que exteriorizassem a justa, efetiva e rápida solução dos conflitos.

Não resta dúvida de que, a Lei 9.307/96 teve o inegável mérito de afastar os obstáculos acima elencados, estabelecendo que o juízo arbitral “é instância jurisdicional em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com

procedimento próprio e força executória perante tribunais estatais”⁵⁸. A decisão arbitral, hoje, possui o nome de sentença e produz, entre as partes e seus sucessores, o mesmo efeito da sentença proferida pelo Poder Judiciário e, em sendo condenatória, constitui título executivo judicial.

A Lei nº 9.307/96 é resultado de um programa de longo prazo, denominado de “Programa de Desburocratização Nacional”, introduzido em 1979, a partir da crença de que a arbitragem seria uma ‘alternativa’ à justiça estatal. Como resultado dessa lei, o instituto da arbitragem passou a ser aplicado no que toca ao seu regramento, igualmente, tanto na esteira nacional como na internacional.

Um terceiro e definitivo marco na história da introdução do instituto da arbitragem no Brasil foi o Decreto nº 4.311, de 24/09/02, que inseriu o Brasil na Convenção de Nova Iorque, principal acordo mundial sobre arbitragem, que trata do reconhecimento e da execução das sentenças arbitrais estrangeiras, depois da promulgação em 1996, da lei que reconheceu a validade jurídica da sentença arbitral, sem a necessidade de homologação pelo Judiciário, bem como em 2001, da manifestação do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a constitucionalidade do sistema arbitral⁵⁹.

⁵⁸ Corte Arbitral do Rio de Janeiro.

Disponível em www.cacb.org.br/mediação_arbitragem/textos_artigos.htm. Acesso em 08.01.2007

⁵⁹ A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM: Jurisprudência comentada. Artigo publicado no Repertório de Jurisprudência IOB, Volume III, nº 17 de setembro de 2004, p. 500 - André Camerlingo Alves é Advogado, Professor do Curso de Prática Civil da Escola Superior de Advocacia da OAB/SP.

“1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da Lei nº 9.307, de 23.09.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem — a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do Laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal — dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ — se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v. g. MS 20.505, Néri).

3. Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da

cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte — incluído o do relator — que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória — dada a indeterminação de seu objeto — e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei nº 9.307/96 (art. 6º, parágrafo único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, IX, do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade — aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).”

Comentário: Foi publicado no dia 30 de abril de 2004, no Diário da Justiça da União, o celebrado acórdão do Supremo Tribunal Federal que declarou a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem). Pela sua importância, essa decisão é hoje considerada um marco na história recente da arbitragem no Brasil. A nova Lei de Arbitragem trouxe inúmeras inovações, entre elas, principalmente, o enaltecimento da sentença arbitral, que antes tinha que ser homologada pelo Judiciário (o que não é mais necessário em se tratando de arbitragens nacionais), bem como a maior eficácia da cláusula compromissória. E o que há de relevante nesse acórdão é a análise dos efeitos da cláusula compromissória, que poderiam levar a uma suposta inconstitucionalidade, da forma como tratados pela nova lei se confrontados com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário previsto no art. 5º, XXXV, da CF. Isso porque pela Lei nº 9.307/96 a cláusula compromissória é, sem dúvida alguma, provida de absoluto caráter obrigatório. Assinado um instrumento com livre manifestação de vontade que contenha cláusula compromissória, na superveniência de algum conflito e em havendo intenção de sua solução, cria-se, de forma absoluta, a obrigação da parte interessada de se socorrer somente pela via arbitral, evitando-se o Judiciário. A cláusula que elege a arbitragem é de tal forma absoluta que, em se tratando de pessoas capazes que optaram por firmar um contrato com cláusula compromissória, a Lei nº 9.307/96 traz, em seus art. 7º, instrumento hábil a compelir a parte que estiver resistindo à instituição desse modo alternativo de solução de controvérsias a se sujeitar a um Tribunal Arbitral (mediante intervenção do próprio Judiciário). Assim, se uma parte tiver assinado um instrumento que contenha cláusula compromissória, na superveniência de algum conflito relativo a direito patrimonial disponível, não poderá ver sua lide resolvida pelo Poder Judiciário caso a outra parte insista no cumprimento da obrigação oriunda da cláusula compromissória. Esse absoluto caráter obrigatório da cláusula compromissória foi também enaltecido pelo art. 41 da Lei de Arbitragem, ao estabelecer que, se uma parte desrespeitar a cláusula compromissória e buscar o Judiciário por meio de processo de conhecimento para resolver conflito oriundo de seu contrato, a outra parte terá direito de exigir a extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267, VII, do Código de Processo Civil). A discussão sobre a força da cláusula compromissória capaz de impedir o encaminhamento de lides ao Poder Judiciário, o que aparentemente denota a inconstitucionalidade da arbitragem diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário, foi analisada pelo STF em caso por nós patrocinado, que resultou no acórdão em questão. Trata-se de um caso que se originou no início da década de noventa, quando nossa cliente, empresa brasileira, mantinha relacionamento comercial (Contrato de Comissão) com uma empresa suíça. Em razão de conflitos decorrentes desse relacionamento comercial firmaram, no dia 09.01.95, compromisso para realização de arbitragem ad hoc em Barcelona, Espanha. Em seguida, iniciou-se o procedimento arbitral e, quatro meses depois, no dia 08 de maio do mesmo ano foi emitido laudo arbitral que condenou uma das partes a pagar US\$ 332.000,00 de lucros cessantes; US\$ 700.000,00 por danos morais (prestígio comercial) e mais US\$ 200.000,00 a título de ressarcimento de despesas, valores esses acrescidos de juros anuais de 5,5%, desde 1º.01.95 até a data do efetivo pagamento. Para que pudesse ser cumprido o laudo arbitral estrangeiro, foi proposta, então, Ação de Homologação de Laudo Arbitral Estrangeiro. O Presidente do STF negou a homologação do laudo, sustentando basicamente que, conforme a Constituição Federal e o Regimento Interno do STF (RISTF), não havia à época, fundamento legal para homologar laudos arbitrais estrangeiros, mas tão-somente sentenças estrangeiras. Exigiu que o laudo fosse primeiramente homologado pelo Poder Judiciário espanhol (chancelado na origem por autoridade judiciária) para, somente depois, ser homologado no Brasil (dupla homologação). Foi, então, interposto agravo regimental contra essa decisão e, depois de comprovado que na Espanha

Diante do que, a Lei nº 9.307/97 não deixa margem a qualquer dúvida quanto à sua constitucionalidade, porquanto o artigo 25 comanda que, sobrevindo, no curso da arbitragem, dissensão acerca de direitos indisponíveis, de cuja existência ou não dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral mandará as partes para o juízo competente.

Mais recentemente, outros projetos importantes à respeito da arbitragem, a saber a Proposição do Projeto de Lei do Deputado Federal Sr. Carlos Alberto Leréia, que inclui entre os títulos executivos extrajudiciais os honorários do

não é possível requerer homologação pelo Judiciário de laudos arbitrais, vez que esse procedimento é desconhecido pelo ordenamento jurídico espanhol, em 10.10.96, o Ministro Sepúlveda Pertence deu provimento ao agravo, mas, com base nos arts. 176 e 177 do RISTF, no final da decisão, manifestou sua interpretação quanto à inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96, sustentando a inafastabilidade do controle jurisdicional. Para ele, a Constituição não permite vedar o acesso ao Judiciário de lide que uma das partes quisesse submeter-lhe (arts. 267, VII, e 301, IX, do Código de Processo Civil, alterados pela Lei de Arbitragem), tampouco forçar a outra parte a trilhar a via alternativa da arbitragem (art 7º da Lei nº 9.307/96). Ouviu-se, posteriormente, o Ministério Público Federal. O Procurador-Geral da República à época, Dr. Geraldo Brindeiro, emitiu majestoso parecer pela constitucionalidade da lei. Nesse parecer, destacou que: “[...] o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.” Os demais Ministros do STF, em seguida, tiveram vista dos autos e, por fim, em sessão plenária, a constitucionalidade foi declarada, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso arbitral - em ação judicial específica para essa finalidade, nos termos do art. 7º da Lei nº 9.307/96 — não ofendem o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Acertadamente decidiu o STF. Afinal, a arbitragem é uma opção, uma faculdade. Deriva de cláusula pactuada mediante livre disposição de vontade, pois como já dito, são ineficazes as cláusulas compromissórias firmadas de forma imposta ou mediante contrato de adesão. E como a arbitragem tem como objeto direitos disponíveis que, segundo Alcides Mendonça de Lima, são aqueles que podem ser exercidos livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência, não há, então, porque o Judiciário exigir que somente ele possa resolver conflitos sobre matéria objeto de arbitragem. Tanto é que muitas vezes conflitos de interesses são solucionados por acordo entre as partes, dentro ou fora do Judiciário. Não existe, nesses casos, a dicção do direito pelo Poder Judiciário. Enaltecer a força da cláusula compromissória é dar certeza e segurança ao que foi combinado e acertado entre as partes quando do contrato. É dar garantia à arbitragem, que vem sendo uma alternativa interessante, diante de suas inúmeras vantagens e da descrença crescente dos cidadãos na intervenção do Poder Judiciário para resolver seus conflitos: “de qualquer modo é evidente que a Lei nº 9307/96 e a recente decisão do Supremo constituem uma verdadeira revolução cultural nos meios jurídicos brasileiros, abrindo novas possibilidades para a solução de conflitos de interesses tanto internos, quanto externos... os empecilhos antes existentes, como a insegurança em relação aos efeitos da cláusula compromissória e as dificuldades decorrentes da necessária homologação das decisões arbitrais, foram superados pela edição da Lei nº 9.307/96 e pela interpretação dada pela Corte Suprema.”

árbitro quando fixados pelas partes no compromisso arbitral, e ainda, o Projeto de Lei do Deputado Federal Sr. Nelson Marquezelli, que regula o exercício das profissões de Árbitro e Mediador (Anexos 6 e 7).

Com relação à arbitragem de conflitos internos, quando presente a administração pública, nas licitações e nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, surgem, não obstante, algumas dúvidas, porque os bens públicos são indisponíveis. O Tribunal de Contas da União - TCU, conquanto tenha sentenciado ser inadmissível o juízo arbitral nos contratos administrativos, porque contrário aos princípios de direito público, admitiu que falta apenas a autorização legal e cita um julgado do antigo Tribunal Federal Regional – TFR, que dita textualmente não poder a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral, sem autorização legislativa (cf. BLC 9/93, Rel. Min. Homero Santos).

O Supremo Tribunal Federal - STF, contudo, julgando o “Caso Lage”, reconheceu a legalidade do juízo arbitral, ainda que em ações contra a Fazenda Pública, assentando que legítima é a cláusula de irrecorribilidade, que não ofende a Constituição Federal (Rel. Bilac Pinto, RTJ 68/382). O Superior Tribunal de Justiça - STJ decidiu: “Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genebra de 1923, vigente no Brasil, a cláusula arbitral prescinde de ato subsequente do compromisso e é por si só apta a instruir o juízo arbitral” (RE 616-RJ, Rel. Min. Evandro Gueiros, DJU, Seção I, 13.8.90. p. 7646).

O Ministro Carlos Velloso que votou pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem esclareceu que, como a lei trata de direitos disponíveis, as partes podem perfeitamente renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal, insculpido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição Federal, representando, pois, um direito à ação, e não um dever. (Cretela Neto, 2004, p. 21) O entendimento vitorioso do Supremo Tribunal Federal vem na esteira de julgamento semelhante nos EUA, há mais de meio século, pela *Supreme Court* americana, sendo ainda, a arbitragem utilizada pelo próprio Poder Judiciário como instrumento auxiliar de seus serviços, através do que se denominou nesse país de *Court-annexed arbitration*⁶⁰.

⁶⁰ Nos Estados Unidos é comum que os tribunais remetam, em alguns casos, à causa sob exame para a arbitragem. Daí se falar naquele país em arbitragem contratual ou judicial. Na primeira modalidade, as partes, mediante convenção de arbitragem, submetem a causa a um juízo diverso ao estatal. Na segunda, que se confunde com o sistema da *Court-annexed Arbitration*, é o próprio tribunal estatal que remete a demanda para o exame prévio da arbitragem, facultando às partes o reexame pelo juízo estatal e o pagamento de multa caso haja a confirmação da decisão daquele órgão alternativo.

Analisando a questão da constitucionalidade, há ainda a interpretação da garantia de acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88), que deve ser entendida de acordo com seu contexto histórico e social, compreendendo-se as razões e as finalidades que levaram à sua inserção no ordenamento jurídico, estabelecendo um confronto com o atual momento histórico. Ele surge no Direito Brasileiro em 1946, em reação ao regime ditatorial de Getúlio Vargas, com a missão de cortar a prática de exame sumário, sem respeito ao contraditório, ampla defesa ou ao devido processo e decisão final, por outros e sem permitir a apreciação do caso pelo Judiciário⁶¹ (Bastos, 1997, p. 198). Ou seja, como forma de controle dos atos do Executivo e Legislativo, através do Judiciário, salvaguardando os direitos individuais⁶². (JACQUES, 1967, p. 157)

A vedação refere-se a casos de “abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal”, como forma de proteger o cidadão de possíveis desvios dos poderes Legislativo e Executivo, não podendo estas autoridades proibir ao cidadão o acesso à jurisdição do Estado. Aos protegidos, é dado o poder de escolher, dentro do âmbito de sua liberdade, da autonomia da vontade, se utilizam essa prerrogativa ou não⁶³. (MARTINS, 1995, p. 31)

A iniciativa de submeter seu litígio ao Poder Judiciário ou optar pela via alternativa é facultado pela lei na medida e na importância que o desejarem, mas a lei não obriga a opção pela via alternativa, seja ela antes da ação ou no decorrer dela. Apenas afirma a liberdade de escolha dos indivíduos sem violar o direito de acesso; é o princípio dispositivo que norteia a atividade processual. Donde se conclui que a jurisdição do Estado só não pode ser evitada quando provocada, mas, se preferir a via alternativa, a vontade deve ser respeitada e tutelada pelo

⁶¹ Comentando o princípio constitucional Celso Ribeiro Bastos explica que ele é dirigido à lei: “Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”. Nesse sentido, ainda: Pontes de Miranda, Comentários à Constituição de 1967, pg. 109, t. V; José Cretella Júnior, Comentários à Constituição de 1988, v..I, p. 434 -435, e Pedro Antonio Batista Martins, Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92, Revista de Processo, São Paulo, nº 77, jan./mar. 1995, p.31.

⁶² Paulino Jacques ao comentar o art. 153 da Constituição de 1967, assim expõe: “O parágrafo 4º sanciona o judicial controle, através do qual o Poder Judiciário controla a legalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, em salvaguarda dos direitos individuais.”

⁶³ “O contido no art. 5º, inciso XXXV, deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente abuso nestes casos deve ser acionado. Ela visa socorrer ou proteger o cidadão de eventual abuso cometido pelo Executivo ou Legislativo, como, aliás, ocorre em qualquer democracia [...]. Às autoridades, pois, não são outorgados direitos de vedar aos cidadãos o acesso à tutela jurisdicional.”

Estado, em especial quando se tratar de direitos disponíveis sobre os quais as partes podem dizer como irão fazê-lo e como resolverão as questões.

Sustentar a inconstitucionalidade da arbitragem seria o mesmo que invalidar qualquer ato de resolução de controvérsias por renegociação, transação extrajudicial, confissão, cessão de direitos, sem a chancela do juiz. O Judiciário somente deve intervir se não houver possibilidades de solução pacífica para os litígios e de forma substitutiva, dentro ou fora do processo.

A faculdade de o cidadão provocar a jurisdição resta absolutamente incólume, haja vista que a opção pela arbitragem é mera faculdade que em nada prejudica o acesso ao Poder Judiciário. José Carlos Barbosa Moreira é enfático ao desmistificar que, ao se optar pelo processo arbitral, não se afronta o princípio do monopólio da jurisdição estatal: “o sistema não vulnera a garantia da inafastabilidade do controle judicial, contemplado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. (1997, p. 10)

Pode também a arbitragem ser submetida aos tribunais arbitrais qualquer controvérsia de origem civil, comercial e trabalhista que consistir direito patrimonial disponível (Cachapuz, 2000, p. 57), havida entre pessoas jurídicas ou físicas, capazes de contratar. Para tanto, é necessária a existência de convenção arbitral. Salienta-se ainda, a posição de Cintra, Grinover e Dinamarco que a arbitragem é admitida “sempre que não se trate de direitos intimamente ligados ao próprio modo de ser da pessoa, que sua perda a degrade a situações intoleráveis”. (2004, p. 31)

A Lei de Arbitragem não visa desafogar o Judiciário por causa do acúmulo de processos existentes nos tribunais brasileiros, mas se constitui num mecanismo complementar e apropriado para a solução de controvérsias, de questões mercantis ou comerciais, versando sobre direitos disponíveis⁶⁴.

A crise em que se debate o Poder Judiciário, incapaz por inúmeros motivos de atender a totalidade dos reclamos da sociedade pela prestação jurisdicional, sobretudo no que tange ao direito empresarial, decorrente da

⁶⁴ Cfr. CARMONA, 2004, p. 48: “Os direitos patrimoniais são aqueles de caráter particular que podem ser objeto de transação, de acordo com o artigo 841 do CC, são aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. Não estão em âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família, e, em especial, ao estado das pessoas (filiação, pátrio-poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito das sucessões, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, às obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes”.

integração econômica, é um dos maiores incentivos ao estabelecimento de novas alternativas de resolução dos litígios⁶⁵. O canal precípua para resolução de alguns tipos de controvérsias é aquele que mais adequadamente pode dar respostas pacificadoras para a situação de tensão instaurada.

Como remate, é relevante analisar as considerações acerca da arbitragem, por Álvaro Vilaça Azevedo, dispondo que “o acúmulo de processos existentes nos tribunais hodiernamente enseja a necessidade de um meio célere e equânime de solução de conflitos de direitos disponíveis, portanto, a arbitragem é o instrumento mais justo para dirimir os conflitos do futuro”. (2001, p. 20)

Cuidou, portanto, a Lei de Arbitragem em não apenas substituir o modelo de “juízo arbitral”, até então previsto na legislação brasileira, por uma nova regência, dentro de padrões internacionais, disciplinando notadamente a convenção da arbitragem, mas também se ocupou em adaptar o novo diploma aos textos legais conexos, explicitar o acesso ao Judiciário aos eventualmente prejudicados e, até mesmo, a postura ética dos árbitros, equiparando-os, para efeitos de legislação penal, aos funcionários públicos, a ensejar o enquadramento deles na tipologia criminal, em ocorrendo deslizes.

A legislação nacional arbitral trouxe importantes inovações. No entanto, apesar das inovações trazidas em nosso ordenamento jurídico, ainda é tímida a opção dos jurisdicionados pelo instituto, sendo que grande parte das resistências com relação à arbitragem vem da falta ou da má informação a seu respeito.

Outros três assuntos não menos relevantes para o processo civil moderno: o pleno acesso à ordem jurídica justa, a efetividade do processo e a pacificação dos conflitos. Os estudiosos do direito processual têm procurado nas últimas décadas formas ou métodos alternativos para a solução dos litígios

⁶⁵ Lembra Michele Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, Il Mulino, 1998, p. 13, que há um repertório de métodos para resolver conflitos e que se deve escolher o instrumento mais oportuno para eliminar controvérsia. Vários fatores influenciam nesta escolha, como elementos éticos, familiares, critérios de funcionalidade e eficiência, o que pode levar a arbitragem a ser preferida *perché è più rápido e si Fonda su um accordo com la controparte*. Trata-se, portanto, de uma questão de escolha entre os vários tipos de solução de conflitos, alguns mais adequados que outros diante do caso concreto. Prossegue na p. 152, afirmando que há diversos tipos de processo que se poderiam dizer alternativos em relação ao processo civil dito clássico, como os processos de trabalho, de locação, entre outros, que observam regramento especial no cotejo com o processo principal previsto no ordenamento processual, assevera Mauro Cappelletti. Os métodos alternativos de solução de conflitos, no quadro do movimento universal de acesso à justiça, *RePro 74/82*: “A expressão *Alternative Dispute Resolution (ADR)* costuma-se atribuir acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, destinados a resolver conflitos”.

individuais ou de massa e concomitantemente hábeis a produzir efeitos mais rápidos sem descurar dos valores segurança e justiça na solução da lide, capazes de gerar o menor reflexo negativo possível de insatisfação entre as partes. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 60)

Se há que se temer a tendência privatizante do Estado, tal receio não deve recair exclusivamente sobre a Lei 9.037/96 nem sobre o instituto histórico da arbitragem. Antes, há que se encontrar foro adequado na esfera política⁶⁶ e, para tanto, há que se vencerem os desafios culturais que se apresentam para a disseminação da arbitragem, dado que parece existir tendência de forte tradição em ver no Estado a autoridade suprema e única capaz de resolver litígios.

2.2 CONCEITO DE ARBITRAGEM

A palavra arbitragem deriva do latim “*arbiter*”, que significa juiz, louvado, jurado, e designa o “processo que se utiliza, a fim de se dar solução a litígio ou divergência, havida entre duas ou mais pessoas” (PLÁCIDO E SILVA, 1984, p. 183). É especialmente empregada na linguagem jurídica para significar o procedimento utilizado na solução de litígio (MERCADANTE, citado por CACHAPUZ, 2000, p. 21). É a forma de solução de conflitos mediante sentença proferida fora do Poder Judiciário, por árbitros indicados pelas partes.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem está regulamentada pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que, em seu artigo 1º, dispõe: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Preleciona Uadi Lammêgo Bulos que “este dispositivo constitui a regra de ouro da Lei de Arbitragem, no sentido de mandamento nuclear de todo o produto legislado, pois todas as demais disposições da lei vinculam-se a ela”. (1997, p. 25)

Nas palavras de JOSÉ CRETELLA JR., a arbitragem:

É nesta sede que o instituto aparece com toda a sua pujança, afirmando sua indispensabilidade. [...] O sistema especial de julgamento, com

⁶⁶ Um grande componente ideológico é inserido nessa questão, o que indica a esfera política e não a jurídica como mais própria para debate. A discussão travada entre dois magistrados acerca da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e da sua vinculação ou não a uma marcha neoliberal sobre o Poder Judiciário foi realizada por Hugo de Brito Machado, Um hino à liberdade, Jornal Zero Hora, p. 21, Porto Alegre, 27.05.1997.

procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflitos de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

(Revista de Informação Legislativa 98/131-137)

A base desse instituto é a manifestação da vontade das partes em litígio que, “ao conferir a um terceiro a solução da lide, estão em primeiro lugar, dispondo sobre direitos que a lei considera disponíveis e que, portanto, não necessitam da intervenção obrigatória de fiscais da lei”. (SOARES, RT 641/30)

Através da Lei de Arbitragem, surgiram inovações em face das soluções dos conflitos e ao alcance de todos. A arbitragem *lato sensu* é o meio pacífico de dirimir “todo e qualquer tipo de conflito entre as partes contratantes, devendo esta se submeter, de boa-fé, à sentença ou laudo arbitral, o qual pode extinguir, modificar ou criar direito” (MARTINS, 1990, p. 2).⁶⁷

Para CARLOS ALBERTO CARMONA, a arbitragem pode ser conceituada como:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja - para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (2004, p. 51)

Nesse sentido, é o entendimento de Rozane da Rosa Cachapuz, que conceitua o instituto da arbitragem:

Como sendo um foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos litigantes no sentido de alcançarem rapidamente, sem descuidar dos valores maiores que são a segurança e a justiça da decisão, a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesses na resolução do conflito, que, não raras vezes, envolve quantias vultosas de dinheiro, com inúmeros efeitos diretos e reflexos. (2000, p. 23)

Assevera ainda JOEL DIAS que:

⁶⁷ Não se pode esquecer que, além das pessoas naturais e jurídicas, também é possível o Estado fazer uso da arbitragem com o escopo de dirimir seus conflitos.

A tentativa que se faz agora através da introdução de um novo regime de juízo arbitral é positiva e merece ser bem recepcionada pelos operadores de direito dos mais diversos seguimentos institucionais, tendo em vista que irá proporcionar, com o passar do tempo, maior agilização ao Poder Judiciário, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica, seja temporal. Essa nova forma de prestar a jurisdição – desta feita privada, significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura-se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses. [...] Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismos hábeis à ampliação do acesso à ordem jurídica justa, como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados. [...] Esse novo modelo – inversamente do que pensam alguns operadores e estudiosos do Direito – em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, vem para minimizar a crise jurisdicional e permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução dos conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. Haverá sim – e o tempo há de ser a maior testemunha do que se afirma – o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos. (1997, p. 54-57)

JOÃO ROBERTO DA SILVA traduz a arbitragem como:

Forma de solução de litígios, referentes a direitos patrimoniais disponíveis, através da intervenção de um ou mais árbitros, que recebem poderes através de uma convenção privada (compromisso arbitral), decidindo com base nesta convenção sem a intervenção do Estado, sendo que uma decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial, e com a vantagem de ser irrecorrível. (2004, p. 30)

É oportuno dizer, nas palavras de Carlos Alberto Carmona que são arbitráveis, portanto, “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade e, desde que, as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem” (2004, p. 56). Dito isso, é possível afirmar que a arbitragem é um instrumento privado de lides, que através da escolha de uma terceira pessoa, impõe sua decisão, no qual as partes deverão obedecer-lhe e fazer cumprir, pois sua decisão tem efeito cogente sobre as partes.

Cumprido dizer que, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos, mais simples e objetiva, e, os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai objeto litigioso” (CACHAPUZ, 2000, p. 22). A opção pelo juízo arbitral é facultativa no tocante ao órgão arbitral, pois se nomeia um único árbitro ou optam para que um grupo de árbitros decida

sobre a questão. Os poderes conferidos pelos árbitros são derivados do acordo entre as partes e em virtude de lei.

Vale ressaltar ainda, as considerações de Álvaro Vilaça Azevedo como sendo “um acordo de vontades que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de dirimirem seus conflitos de interesses presentes, ou futuros, por meio de árbitro (s)” (2001, p. 202).

Ao optarem pela arbitragem, duas são as possibilidades quanto ao órgão arbitral: ou nomeiam um único árbitro, ou entregam a um grupo de árbitros a solução do litígio; num caso ou noutro, pode o órgão arbitral ser constituído exclusivamente para resolver determinada controvérsia (arbitragem *ad hoc*) ou pode ser tal órgão constituído (arbitragem institucional).

Por arremate, os dizeres de Carlos Alberto Carmona que entende a arbitragem como um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, de tal sorte que “a intervenção do Poder Judiciário ou não existirá, ou então será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante de resistência de uma das partes ou de terceiros”. (2004, p. 53)

De outro lado, é importante advertir que a arbitragem se diferencia do Poder Judiciário. No que diz respeito ao árbitro, no Judiciário, a questão é levada ao conhecimento de um juiz togado, não escolhido pelas partes, que possui poderes para proferir sentenças que as obrigam. Já na arbitragem, os árbitros são escolhidos pelas partes, que deverão proferir uma sentença, substituindo a vontade dessas. Os poderes dos árbitros decorrem de lei e do contrato estipulados anteriormente. A duração do primeiro é o estipulado no contrato, já o segundo não tem prazo pré-determinado. A sentença na arbitragem não poderá ser analisada em segundo grau, no Judiciário existe essa possibilidade. Outra divergência, no que diz respeito à disposição do ordenamento jurídico, é a preponderância da atuação estatal sobre os litígios, devendo ser expressamente autorizada por lei a atuação de terceiros para proferir a decisão. Assim, a autorização legal ganha força na lei de arbitragem uma vez que é voluntária e de natureza privada, afastando totalmente o Estado de solucionar o litígio.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, em conferência proferida⁶⁸, assevera que a arbitragem pode ser concebida como forma estatal de composição de

⁶⁸ Cfr. Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

controvérsias, pois se desenvolve sob os “auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal”. (novembro/1996)

De forma sintética, pois, pode-se conceituar a arbitragem como procedimento jurisdicional privado para a solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal.

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ARBITRAGEM

Os princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico. Miguel Reale conceitua princípios como sendo “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais assertivas que compõe o campo do conhecimento”. (1998, p. 306)

Os princípios são postulados que servem de ancoradouro para o entendimento da ciência e do sistema jurídico, ou seja, são normas gerais que constituem o sustentáculo das demais.

Os princípios garantidores do processo arbitral, nos termos do artigo 21, § 2º, da Lei nº 9.307/96, estão definidos como o princípio do contraditório, da isonomia, da imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. No entanto, esse rol não é taxativo. A doutrina destaca ainda como princípios informadores da arbitragem os princípios da igualdade, da justiça e da solução pacífica de controvérsias. E ainda, por seus pilares destacam-se os princípios do devido processo legal, da autonomia da vontade, da garantia processual, da obrigatoriedade da sentença, dentre outros. (CACHAPUZ, 2000, p. 63-78)

É necessário ressaltar que, como qualquer processo, a arbitragem deve obedecer aos princípios garantidores de um desenvolvimento válido, eficaz, justo e equo da própria relação processual. Assim é que os princípios processuais da arbitragem são instrumentos de garantia para que a resolução final da controvérsia deduzida perante o árbitro conduza, de fato, a uma verdadeira composição do litígio. Por essa razão, os princípios de garantia processual devem ser necessariamente observados, sob pena de nulidade da sentença arbitral.

Como resultado, caberá ao árbitro, fazer as adaptações necessárias à realidade social, na busca de uma solução mais justa e equilibrada, sem desprezar naturalmente a ética, a boa razão e, sem dúvida, a moral, princípio basilar expresso na Constituição.

O principal pilar da arbitragem, bem como o sustentáculo de todas as leis, é a segurança jurídica, que no Estado Democrático de Direito constitui atributo do Judiciário, o intérprete primeiro das leis. A jurisprudência gerada será o guia para sua aplicação e utilização. Selma Ferreira Lemos, em artigo publicado no *Jornal Valor Econômico*⁶⁹, citando Carlos Maximiliano, em sua obra precursora de interpretação legal, salienta que a segurança jurídica, como “objeto superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas, do que da roupagem mais ou menos apropriada em que se apresentam”.

Já no campo institucional, convencional e legal é importante tecer algumas referências internacionais. A Lei 9.307 estabeleceu as normas para a adoção da via arbitral de forma semelhante às previsões de outras legislações estrangeiras, das convenções internacionais e dos regulamentos das instituições ligadas ao instituto, onde são encontradas determinações análogas às contidas nas normas brasileiras, estabelecendo os mesmos princípios que informam o procedimento arbitral brasileiro.

Pelo que, o primeiro dos princípios é o da imparcialidade e da independência, que determinam o dever do árbitro de revelar as circunstâncias, prováveis, que originem dúvidas quanto à sua eqüidistância em relação às partes, que se encontra disposto:

- a) na Lei Modelo da UNCITRAL, art. 12;
- b) na Convenção de Nova Iorque, art. V, 2b e d;
- c) na Convenção do Panamá, art. 5.2, d e no Protocolo de Genebra, artigos 1 e 2, que o acolhem, porém, remetendo à lei nacional do local da realização da arbitragem, fazendo referência à contrariedade dos princípios de ordem pública;
- d) no Regulamento da CCI, art. 2º;
- e) no Regulamento da AAA, art. 12;
- f) no Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, arts. 6.1, 6.4, 6.5 e 6.7;

⁶⁹ *Cfr.* Artigo de Selma Ferreira Lemes – A jurisprudência brasileira sobre o uso da arbitragem, publicado no *Jornal Valor Econômico* de 26.08.03 – Caderno Legislação & Tributos, p. E-8.

- g) na legislação alemã, art. 1023, § 1º e 41 ZPO, que prevê a possibilidade de recusa dos árbitros, pelas mesmas razões da exclusão dos juízes togados;
- h) na legislação francesa, art. 1452 do Código de Processo Civil, que determina a obrigação do árbitro de manifestar as causas de impedimento à sua participação;
- i) na legislação espanhola, art. 12.3 da Lei de Arbitragem, que estabelece a impossibilidade de atuar como árbitro, aquele que tenha relação com a parte, ou com o objeto do litígio; e
- j) na legislação portuguesa, art. 10 da Lei 31/86, que admite a possibilidade de recusa do árbitro por impedimento, aplicando-se, ainda, as disposições pertinentes da legislação processual civil.

Outro é o princípio do contraditório e da igualdade das partes, que determinam o dever do árbitro de conceder aos litigantes as mesmas oportunidades no curso do procedimento, têm assento:

- a) na Lei Modelo da UNCITRAL, art. 18.19;
- b) na Convenção de Nova Iorque e do Panamá, art. 5º, 6;
- c) no Protocolo de Genebra, nos arts. 1º e 2º, que remetem à legislação interna do país onde se realiza a arbitragem;
- d) no regulamento da CCI, artigos 14 e 15;
- e) no Regulamento da AAA, arts. 19, 29, 32.1, 32.2 e 37;
- f) no Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, art. 10.2;
- g) na legislação alemã, arts. 1034, § 1º, itens 1 e 1040, § 1º, 4 ZPO, que possibilitam aos árbitros realizarem suas próprias investigações e asseguram às partes o direito de serem ouvidas no procedimento;
- h) na legislação francesa, arts. 1452, 1460 e 1484 do Código de Processo Civil, que prescrevem a aplicação dos princípios informadores do processo à instância arbitral, com a possibilidade de anulação da sentença nela proferida, pela inobservância desses preceitos e prevêm a possibilidade de recurso, no caso de execução de sentença estrangeira; e
- i) na legislação espanhola, art. 21 da Lei de Arbitragem e na legislação portuguesa, art. 16 da Lei 31/86, que estabelecem, de maneira expressa, o respeito ao contraditório e à igualdade.

Ainda, o princípio do livre convencimento do julgador, que permite ao árbitro apreciar, com liberdade, a questão e as provas apresentadas pelas partes, decidindo a pendência, de acordo com a sua convicção. Tem acolhida:

- a) na Lei Modelo da UNCITRAL, implicitamente, ao dar autonomia aos árbitros para a condução do procedimento e para a determinação de provas necessárias à questão e à formação do convencimento;
- b) nas Convenções de Nova Iorque e do Panamá, em seus arts. 5º, 2b, quando tratam do respeito aos preceitos de ordem pública, vigentes nos Estados onde ocorre a arbitragem e acolhem, por consequência, o princípio da liberdade na formação do convencimento do árbitro;
- c) no Protocolo de Genebra, art. 12, nas condições anteriormente mencionadas;
- d) no Regulamento da CCI, art. 21;
- e) no Regulamento da AAA, arts. 25, 27, 28 e 29;
- f) no Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, arts. 11.2 e 15.1; e
- g) nas legislações estrangeiras, geralmente de forma implícita, nas garantias que são outorgadas ao julgador para a condução do procedimento e para a produção e apreciação das provas, como ocorre na Alemanha e em Portugal. Contudo, em alguns Estados, encontram-se dispositivos expressos, como a Lei de Arbitragem espanhola, art. 32.1, que prevê a possibilidade, inclusive, de o árbitro fazer constar seu voto divergente; e a lei processual francesa, arts. 1471 e 1473, que prescreve a necessidade de motivação e possibilita o registro de voto vencido.

Constituindo a essência da arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que dá ampla liberdade às partes para disporem da via arbitral, escolherem os julgadores, a lei aplicável e o procedimento, que encontra-se disposto:

- a) na Lei Modelo da UNCITRAL, art. 19.1;
- b) na Convenção do Panamá, art. 3º;
- c) na Convenção de Nova Iorque e no Protocolo de Genebra, art. 2º;
- d) no Regulamento da CCI, arts. 2º, 3º e 11;
- e) no Regulamento da AAA, art. 1º;
- f) no Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, art. 15.7;
- g) na legislação alemã, art. 1028 e 1029, § 2º ZPO, e na legislação francesa, arts. 1493 a 1497 do Código de Processo Civil, que reconhecem a liberdade de escolha do árbitro e das normas de direito aplicáveis ao mérito da causa e ao procedimento;
- e, h) na legislação espanhola, arts. 10.1, 12, 13 e 21 da Lei de Arbitragem, e na legislação portuguesa, arts. 6, 8, 15.1, 15.2 e 15.3 da Lei 31/86, que admitem,

expressamente, a autonomia da vontade, permitindo a escolha do julgador e do procedimento.

Outro princípio importante para o crescimento do instituto é o da definitividade e da obrigatoriedade decisória, não permitindo nova discussão e possibilitando a sua execução. Porém, essa característica vai depender da legislação do Estado onde a sentença deverá surtir seus efeitos, o qual lhe conferirá, ou não, executoriedade. O princípio está presente:

- a) na Lei Modelo da UNCITRAL, arts. 32, 36 e 37, que prevê a possibilidade de embargos de declaração a decisão arbitral e apregoa sua definitividade;
- b) nas Convenções de Nova Iorque e do Panamá que prevêm a ampla aceitação das decisões arbitrais pelos sistemas normativos internos, defendendo sua definitividade;
- c) no Protocolo de Genebra, arts. 2º e 3º;
- d) no Regulamento da CCCI, art. 24, que determina ser a sentença arbitral final e inapelável;
- e) no Regulamento da AAA, art. 54, que prevê a possibilidade de revisão da decisão, pelo próprio tribunal arbitral, o qual deverá se manifestar acerca do objeto do recurso;
- f) no Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, art. 13.1, que alberga o entendimento da irrecorribilidade e definitividade da sentença;
- g) na legislação alemã que confere executoriedade à decisão arbitral; h) na legislação francesa, arts. 1475, 1476, 1479, 1481, 1482, 1483, 1485 e 1490 do Código de Processo Civil, que outorga à sentença arbitral os mesmos efeitos da judicial, porém, prevê a possibilidade de apelação e de ação de nulidade, antes da execução definitiva;
- h) na legislação espanhola que acolhe o art. 37 da Lei de Arbitragem; e
- i) na legislação portuguesa que exige a homologação do laudo, com a possibilidade de recurso, para que produza os efeitos de sentença judicial.

Ressalte-se, também, que a Lei nº 9.307/96, em seu artigo 21, § 2º, prevê que, durante o procedimento arbitral, sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. De igual forma, no direito comparado, tais princípios são, em regra,

os consagrados. Nesse sentido, pode-se observar certa unidade da doutrina quanto à arbitragem internacional⁷⁰.

De suma importância, o direito ao contraditório que é assegurado pela Carta Magna brasileira em seu artigo 5º, inciso LV, tratando-se de direito irrenunciável, pois assegura às partes o direito de manifestação no processo, dando-lhes oportunidade de tomarem conhecimento de tudo que se passa. Eduardo Couture ensina: “O processo é um diálogo. Nunca haverá justiça se, havendo duas partes, apenas se ouvir a voz de uma”. (1977, p. 54)

Efeito direto da globalização, intensificam-se as trocas comerciais, juridicamente amparadas por contratos típicos ou inominados, caracterizados por internacionais, segundo os chamados elementos de estraneidade que os ligam, em princípio, a mais de um ordenamento jurídico. (CRETILLA NETO, 2004, p. 26)

Por fim, o princípio da competência-competência, em que os árbitros são considerados competentes para decidir sobre sua própria competência, ou seja, qualquer incidente no decorrer do juízo arbitral, com exceção da nulidade da sentença⁷¹, será decidido pelos próprios árbitros, tornando o instituto mais célere.

A celeridade proporcionada por esse princípio advém da não-necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário toda vez que surgir um incidente ao longo do procedimento arbitral. Se, de outra forma, o Poder Judiciário fosse competente para solucionar todas as pendências relativas ao instituto, um litígio submetido à arbitragem poderia levar anos para ser concluído, além de o levantamento desses incidentes poder ser motivo de procrastinação por parte de um litigante mal-intencionado, inviabilizando, assim, a adoção do instituto.

2.4 CARACTERÍSTICAS GERAIS DA ARBITRAGEM

A arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional. Portanto, é premente que os particulares optem pela

⁷⁰ Art. 182, 3 da Lei Federal Suíça de Direito Internacional Privado de 18/12/1987, que traduzido significa: Qualquer que seja o procedimento escolhido, o Tribunal Arbitral deve garantir a igualdade entre as partes, bem como o seu direito de serem ouvidas num procedimento, em que é assegurado o contraditório. Também a Lei Modelo UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional: “As partes devem ser tratadas em pé de igualdade e devem ser dadas a cada uma delas as possibilidades de fazer valer os seus direitos”.

⁷¹ Cfr. Lei de Arbitragem brasileira, artigo 33.

arbitragem, que traz solução rápida, deformalizada e especializada para seus conflitos.

Ainda, conforme ensina FLÁVIA BITTAR NEVES:

Tem-se verificado que o uso de métodos extrajudiciais de solução de conflitos contribui para a manutenção do relacionamento comercial entre as partes envolvidas na lide, gerando alto nível de satisfação entre os empresários e seus *stakeholders*, tais como parceiros comerciais, fornecedores e clientes. (NEVES, 2006, p. 30)

A função de se alcançar uma solução pacífica para o litígio apresentado, pode ser relacionada como atributo específico da arbitragem, que se sobressai quando colocada ao lado da jurisdição estatal, com a ausência de formas solenes em procedimento, respeitado, como premissa necessária, o contraditório, a possibilidade de julgamento por equidade, a possibilidade de escolha da lei aplicável e a neutralidade dos árbitros na solução de litígios envolvendo partes de nacionalidades diferentes.

De outro lado, os casos passíveis de serem arbitrados, por vezes, não são retirados do Judiciário, pois o Estado brasileiro, paternalista, acaba por dificultar o rompimento do elo de proteção entre a jurisdição estatal e os seus tutelados. A arbitragem, por vezes, é relegada em decorrência de se difundir que sua decisão pode vir a ser de difícil exeqüibilidade. Sobre esse fenômeno CEZAR FIÚZA nota que:

Por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. (1995, p. 217)

Na Constituição Brasileira vigente, a proibição contida no art. 5º, inc. XXXV visa proteger o cidadão de eventual desvio cometido pelo Executivo ou Legislativo. Nos casos de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal não podem as autoridades vedar ao cidadão o acesso à jurisdição do Estado, mas estes podem

escolher, dentro do âmbito de sua liberdade, da autonomia da vontade, se renunciam ou não.⁷²

Não há que se falar em violação ao direito de acesso à jurisdição estatal, mas em livre escolha das partes, uma vez que estas, através de sua manifestação, optaram pela justiça privada, pela decisão de terceiro indicado por elas com tal propósito. Ninguém está obrigado à utilização da arbitragem; apenas se dá força à opção dos litigantes, é uma permissão concedida pela lei às partes de usá-la como meio de solução de litígios ou de conflito de interesses. Nesse sentido, NELSON NERY JR. expõe que:

O fato de as partes poderem constituir compromisso arbitral, não significa ofensa ao princípio constitucional de direito de ação. Isto porque somente os direitos disponíveis podem ser objeto de compromisso arbitral, razão porque as partes estão abrindo mão da faculdade de fazerem uso da jurisdição estatal, optando pela jurisdição arbitral. Terão, portanto, sua lide decidida pelo árbitro, não lhes sendo negada a aplicação da atividade jurisdicional. (1992, p. 77)

Outro aspecto a considerar é que as instituições de uma sociedade, que tem origem comum e estão ordenadas a um mesmo fim social, devem ser solidárias umas com as outras, e agir numa linha de mútuo respeito e de busca da eficiência, em função dos objetivos para os quais foram criadas. E isso é o que se espera da coexistência institucional entre o Poder Judiciário e a arbitragem.

⁷² Vejamos: “O contido no art. 5º, XXXV, deve ser entendido como regra de coibição de abuso de direito, de ato arbitrário ou ilegal e somente abuso nestes casos dever ser acionado. Ela visa socorrer ou proteger o cidadão de eventual abuso cometido pelo Executivo ou Legislativo, como, aliás, ocorre em qualquer democracia... Às autoridades, pois, não são outorgados direitos de vedar aos cidadãos o acesso à tutela jurisdicional. Entretanto, no âmbito da liberdade de contratar e da autonomia da vontade, podem as pessoas renunciar a direitos de que são titulares e, assim, submeter as controvérsias à apreciação de um Juízo Arbitral. Tal disposição nos traz em si qualquer ilicitude ou abuso que pudesse ocasionar infringência ao previsto na norma constitucional em questão. Mormente quando se sabe que a *longa manus* do Poder Judiciário não está de todo afastada, pois a este é possível recorrer quando a sentença arbitral contiver vícios de nulidade. As partes, quando renunciam ao princípio político de submeter questões de direito individual ao Poder Judiciário, estão assim agindo deliberadamente em favor de regra maior de ordem pública econômica. Os direitos individuais podem ser renunciados se não forem de ordem pública ou se outros direitos também de ordem pública lhes forem superiores... Nesse sentido, no que se refere à opção pela via arbitral, julgamos ser evidente a prevalência da ordem pública econômica sobre o princípio político, pelo que a justiça não deve ser administrada exclusivamente pelo órgão estatal, tanto mais quanto a arbitragem diz respeito a direitos meramente patrimoniais, cuja propriedade e sigilo também são protegidos pela Constituição. De modo algum deve essa regra inserta no texto maior servir como escusa para o não cumprimento de obrigações assumidas de livre vontade, como argumentam aqueles que pregam a ineficácia de cláusula arbitral legalmente acordada”. MARTINS, Pedro Antonio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. Revista de Processo. São Paulo, nº 77, jan/março 1995, p. 32.

Pode-se dizer que, quem detém o monopólio da força é o Estado, que possui não somente a organização para tal⁷³, mas o poder necessário, que não pode, sob nenhum aspecto, delegá-la aos demais órgãos ou entregá-la a justiça privada⁷⁴. Cabe, assim, ao Judiciário executar a decisão proferida no juízo arbitral, o qual, criado pelo Poder estatal, somente recebeu competência de dizer o direito aplicável. Para compelir as partes ao cumprimento, cabe ao Estado, através do poder e do aparelhamento do Judiciário, a execução forçada, o uso de sua autoridade, o uso da coação.

A arbitragem pois, enfrenta um problema, a ausência de dois elementos da jurisdição, o *executio*, ou seja, o poder de executar ou fazer executar a decisão proferida, e o *coertio*, a aptidão de dispor da força para obter o cumprimento de alguma diligência. Por esse motivo, Athos Gusmão Carneiro entende que a jurisdição somente é exercida pelo Estado, sendo monopólio exclusivo do Poder Judiciário. O autor afirma ainda que “a atividade jurisdicional é atividade pública, constituindo no sistema jurídico brasileiro monopólio do Poder Judiciário” (Apud PUCCI, 2001, p. 5).

No entanto, a arbitragem possui outros três elementos que compõem a jurisdição: *notio*, o poder do qual se arma o juiz para conhecer da lide ou causa, ou, ainda, para ordenar os atos do processo; *vocatio*, aptidão de convocar as partes para vinculação ao processo e submissão destas às suas conseqüências; e o *iudicium*, o poder de julgar, dando com isso fim ao litígio. (PUCCI, 2001, p. 5)

Apesar de a arbitragem não ter como seus elementos basilares o *executio* e o *coertio*, alguns juristas defendem o seu caráter jurisdicional, como é o caso de ADRIANA NOEMI PUCCI entendendo que:

Após a sanção da Lei nº 9.307/96 no Brasil, o Estado, no exercício do seu poder soberano, concedeu jurisdição, isto é, poder de dicção do direito, também aos árbitros, abrindo, desta forma, aos cidadãos, duas vias

⁷³ CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA registra que: “A justiça de Estado tem, na sua organização, todo o aparelho de poder, podendo executar, com servidores próprios, as suas decisões. Ao juízo arbitral falta essa organização, razão pela qual deve requerer a execução das medidas por ele decididas através do aparelho do próprio Estado”. O juízo arbitral no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 620, junho de 1987, p. 19.

⁷⁴ MICHEL TEMER expõe que nem os demais órgãos do Estado não detêm tal função dizendo que: “nem assim podem tais órgãos do Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, a entregar ou não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência.... Em síntese: a força das instituições estatais é colocada à disposição do Judiciário para fazer valer suas decisões”. Elementos de direito constitucional. 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 172.

possíveis de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...] pode-se dizer que a função arbitral, diferentemente da judicial, é uma função restritiva, uma vez que somente é viável para as controvérsias de caráter patrimonial relativas a direitos disponíveis, e, na qual, os árbitros carecem de força para coagir os intervenientes no processo; nesses casos, o árbitro deverá requerer auxílio do juiz togado. (2001, p. 7)

Nesse sentido, CEZAR FIÚZA assevera que:

A jurisdição é do Estado. Nada impede, todavia, que a sociedade se ampare em alternativas mais baratas e rápidas, voltando-se, sempre que necessário, ao Poder Público para a palavra final e para o uso da força, obrigando os vencidos a cumprirem a decisão proferida. O Estado é falho em sua função jurisdicional, aliás, como em muitas outras. As razões desse mau funcionamento encontram raízes na própria evolução histórica e na ânsia pela manutenção do sistema econômico. Pode-se, facilmente, concluir que as falhas da jurisdição são opções históricas do sistema. (1995, p. 41)

Ademais, como características inerentes à arbitragem, podem-se destacar: ampla liberdade de contratação, permissão para o árbitro disciplinar o procedimento arbitral, celeridade, economia processual, caráter de título executivo judicial da sentença arbitral, irrecorribilidade e princípio da competência-competência.

A ampla liberdade de contratação deriva do princípio basilar desse instituto: o da autonomia da vontade. Segundo uma concepção tradicional, como explica José Alexandre Tavares Gerreiro, “por vontade autônoma entende-se aquela que tem em si própria um poder criador de situações jurídicas” (1993, P. 38). E ainda ressalta que:

A vontade, como fator determinante, *per se*, de preceitos no campo negocial ou contratual, corresponderia à *fons et origo* da obrigatoriedade jurídica decorrente das recíprocas declarações das partes, pondo-se de acordo quanto à forma e ao conteúdo do convencionado. [...] corresponde a autonomia à autêntica potestas de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações exercidas pelo titular, projetando-se no negócio jurídico, concebido como ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares. (1993, p. 38-39)

Essa característica da arbitragem viabiliza as partes uma ampliação de sua liberdade de contratar, de tal modo que tudo pode ser estabelecido por meio de acordo, devendo este apenas e unicamente respeitar a ordem pública e os bons costumes, como determina o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem.

Assim, observa José Luis Bolzan que “as partes podem definir o objeto do litígio, escolher as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele, elegendo, inclusive, a lei que regerà o juízo arbitral, podendo até optar pela adoção de lei estrangeira” (1999, p. 188).

E ainda, como expõe Joel Dias Figueira Júnior que “ficam as partes absolutamente livres para definir se a decisão arbitral será fundada em equidade ou em direito e, neste caso, quais as regras (nacional ou estrangeira) que irão nortear o julgamento dos árbitros” (1997, p. 103). No entanto, há discussão sobre o assunto. Batiffol e Lagade⁷⁵ acreditam que “a regra da autonomia não governa indistintamente toda questão relativa a um contrato”. (*apud* BAPTISTA, 1994, p. 41)

A arbitragem também é conhecida como a justiça de técnicos, na qual qualquer pessoa pode ser designada árbitro, desde que capaz e possua a confiança das partes, geralmente recaindo a escolha sobre peritos no assunto a ser solucionado, deduzindo que ele esteja mais apto para decidir a questão. JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR assevera que:

É muito vantajosa a possibilidade conferida de escolha dos árbitros, o que se faz em comum pelos próprios litigantes, fazendo com que a indicação recaia sobre pessoas previamente definidas e detentoras de profundo conhecimento da questão litigiosa ou, ainda, permite que se faça referência à instituição arbitral especializada que, por sua vez, possui um quadro bem formado de árbitros, (1997, p. 103)

Diz-se ainda, que o árbitro é juiz de fato, porque este não exerce especificamente a jurisdição estatal, privativa dos órgãos do Poder Judiciário, mas, sim, a privada. Exerce *múnus* público através de sua atividade de pacificação social. É juiz de direito e recebe autorização para tal das partes e do Estado, que, ao criar e instituir o órgão arbitral, através de sua autoridade, coloca-o como órgão auxiliar do Poder Estatal, outorgando-lhe o poder e a função de dizer o direito aplicável ao caso concreto, visando a realização da justiça. Para sua instituição autoriza o indivíduo a optar e se obrigar ao juízo arbitral, preferindo-o ao judicial, exercitando sua liberdade. Nesta postura, o Estado reafirma sua soberania ao dar força e autoridade às suas normas e às decisões emanadas dos órgãos por ele instituídos, assim como dar respaldo à participação e liberdade do indivíduo e, ao reconhecer a soberania

⁷⁵ *Apud* BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41.

dos demais países, admitindo a executoriedade das decisões proferidas fora de seu território e de acordo com as normas estrangeiras.

Em razão disso, teoricamente, as sentenças são mais bem dirigidas a uma solução que atenda aos anseios das partes. Por ser o árbitro um profissional com estrita ligação com a matéria originária do litígio, deduz-se que ele esteja mais apto e preparado para decidir a questão, proferindo, portanto, uma decisão mais coerente com a realidade das partes e, por esse motivo, mais satisfatória para ambas.

Outra característica é a permissão para o árbitro disciplinar o procedimento arbitral, quando as partes tenham se omitido sobre as regras do procedimento arbitral⁷⁶, evitando, com isso, atrasos desnecessários ao proferimento de decisão final.

Essa característica traz como consequência “uma perfeita sintonia entre a tutela pretendida e o instrumento oferecido, o qual, em regra, prima pelo princípio da oralidade e, por conseguinte, atende a seus outros subprincípios, tais como a imediatidade, concentração, simplicidade, informalidade e economia. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 103)

Já a maior celeridade na solução dos conflitos é outra importante característica. Vantagem saliente, se comparada à morosidade da decisão definitiva a ser proferida pelo Poder Judiciário.

Selma Lemes ressalta a importância da arbitragem na economia e nas gestões empresariais atuais. “Ao analisar um negócio, o investidor analisará a possibilidade de economizar na hora de resolver divergências. Isso porque, com a arbitragem, não terá de arcar com o gasto de tempo com o Judiciário. (FERNANDES, 2006, p. 69)

Por sua vez, a economia processual, constitui outra característica, considerando-se a arbitragem um instituto informal, que dá primazia à oralidade e à simplificação dos procedimentos, não utilizando toda a engrenagem e burocracia natural à jurisdição estatal.

Ainda, a arbitragem prima pelo sigilo do procedimento arbitral, de tal forma que a discricção se torna característica essencial da função de árbitro⁷⁷,

⁷⁶ Cfr. Lei de Arbitragem brasileira, artigo 21, parágrafo 1º.

⁷⁷ Cfr. Lei de Arbitragem brasileira, artigo 13, parágrafo 6º.

embora a Lei nº 9.307/96 seja silente quanto à confidencialidade na arbitragem.

JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR assevera que:

[...] a discricção e o sigilo dos atos processuais e do julgamento propriamente dito importam em outra vantagem, à medida que as partes permanecem a cômodo durante todo o processo e, em especial, para a produção de provas, o que não raras vezes viabiliza a consecução de um acordo. Aliás, a jurisdição arbitral é um foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos litigantes no sentido de alcançarem rapidamente – sem descurar dos valores maiores que são a segurança e a justiça da decisão – a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesse na resolução do conflito que, não raras às vezes, envolve quantias vultosas de dinheiro, com inúmeros efeitos diretos e reflexos. (1999, p. 103/104)

Nas relações empresariais, o sigilo e a confidencialidade são vistos como a grande vantagem dos processos arbitrais, nas quais os valores envolvidos, os segredos do negócio, o *Know how*, e outras informações confidenciais e de mercado devem ser protegidas a todo custo, pois são valores agregados da empresa, em montantes inestimáveis.

Atualmente, a única forma de conhecimento parcial das sentenças arbitrais ocorre com as ações de declaração de nulidade destas sentenças, quando por algum motivo uma das partes não está satisfeita com o resultado, já que entende que o mesmo está eivado de vícios e condutas antiéticas. Atualmente, não se sabe a quantidade de sentenças arbitrais em que há a incidência de recursos estatais. Os sites dos órgãos institucionais arbitrais trazem poucas informações acerca do número de casos, quantos foram julgados, se as partes ficaram satisfeitas com as decisões ou se houve ações posteriores de nulidade de sentenças arbitrais, tudo isso decorre do dever de sigilo assumido por todos aqueles que tiveram participação direta, e, até indireta, na resolução do conflito.

A Câmara de Comércio Internacional – CCI, que, apesar de manter a confidencialidade, permite que haja uma consolidação de conhecimentos, visando à aplicação e acesso à informação sobre a arbitragem. A esse respeito explica ARNALDO WALD:

Um resultado notável de tradição da arbitragem da CCI é a consolidação de uma jurisprudência da Corte, graças à publicação dos extratos dos laudos arbitrais. Assim, as sentenças promulgadas no seu âmbito poderão servir de exemplo e de parâmetro para o desenvolvimento da arbitragem internacional, além de influenciar os tribunais estatais para que apliquem as

normas do direito internacional, a *Lex mercatoria* e os princípios da Unidroit. (Revista do Advogado, 2006, p. 33)

Após o advento da Lei 9.307/96, outra característica da arbitragem é o caráter de título executivo judicial. Não há, portanto, necessidade de homologação da sentença arbitral⁷⁸ pelo Poder Judiciário, com exceção da sentença arbitral estrangeira, que continua a ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Ainda, a característica que tem gerado atributo positivo à arbitragem é a irrecorribilidade, consistente na impossibilidade de recurso da decisão arbitral. Essa característica acaba gerando um atributo positivo à arbitragem: a de maior celeridade na decisão do litígio, afastando o inconveniente de se esperar por anos a fio pelo proferimento de uma decisão por via tradicional.

Ressalte ainda que, a característica de suma importância na determinação da natureza jurisdicional da arbitragem é com relação à eficácia de sua sentença, que possui a mesma equiparação da sentença judicial definitiva e independe de homologação por órgão do Poder Judiciário, tendo, portanto, autoridade de coisa julgada. Inegável o fato de que o árbitro, embora não integrante do Poder Judiciário, é juiz de fato e de direito, exercendo ele jurisdição na medida em que contribui para a pacificação social, dirimindo os conflitos de interesses.

2.5 OBJETO DA ARBITRAGEM

No Brasil, à medida que as instituições públicas foram ficando mais abertas ao capital privado, a arbitragem foi abrindo espaço na legislação brasileira graças à avançada legislação⁷⁹. A arbitragem rege-se por sistemas jurídicos distintos. A Lei de Arbitragem sob nº 9.307/96 faculta a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei nº 10.406/01 - o Código Civil brasileiro permite a instituição do compromisso judicial ou extrajudicial para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Não admite, contudo, o compromisso para a resolução de questões de Estado, de direito pessoal de família e de outras questões que não tenham caráter

⁷⁸ Esse termo é utilizado para designar tanto a sentença como o laudo arbitral pois, em princípio, as palavras são sinônimas, sendo utilizadas no Brasil indistintamente.

⁷⁹ Disponível em:

<http://www.federasul.com.br/camara_arbitral/noticias/novas/not_07.html > Acesso em 10.11.2007

patrimonial. Faculta o Código introduzir nos contratos a cláusula compromissória para a solução de controvérsias mediante a arbitragem.

A escolha pela arbitragem é sempre voluntária ou facultativa, não existe no ordenamento jurídico brasileiro a arbitragem obrigatória. E não basta a capacidade para submeter aos árbitros um litígio, é necessário ainda que a lide diga respeito a direito patrimonial disponível. (CARMONA, 2004, p. 53-55)

O conflito de interesses que entre as partes versar sobre bem patrimonial disponível pode ser objeto da relação que se desenvolverá no juízo arbitral. Leciona Caio Mário da Silva Pereira que “o patrimônio é uma projeção da personalidade”. A personalidade está indissolúvelmente ligada à pessoa, por sua vez, não se constitui propriamente em direito, mas dela irradiam-se direitos, sendo “ponto de apoio todos os direitos e obrigações que o homem adquire e assume para a satisfação de suas necessidades e interesses nas relações econômicas e sociais”. (1994, p. 193-194)

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento de preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. (LIMA, 1986, p. 225)

Assim, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, tendo o alienante, plena capacidade jurídica para tanto.

Segundo Orlando Gomes ainda não pode versar sobre questões que se submetam aos procedimentos de jurisdição voluntária, dada a natureza de ordem pública que existem em todos estes procedimentos, encontrando-se excluídos do conteúdo patrimonial, via consequência, da esfera da disponibilidade. (1974, p. 128-129)

Pelo que, estão excluídas as questões de natureza familiar, relativas à capacidade e ao estado das pessoas - alimentos, filiação, poder familiar, casamento - bem como as de ordem fiscal, tributária e todas aquelas de interesse da Fazenda Pública Estadual, Municipal ou Federal (os direitos referentes à Fazenda Pública são relativamente indisponíveis à medida que dizem respeito a determinados direitos insusceptíveis de transação e confissão), ressalvadas as hipóteses em que a própria lei viabiliza juridicamente a instituição da arbitragem para as lides em que a Administração Pública ingresse como parte - falência, recuperação judicial e que

envolvam as coisas que estão postas fora do comércio ou que exijam a participação do Ministério Público. (Figueira Júnior, 1997, p. 110)

No entanto, CARLOS ALBERTO CARMONA ensina que:

Estas constatações não são suficientes, porém, para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem a toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou do direito penal, pois as conseqüências patrimoniais tanto num caso como em outro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo que, de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e de receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável a questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente do ato delituoso. (2004, p. 56)

Quanto à legislação especial, autoriza a Administração Pública a dirimir os litígios, via arbitragem, em harmonia com a jurisprudência brasileira das Cortes de Justiça e do Tribunal de Contas. As entidades públicas também se valem da arbitragem graças à avançada legislação⁸⁰.

Outro ramo que ganha cada vez mais aceitação a arbitragem é o laboral. Rozane da Rosa Cachapuz aduz que “cumpre reconhecer que a arbitragem apresenta-se como uma alternativa idônea para a solução de problemas do foro trabalhista”. E ainda, “não sobejam dúvidas de que os preceitos da Lei nº 9.307/96 são plenamente aplicáveis quando o conflito se instaure entre as categorias patronais e obreiras, ainda que em parte delas”. (2000, p- 61-62)

Na relação consumerista, o Código de Defesa do Consumidor traz em seu art. 51, inc. VII, como defeso as cláusulas contratuais das relações de consumo que determinam a utilização compulsória da arbitragem, com vício de nulidade.

Noutro diapasão, independentemente da natureza o litígio, as questões que já foram apreciadas pelo Poder Judiciário e fizeram coisa julgada não podem ser objeto de nova apreciação, desta feita em sede de juízo arbitral. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997, p. 112)

⁸⁰ Disponível em:

<http://www.federasul.com.br/camara_arbitral/noticias/novas/not_07.html> Acesso em 10.11.2007

Diante do que, sem sombra de dúvida, a arbitragem constitui a alternativa que mais conforto traz às partes contratantes, sobretudo ao investidor estrangeiro, fruto de um histórico reconhecidamente bem sucedido da prática desse método de solução de controvérsias entre pessoas jurídicas de direito privado, ao longo de várias décadas, em diversos países.

2.6 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Interessante se faz mencionar que a convenção de arbitragem é a fonte ordinária do processo, entendido como sendo a instituição voltada à solução privada de conflito de interesses. Baseia-se ela na autonomia da vontade das partes, cuja expressão dessa faculdade, reconhecida mais do que nunca nos Estados de Direito, a faz renascer.

Como se observa, a convenção é gênero de um ato ou negócio jurídico que engloba dois outros atos: a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral. Assim, pode-se definir a convenção de arbitragem como um acordo de vontades pelo qual as partes contratantes decidem resolver todos os litígios existentes ou que venham a surgir nas relações contratuais, por meio do juízo arbitral.

Não obstante, a Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 7º, assim define a convenção de arbitragem:

Convenção de arbitragem é aquela pela qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Uma convenção de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato, ou a de uma convenção autônoma.

De outra sorte, de acordo com o entendimento de José Cretella Neto, a Lei 9.307/96 supera barreiras legais, processuais e procedimentais, estabelecendo que a convenção de arbitragem:

É composta pela cláusula compromissória e também pelo compromisso arbitral e também porque dispensa o laudo de homologação pelo Judiciário. As conseqüências dessas inovações são: a) tornar obrigatória a cláusula compromissória, ou seja, existindo essa avença num contrato, não mais estão as partes apenas obrigadas a celebrar um compromisso arbitral – ao que antes podiam, sem maiores conseqüências, furtar-se – mas sujeita o contratante recalcitrante a ter de fazê-lo mediante ordem judicial, coativa, bastando o outro interessado requerer ao Poder Judiciário (art. 7º); trata-se

de ação especial, de rito simplificado, para promover o suprimento judicial da vontade da parte que se recusa a celebrar compromisso arbitral, que pouco retarda o início da arbitragem; e b) abreviar o tempo de julgamento, já que a sentença não mais precisa ser homologado pelo Judiciário. (2004, p. 17)

Em linhas gerais, “convenção de arbitragem, segundo a lei, é uma modalidade colocada à disposição das partes para que possam optar pelo juízo arbitral em substituição à justiça comum” (Cachapuz, 2005, p. 293). Tanto a cláusula arbitral, como o compromisso, não podem mais ser classificados como um pré-contrato. Esses não consubstanciam mais uma promessa a celebrar um compromisso, mais uma promessa de instituir o juízo arbitral. Pois somente com a aceitação do árbitro é que se tem instaurada a instância arbitral. (CARMONA, 2004, p. 89)

Importante ressaltar que a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, pacto através do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma determinada relação jurídica, passa a ser apta a afastar a competência do juiz estatal (Carmona, 2004, p. 35). Dessa forma, a convenção da arbitragem, celebrada entre particulares, pode-se apresentar de duas formas: ou as partes estabelecem desde o início o objeto do litígio e o nome dos árbitros, ou se comprometem a submeter à arbitragem quando das futuras querelas. A primeira pode-se dizer que é o compromisso arbitral, já a segunda é cláusula arbitral. Nesse sentido, TÂNIA LOBO MUNIZ assevera:

A convenção arbitral é formada pela junção do compromisso arbitral e da cláusula compromissória (art. 3º), e da soma do conteúdo destes instrumentos vamos encontrar as normas para instauração do juízo arbitral e julgamento do litígio (procedimento, árbitros, lei aplicável, objeto, partes, custas). Ou seja, cláusula e compromisso são partes do gênero convenção arbitral que tem o efeito de excluir a jurisdição estatal sendo motivo de extinção do feito sem julgamento de mérito (art. 267, VII, do CPC). (2006, p. 86)

A cláusula arbitral e o compromisso arbitral se diferem no tocante ao tempo do litígio, enquanto o segundo diz respeito a um litígio atual e específico, o primeiro refere-se a um litígio futuro e incerto. Outra distinção é “nas relações das controvérsias, na cláusula compromissória tem o caráter preventivo, somente das relações contratuais, já o compromisso arbitral comporta lides de relações contratuais e extracontratuais”. (KROETZ, 1997, p. 131)

De igual forma, a cláusula compromissória é um negócio jurídico que determina a subtração da jurisdição estatal das controvérsias que possam originar entre os contratantes, estabelecendo a competência da solução de seus eventuais litígios para instância arbitral. A celebração desse contrato há que ser realizada em momento anterior ao surgimento da lide, como pretensão deduzida em juízo estatal através da propositura de uma ação judicial, ou celebração do compromisso arbitral. Pode-se dizer, então, que a cláusula compromissória fará referência aos eventuais litígios que decorram de um contrato de fornecimento de mercadorias de longa duração, por exemplo. Nada impede que as partes ao identificarem a possibilidade de julgamento arbitral estabelecem cláusula compromissória para posteriormente deduzirem o litígio do compromisso arbitral. (KROEZ, 1997, p. 130)

Acrescenta-se a tudo isso a distinção de Paulo Furtado no que diz “compromisso dispõe sobre uma lide já nascida, enquanto a cláusula apenas representa a intenção das partes em definir aos árbitros a resolução de uma lide não existente ainda” (1995, p. 51). Nas palavras de Marco Aurélio Gumieri Valério, “o compromisso arbitral é definitivo, enquanto a cláusula compromissória é preliminar” (2005, p. 75).

Nesse sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA aduz que:

A convenção de arbitragem tem um duplo caráter como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula e compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral. (2004, p. 89)

Em última análise, o objetivo da convenção de arbitragem é “demonstrar, comprovar a vontade das partes. A exigência e o apego a formalidades excessivas apenas dificulta e vai contra a própria natureza e objetivo da arbitragem” (LIMA, 2003, p. 84). Nessa esteira, as convenções arbitrais nascem dos acordos dos interessados, “tendo seus limites na lei, que assegura a presença do Poder Judiciário, para evitar isso, como visto, que a liberdade contratual possa, por excesso de uma parte, escravizar a outra”. (AZEVEDO, 2001, p. 218)

Concluindo-se assim que, há distinção com relação aos dois institutos. O compromisso comporta controvérsias de relações contratuais e extracontratuais,

enquanto a cláusula compromissória, por seu caráter preventivo, somente as relações contratuais.

2.6.1 Da Cláusula Arbitral ou Compromissória

Inicialmente, a Lei de Arbitragem em seu art. 4º, § 1º, dispõe⁸¹: “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”. Por isso, se entende que as partes devem ser plenamente capazes e, ao firmar contrato, estipulará que as pendências que por ventura vier a surgir serão resolvidas por meio da arbitragem. Ainda, a cláusula “tem por efeito principal afastar a jurisdição do Estado, se invocada pelas partes, ou seja, possui caráter obrigatório e efeito vinculante, obrigando as partes a instituir a arbitragem” (MUNIZ, 2006, p. 88)

O objetivo da cláusula compromissória é o de apenas submeter eventual conflito à arbitragem, não se podendo olvidar que a cláusula não pressupõe, necessariamente, a obrigatoriedade do compromisso arbitral. Nesse sentido, CARLOS ALBERTO CARMONA aduz que:

[...] a cláusula pode ser completa, a ponto de conter todos os detalhes para a organização do tribunal arbitral em caso de ser necessária a solução do litígio (e basta pensar na hipótese de reportar-se o contrato que contenha a cláusula às regras de um órgão arbitral institucional), de tal sorte que estará de antemão (isto é, antes mesmo da ocorrência do fato) organizado o juízo arbitral, sem a necessidade do compromisso. (1998, p. 102)

Até a edição da Lei de Arbitragem, o juízo arbitral não fazia parte dos hábitos e da cultura jurídica nacional. Em face disso, as partes menos avisadas

⁸¹ Art. 4º- A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se em submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º- A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º- Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

podem não chegar a um consenso sobre a opção pela arbitragem, com dificuldades em escolher o árbitro, bem como em estabelecer o objeto do litígio. Diante disso, extremamente importante a atribuição de força imperativa à cláusula compromissória.

A Lei de Arbitragem, ao atribuir força vinculante à cláusula compromissória, resolve um dos maiores entraves à utilização da arbitragem no Brasil. existindo a cláusula compromissória, nenhuma das partes pode furtar-se da instituição do juízo arbitral, isso porque a cláusula compromissória dispensa qualquer ato subsequente, o que era exigido pela legislação anterior, sendo apta, por si só, para sujeitar o litígio ao juízo arbitral, importando em renúncia do direito de propor ação judicial para a solução do conflito.

Por outro lado, o modelo mais recente, divulgado em 2002, trouxe algumas inovações na cláusula compromissória, como as listadas a seguir: adoção de outros métodos alternativos de resolução de disputas, anteriormente à arbitragem, como a negociação em boa-fé (*senior executive negotiations*) e a mediação, regras para arbitragens multipartes, consolidação de arbitragens conexas, concessão de medidas cautelares e confidencialidade do procedimento arbitral⁸².

Como se depreende, a Lei de Arbitragem considera que a cláusula arbitral enseja uma “execução específica, seu descumprimento concede o direito da parte adimplente obter, em juízo, a instalação do juízo arbitral, pondo fim no principal obstáculo ao seu desenvolvimento” (VALÉRIO, 2005, p. 76), contrariando o posicionamento de Clóvis Bevilacqua, que advém de 1932, onde expõe que “a cláusula compromissória como uma mera obrigação de fazer, um *pactum de contrahendo*, ou seja, obrigação de se louvar em árbitros, e os juízes têm considerado”. (1997, p. 22)

Em outro momento, nos dizeres de Joel Dias Figueira Júnior, a cláusula arbitral poderá ser inserida nos “contratos conforme a vontade das partes, onde convencionam e se comprometem à jurisdição privada os litígios porventura surgidos e decorrentes do próprio contrato em questão” (1997, p. 115). Para Álvaro Vilaça Azevedo, a cláusula arbitral é “acordo que as partes incluem no contrato,

⁸² Weems, Philip and Bolton, Michael. Highlights of Key Revisions – 2002 AIPN Model Form International Operating Agreement, 2002, p. 23-26. Disponível em: <http://www.kslaw.com/library/pdf/2002_JOA.pdf> Acesso em 10.11.2007

nacional ou internacionalmente firmado, obrigando-se a submeter ao juízo arbitral os conflitos de interesses, que possam advir dessa contratação”. (2001, p. 204)

Nada obsta dizer também que a relação jurídica entre as partes deverá ser comprovada por contrato ou documento para que exista a cláusula compromissória. Desse modo, importante o entendimento de CÉZAR FIÚZA:

É contrato acessório, que só existe em virtude de outra relação jurídica, que pode ser, como vimos, de direito obrigacional ou real. É, também, contrato aleatório, por não se saber de antemão se irá concretizar-se, ou seja, se irá ser utilizada. (1995, p. 108)

O ensinamento de Pedro Batista Martins, de igual forma, fala que a cláusula arbitral é definida como “convenção preliminar ou preparatória, mediante a qual as partes se obrigam, no próprio contrato ou em ajuste ulterior, a submeter todas ou algumas das controvérsias que se originam da execução contratual” (1990, p. 43). Por tais razões que “as partes comprometem-se a acatar o procedimento que foi instituído para resolver divergências contratuais, constituindo, assim, uma promessa de contratar ou contrato preliminar de arbitragem que fica dependente do conflito, elemento que o torna exigível”. (VALÉRIO, 2005, p. 73)

Nessa seara, afirma Francesco Carnelutti que a cláusula compromissória é “o instrumento pelo qual é regulado o procedimento arbitral, mediante manifestação de vontade das partes, através do compromisso ou por meio de um acordo escrito que será levado ao julgamento pelos árbitros” (1999, p. 359).

Nesse sentido, deve-se dizer que a cláusula deverá ser, necessariamente, por escrito, poderá vir no próprio corpo do contrato ou em documento apartado, ou até mesmo em carta, fax, telegrama, desde que faça referência do contrato⁸³. Assinale ainda que, a cláusula arbitral tem a mesma natureza do compromisso arbitral, ou seja, vinculante, porque obrigatória entre as partes.

Por outro lado, a recusa de uma das partes em instaurar o juízo arbitral, uma vez estipulada no contrato, a outra parte poderá socorrer ao Judiciário para que cumpra o acordado, uma vez que a arbitragem exclui a apreciação do Judiciário (Cachapuz, 2000, p. 83). Diante desses casos, o contrato deverá criar

⁸³ Artigo 5º, da Lei nº 9.307/96.

regras específicas e minimamente detalhadas, aplicáveis só e somente naquele caso, sem ser prisioneira das regras gerais. (SILVA, 1997, p. 23)

É bem verdade que a cláusula arbitral pode ser cheia ou vazia. Esta acontece quando “simplesmente constar no contrato que a resolução do conflito, se houver, deverá ser resolvida pela arbitragem, e aquela quando no próprio contrato já ficar estipulado o procedimento a ser utilizado” (Cachapuz, 2005, p. 294). Portanto, as partes poderão convencionar as regras da arbitragem na própria cláusula ou em documento apartado. De acordo com a posição de Carlos Alberto Carmona a respeito da cláusula arbitral, ser cheia ou vazia, tem-se que:

O compromisso arbitral não é imprescindível para a instituição da arbitragem. Pode perfeitamente ocorrer que as partes disponham em determinada cláusula arbitral que qualquer matéria decorrente de um eventual contrato seja submetida à solução de árbitros, e ainda assim o compromisso será dispensável. Neste caso, os árbitros, instituída a arbitragem, poderão convocar as partes para melhor aferir os contornos do litígio, fazendo os esclarecimentos que julgarem oportunos no “adendo” a que se reporta o artigo 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, “adendo” esse, vale notar, à convenção de arbitragem, e não ao compromisso. (2004, p. 133)

Faz-se importante mencionar a natureza jurídica dessa cláusula que se concretiza em um negócio jurídico, fruto da manifestação lícita da vontade das partes, com escopo específico e determinado. Cabe somente a lei a eficácia dessa manifestação que gera dois efeitos distintos perante a cláusula compromissória: “o caráter negativo revela-se pela prorrogação da competência que retira a via judicial estatal a função de julgamento sobre o mérito. O positivo, ao implicar contribuições jurisdicionais aos árbitros de solucionar as controvérsias. (KROETZ, 1997, p. 131)

O que não se pode olvidar é a questão da nulidade da cláusula compromissória. Sendo uma norma autônoma⁸⁴, mesmo ocorrendo a nulidade do contrato ou outros vícios noutras cláusulas, não implica a nulidade na cláusula da arbitragem existente no contrato, conforme o artigo 8º, da Lei de Arbitragem. Permanece válida e eficaz a cláusula compromissória, sendo aplicada à solução de dúvidas decorrentes dessa relação. Por outro lado, se argüida à nulidade, pelo reconhecimento de suspeição, impedimento ou incompetência da cláusula, não mais

⁸⁴ Artigo 8º, da Lei de Arbitragem: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal nulidade deste que não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

produzirá efeitos, restando, assim, a apreciação do Judiciário no contrato de direitos disponíveis.

Diante do que, havendo a cláusula compromissória e não havendo consenso sobre o compromisso arbitral, poderá a parte interessada exigir, através de ação judicial, o seu cumprimento forçado. A cláusula compromissória deve ser interpretada como negócio jurídico distinto, ou seja, desvinculada das demais cláusulas do contrato, significando que os vícios que possam macular quaisquer das cláusulas do contrato não atingem a cláusula compromissória, sendo a recíproca verdadeira.

Assim sendo, a cláusula compromissória goza de autonomia em relação ao negócio principal, tendo validade independentemente da validade do contrato principal, podendo ser estipulada em documento separado, como já dito. Contudo ainda, a cláusula compromissória deve preencher os requisitos legais de validade⁸⁵ do negócio jurídico.

2.6.2 Do Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral ocorre quando nascido o conflito, sendo definido pela Lei nº 9.307/96, em seu artigo 9º e seus parágrafos, como sendo:

Art. 9º - 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.

§ 1º - O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º - O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

É o negócio jurídico no qual as partes submetem seus litígios a decisão de um ou mais árbitros. É ato formal, onde é fixado o objeto do litígio e é escolhido o (s) árbitro (s), comprometendo-se as partes a acolherem e acatarem a decisão a ser proferida. Do compromisso arbitral nasce uma relação jurídica entre as partes em conflito e o árbitro (s), relação a que se vincula o árbitro com a aceitação.

⁸⁵ Cfr. Art. 104 do Código Civil brasileiro: Art. 104: A validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei.

Desta forma, enquanto o juízo arbitral é matéria de direito processual, o compromisso arbitral, como negócio fica cingido ao direito material, tendo certa semelhança com a transação, pelo fato dos contratantes buscarem o fim da controvérsia.

Indubitável é que no compromisso arbitral, mesmo que a lei trazendo expresso o seu conteúdo e definição, pode-se verificar, na doutrina, a existência de divergências em relação a sua conceituação e natureza jurídica, buscando-se alguns conceitos anteriores e posteriores à Lei nº 9.307/96, para objeto de análise. (CACHAPUZ, 200, p. 85)

Aduz Rozane da Rosa Cachapuz, com o respeito devido ao posicionamento apresentado por Chiovenda⁸⁶, o compromisso arbitral foi conceituado como sendo um contrato processual, que tem como conteúdo o regulamento convencional do processo ou a renúncia dos direitos oponíveis. Assim, o compromisso arbitral implica em uma renúncia ao conhecimento de uma controvérsia por obra da autoridade judiciária. (2000, p. 85/86)

Já Pontes de Miranda⁸⁷ manifestou a respeito do compromisso arbitral, ensinando que chama-se compromisso o contrato pelo qual os figurantes se submetem, a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, sobre controvérsias, à decisão do árbitro. Também, entra na classe dos contratos que têm por fim a eliminação de incerteza jurídica. (CACHAPUZ, 2000, p. 86/87)

Indubitável que o Código Civil brasileiro tende mais para a preocupação com o objeto do compromisso, até porque somente no compromisso que se podia estabelecer o objeto do litígio, diferente da nova lei que prevê a constituição do objeto também na cláusula arbitral, se as partes assim desejarem. A esse respeito, ensina J. M. CARVALHO que:

Como requisito essencial para a validade do compromisso, exige o código, que conste do escrito o objeto preciso do litígio, que se submete ao juízo arbitral, com especificação de suas circunstâncias. O compromisso é ajustado para resolver uma pendência, a sua razão de ser, a causa determinante de sua existência não é senão a controvérsia que se quer dirimir. É lógico, pois, que a causa e a razão de ser do compromisso seja explícita e conveniente precisada no ato escrito. Daí a lei exigir conste o objeto preciso no compromisso. A exigência da lei não vai ao ponto de querer que se desça a especificações minuciosas, contentando-se com uma especificação genérica, desde que aos árbitros seja fornecida por

⁸⁶ Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, p. 775/778.

⁸⁷ Cfr. MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado, p. 317.

meio dela a indicação determinada e exata do objeto do compromisso. O que se quer é que o essencial seja determinado para, em confronto com o laudo dos árbitros, se ficar sabendo se eles não excederam no julgamento e se todos os pontos em litígio foram abordados. (CACHAPUZ, 2000, p. 86/87)

Nesse mesmo sentido, Hamilton de Moraes e Barros⁸⁸ escreveu a respeito do compromisso arbitral:

[...] a fixação do objeto do litígio deve ser ampla completa, sem quaisquer vazios, para evitar-se o vício da decisão fora ou além do pedido, bem como a perplexidade do árbitro, quando não investido de autoridade para decidir questão não prevista, mas que seja influente no resultado. O compromisso é celebrado, para que seja resolvida uma pendência. Essa pendência precisa, por isso, ser muito bem conhecida em seu conteúdo e em seus limites. (CACHAPUZ, 2000, p. 87)

O compromisso arbitral, nos dizeres de César Fiúza, é “a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter à decisão de árbitros por elas indicados”. (1995, p. 81)

Nessa hora, oportuno se torna dizer a natureza jurídica do compromisso arbitral, que seria um negócio jurídico, afinal é manifestação de vontade, voltada para a consecução de certo fim, desejado pelos agentes. A lei apenas tutela a emissão volitiva. A arbitragem é um negócio jurídico plurilateral, pois a vontade dos compromitentes não é oposta, mais dirigida para um fim específico de submeter suas contestações para um ou mais árbitros. Nesse sentido:

Não se cuida do compromisso de acordo para solucionar futuros conflitos de interesse entre as partes, como na cláusula arbitral, mas de lide existente entre elas, seja judicial ou extrajudicial. [...] O compromisso é, portanto, um contrato escrito, para dirimir conflitos de interesses, advindos de um contrato, anteriormente existente entre as partes. (AZEVEDO, 2001, p. 207)

Cumpra, ainda, observar que o compromisso arbitral é então o instrumento de que se valem os interessados para, de comum acordo, atribuir a terceiro, este denominado árbitro, a solução de pendências entre eles existentes. Acerca da natureza do compromisso arbitral, constitui o compromisso arbitral uma renúncia em buscar a solução de uma controvérsia por parte da autoridade judiciária. (CACHAPUZ, 2000, p. 88)

⁸⁸ Cfr. BARROS, Hamilton de Moraes e. Comentários ao código de processo civil, p. 481.

Por outro lado, é ainda oportuno distinguir as espécies de compromissos existentes, ou seja, o judicial e o extrajudicial. No judicial, o conflito de interesses é objeto de demanda judicial, podendo as partes resolver as pendências, no próprio processo, por termo nos autos perante juízo ou tribunal onde está em curso a demanda. Já no segundo, o extrajudicial, o conflito existe fora do processo, ou da iminência de litígio, entre as partes interessadas, podendo estas compor essa lide, por meio de escrito particular, com assinatura de duas testemunhas ou por instrumento público. (CACHAPUZ, 2000, p. 89)

Vale dizer que, as exigências do compromisso arbitral são aquelas contidas no artigo 10 e incisos, da Lei nº 9.307/96⁸⁹, que são a qualificação das partes e dos árbitros, ou a identificação do instituto que analisará o litígio em questão, sob pena de nulidade do compromisso. Convém observar que, se no compromisso não houver estipulação dos honorários dos árbitros, este valerá como título executivo extrajudicial, devendo ser fixados pelo Poder Judiciário, a requerimento dos árbitros.

Acrescente-se a tudo isso as causas extintivas do compromisso, que estão mencionadas no artigo 12 e incisos da lei em tela⁹⁰, quais são: escusa ou óbito de qualquer um dos árbitros, manifestação das partes de recusa de substituto e expirado o prazo para a prolação da sentença. A esse respeito, cumpre salientar que:

O compromisso arbitral pode ser estabelecido independentemente da existência anterior de cláusula compromissória, inclusive no curso do próprio processo judicial. Aqui, a instauração do Juízo Arbitral só ocorrerá por vontade das partes, vedada a obtenção do compromisso via Judiciário, diferentemente do que ocorre com a cláusula arbitral, que uma vez contida no contrato, mesmo se uma das partes resolver a não querer mais a Arbitragem, o Juízo Estatal está afastado. (CACHAPUZ, 2000, p. 91)

⁸⁹ Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I- o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II- o 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; III- a matéria que será objeto da arbitragem; e IV- o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

⁹⁰ Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

No entendimento de Álvaro Vilaça Azevedo, o compromisso arbitral é um contrato, sendo assim, os contratantes podem estabelecer cláusula penal (multa) de até 20% sobre o valor da contratação, em caso de descumprimento da sentença arbitral. Este percentual não está estabelecido por lei, resultando de seu entendimento razoável e justo. (2001, p. 209)

Em contrapartida, não se pode perder de vista que “uma coisa é o compromisso, cuja colocação no direito material ainda é passível de discussão, outra coisa é o juízo arbitral em si, do qual aquele (o compromisso) é veículo”. (FURTADO, 1995, p. 45)

Posta assim a questão, é de se dizer que o compromisso arbitral pode ser estabelecido independentemente da existência de anterior cláusula compromissória, inclusive no curso do próprio processo judicial. Nesse caso, a instituição do juízo arbitral só ocorrerá por vontade das partes, vedada a obtenção do compromisso via Judiciário, diferente do que ocorre com a cláusula arbitral, que uma vez contida no contrato, mesmo se uma das partes resolver não querer mais a arbitragem, o juízo estatal está afastado.

Como resultado pode-se constatar que o compromisso arbitral é formado por um acordo de vontades que estabelece o objeto litigioso entre as partes, com o propósito de excluir a solução da lide da jurisdição estatal, submetendo-a ao processo arbitral. Apesar da similitude com a cláusula compromissória quanto à formação e natureza contratual, o momento de sua constituição é posterior ao nascimento do conflito de interesses e é através dele que se limitam os contornos da lide, que será objeto de decisão arbitral, e sobre o qual revestirá os efeitos da imutabilidade da coisa julgada. (CACHAPUZ, 2000, p. 91)

Diante do que, pode-se verificar que a cláusula arbitral tem lugar com o aparecimento de litígio acerca do negócio havido entre as partes, com a finalidade de resolvê-los, da mesma forma que a cláusula compromissória tem o efeito de retirar do Judiciário a solução da questão remetendo-a a árbitros, juízes privados indicados pelos contendores, cuja decisão tem o poder de submeter às partes. Nela são estabelecidas as normas para a instauração e condução do procedimento arbitral que vai dar início à fase jurisdicional da arbitragem.

Desta forma, o (s) árbitro (s) não pode (m) e não deve (m), sob qualquer hipótese, comportar-se de forma autônoma, como um simples aplicador da fria norma jurídica ao fato concreto. Ele é o juiz de fato e de direito, e nesta posição

de julgador, é um interpretador da norma, é o sujeito imparcial entre os litigantes em conflito. Para alcançar o seu objetivo deve e necessita o árbitro usar todos os métodos fornecidos pela dogmática para a interpretação, ou seja, considerar os fins sociais a que se destina a lei e as exigências do bem comum, assim como também dever ter plena consciência do papel da ideologia no preenchimento das lacunas que o direito apresenta, sempre se buscando a justa composição do litígio que lhe é posto a julgamento.

2.7 DA FORMAÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL

Cumprido examinar que para se viabilizar a instauração do juízo arbitral válido e, portanto, hábil para gerar seus efeitos na órbita jurídica e no plano *factual*, faz-se mister que a provocação da jurisdição privada se verifique em atenção a certos requisitos de admissibilidade, para a sua instauração, existência e prosseguimento regular. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 172)

É sobretudo importante assinalar que, no plano do efetivo exercício de um direito subjetivo público de provocar a jurisdição privada à obtenção de uma pretensão voltada à satisfação do direito material violado ou ameaçado, isto é, a ação propriamente dita, os requisitos de admissibilidade da demanda válida são os mesmos da teoria geral do processo tradicional – interesse de agir, legitimidade e possibilidade do pedido.

Salienta-se que, para a relação processual tornar-se existente válida, a produzir todos os seus efeitos no mundo do direito e dos fatos, permitindo às partes a obtenção de uma sentença de mérito, imprescindível se torna que alguns requisitos específicos sejam atendidos. Esses requisitos ou elementos que conferem ao processo existência e validade são tecnicamente denominados pressupostos processuais. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 172/173)

Nessa esteira, classificam-se os pressupostos processuais com base no critério da pertinência, sendo que subdividem-se em: a) de existência (jurisdição privada; aceitação da nomeação pelo árbitro (s) e convenção de arbitragem); e b) de validade (juízo competente em razão da matéria; árbitro ou tribunal arbitral imparcial ou sem impedimento; capacidade e legitimação processual; requerimento ou petição inicial válidos e compromisso arbitral válido.

De igual forma, tendo em vista que o ato de estipulação da arbitragem praticado pelos sujeitos de uma determinada relação jurídica, de natureza civil ou comercial, verifica-se através de acordo de vontades e nos contornos do direito obrigacional no que pertine aos contratos, somente as pessoas que tenham adquirido a capacidade civil poderão valer-se desta forma alternativa de solução de conflitos.

Assim sendo, a cláusula compromissória da instituição do juízo arbitral para a solução de possíveis conflitos surgidos entre as partes contratantes, para ter validade e eficácia no plano do direito das obrigações, há de ser o contrato firmado por pessoa natural absolutamente capaz. A capacidade é elemento subjetivo. Não poderão se valer da arbitragem, além dos incapazes, o preso, enquanto durar o regime prisional, o insolvente civil e a massa falida, em face da universalidade dos juízos.

Vale ratificar que se está diante de matéria relativa à capacidade de estar no juízo arbitral e, portanto, de pressuposto processual de validade da instituição da arbitragem. Desta feita, não há que se confundir legitimidade ativa, que é uma das condições da ação, com a capacidade para estar ou instaurar o juízo arbitral. As concepções relativas a esses temas integrantes do procedimento civil da jurisdição estatal, assim como quase todos os seus institutos podem e devem ser transplantados para a jurisdição privada e adequados quando se fizer mister. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 174)

Por conseguinte, nos dizeres de Joel Dias Figueira Júnior há de se ressaltar que a cláusula compromissória de instituição da arbitragem é totalmente autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de maneira que a nulidade de um não acarretará, necessariamente, a nulidade do outro. (1999, p. 175)

2.7.1 Do Procedimento Arbitral

Depois de surgido o conflito, e existentes as normas do procedimento a ser utilizada, a arbitragem constitui um meio eficaz e célere para a solução das lides. Entretanto, a arbitragem não se perfaz pela simples nomeação dos árbitros ou da entidade julgadora, faz-se necessário o ato de aceitação expressa ou tácita do árbitro pelas partes. Qualquer omissão na cláusula arbitral será sanada pelo árbitro,

que possui os poderes para tal. O início da arbitragem ocorre quando o árbitro indicado pelas partes aceita sua nomeação. Se houver mais de um árbitro nessa condição, somente será instituída a arbitragem com a aceitação expressa de todos os integrantes do tribunal arbitral. (LIMA, 2000, p. 52)

Indubitável é que podem ser efetuadas correções ou sanadas as questões que o árbitro possua, quanto às regras que deverá seguir durante o procedimento arbitral. Para a perfeita continuidade da arbitragem, não pode haver qualquer dúvida procedimental. Se forem necessários esclarecimentos e detalhes, deve ser elaborado um termo aditivo que integrará a norma arbitral. (LIMA, 2000, p. 53)

Segundo os ensinamentos de Tânia Lobo Muniz, em sua Dissertação apresentada no Mestrado da PUC de São Paulo, de título Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96, à respeito do procedimento arbitral, tem-se que:

O teor das críticas, pode ser destacado em duas fases ou momentos de ocorrência: num primeiro momento, de caráter preambular, a convenção arbitral; num segundo momento, o procedimento arbitral propriamente dito, onde se desenvolve o processo arbitral, para, finalmente, chegar-se à resolução do conflito pela sentença. a expressão “arbitragem” abrange todo o instituto, designado a fase contratual, pré-arbitral (cláusula compromissória, compromisso arbitral - convenção arbitral) e a fase jurisdicional, do procedimento arbitral propriamente, que compreende a instância do juízo arbitral (formado pela vontade das partes) e a sentença arbitral. (1997, s/p.)

Também, como observa Rozane da Rosa Cachapuz, no procedimento, dar-se-á a discussão da causa, que será conduzida pelo árbitro ou tribunal, os quais assegurarão o contraditório, a ampla defesa e a igualdade das partes, possibilitando ao julgador uma decisão justa. Para isso através dos poderes que recebeu, adotará as operações e medidas necessárias ao julgamento, realizando audiências, instruindo e resolvendo incidentes. (2000, p. 156)

Nas palavras de Cezar Fiúza, “a simples designação dos árbitros não tem por efeito a instauração conseqüente do juízo arbitral. Este só se reputa instalado a partir do momento em que os árbitros nomeados aceitem a missão” (1995, p. 129). Portanto, o ato de aceitação do árbitro, para desempenho no juízo arbitral, é de suma importância, uma vez que esse ato é facultativo e se traduz pelo início do juízo arbitral. Segundo o artigo 19, da Lei nº 9.307/96, considera-se

instituída a arbitragem “quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”.

No tocante à nomeação dos árbitros, se as partes nomearem número par de árbitros, os próprios estarão autorizados a fazer a nomeação de outro árbitro, ou seja, o desempatador. Ainda, “sem acordo na nomeação destes *tertius*, as partes deverão requerer na justiça a nomeação deste árbitro ímpar, conforme traduz o artigo 13 da Lei de Arbitragem” (SILVA, 1997, p. 28).

Nesse sentido, Tânia Lobo Muniz preleciona que surgido o conflito, “as normas para sua solução são definidas; uma vez aceita pelo (s) árbitro (s) a incumbência de julgar, considera-se instituído o juízo arbitral. Tal aceitação pelo órgão arbitral é marco inicial da fase jurisdicional” (2000, p. 100). A aceitação não exige uma forma específica de pronunciá-la, podendo ser expressa ou tácita, neste se presume por todos os atos inequívocos realizados pelos árbitros.

Caso não haja a arbitragem instituída, existe apenas mera expectativa de formação do tribunal arbitral (Carmona, 2004, p. 240). É por esse motivo que pela simples nomeação não se instaura o juízo arbitral, pois podem ocorrer os casos de suspeição ou impedimento dos árbitros, que serão mencionadas na primeira oportunidade das partes se manifestarem “sob pena de preclusão, ou seja, perda da oportunidade de promover a execução” (Parizatto, 1997, p. 63). A forma que será manifestada o incidente processual de exceção é através de recurso apresentado pelo árbitro ou tribunal. Ainda entende o autor:

Instituída a arbitragem, poderá o árbitro, ou o tribunal arbitral entender acerca da necessidade de explicar, ou seja, de se esclarecer determinada questão constante na convenção de arbitragem elaborada pelas partes. Neste caso, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, onde constarão as questões suscitadas, cujo documento será firmado, ou seja, assinado por todos e que doravante passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (1997, p. 62)

Como se observa, ocorrendo divergências acerca da arbitragem, deverão os árbitros suscitá-las, permitindo, assim, o prosseguimento da arbitragem sem questões controvertidas. Essa prudência é recomendada para o árbitro que, desde logo, procure o consenso das partes para completar as disposições da convenção da arbitragem, evitando, assim, futuras alegações de nulidade. Ao que tange a nomeação dos árbitros pela jurisdição estatal. Bem observa CARLOS ALBERTO CARMONA ao dizer que:

Mesmo com a instituição da arbitragem por via judicial exige a aceitação por parte do árbitro. Desta forma, indicado pelo juiz togado, o árbitro que irá solucionar o conflito, deverá manifestar sua aceitação para, só então, ter-se por instituída a arbitragem. E já se viu que o legislador não foi cauteloso nesse ponto, deixando de exigir que o árbitro indicado manifestasse, desde logo, sua aceitação, evitando novos incidentes. (2004, p. 240)

Vale ressaltar que o adendo não exige que seja no mesmo molde do compromisso ou da cláusula arbitral, ou seja, escritura pública ou documento particular.

Nada obsta que se diga, também, que a atividade do árbitro no juízo arbitral é verdadeira atividade jurisdicional, substituindo a jurisdição. Porém, essa jurisdição arbitral é uma jurisdição contenciosa, atuando na substituição da jurisdição ordinária, sendo exercida por particulares. (FURTADO, 1995, p. 43-45)

Outro aspecto importante se faz quando existe cláusula compromissória e há resistência quanto à sua instauração. Com fulcro no artigo 639, do Código de Processo Civil⁹¹, dispõe que o que se comprometeu a concluir um contrato e não o fez, poderá ser substituída por uma sentença que produza o mesmo efeito. Dessa forma, é que a parte interessada para a realização da arbitragem poderá pleitear a substituição da vontade da outra parte, pela sentença judicial, assim entendido por CARLOS ALBERTO CARMONA:

Para que a cláusula compromissória pudesse permitir a propositura de demanda objetivando sentença substitutiva da declaração de vontade da parte resistente, seria necessário que contivesse os elementos essenciais do compromisso, a saber, qualificação das partes, dos árbitros, objeto do litígio e declaração de responsabilidade pelas despesas com a arbitragem. (2004, p. 142)

De outra sorte, tem-se que um dos efeitos da convenção de arbitragem é a de determinar a extinção do processo intentado no Judiciário por uma das partes, sem julgamento de mérito. Vale dizer, se houver a convenção de arbitragem poderá a parte alegar que existe a cláusula compromissória e/ou o compromisso arbitral, cabendo ao juiz extinguir o processo sem julgamento de mérito, uma vez que o artigo 41, da Lei nº 9.307/96, alterou a redação do inciso VII, do artigo 267, do Código de Processo Civil, substituindo a expressão “compromisso arbitral” por

⁹¹ Artigo 639 do Código de Processo Civil: “Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”.

“convenção de arbitragem”, para determinar a extinção do processo sem julgamento de mérito, tanto se houver cláusula arbitral ou compromisso arbitral, já que ambas fazem parte do gênero “convenção de arbitragem”.

Nesse sentido, Paulo César Pinheiro Carneiro ensina que “firmada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, em princípio, nenhuma das partes, isoladamente, poderá, de forma eficaz, substituir a arbitragem pelo procedimento judicial visando solucionar o conflito”. (1997, p. 69)

O artigo 7º, da Lei da Arbitragem⁹² dispõe sobre a ação de arbitragem, que será intentada contra a parte que contratou cláusula compromissória, mas se recusa a firmar o compromisso arbitral. O autor intentará junto ao Judiciário uma ação, na qual pedirá que a final seja julgada procedente, cuja sentença determinará a instituição da arbitragem, sentença esta de caráter predominantemente condenatório, que valerá como compromisso arbitral. Dessa sentença caberá recurso de apelação, sem efeito suspensivo, contudo, a sentença proferida pelo árbitro ficará sem efeito caso o recurso reforme a decisão proferida na ação de arbitragem.

2.8 A SENTENÇA ARBITRAL: CUMPRIMENTO E EXECUÇÃO

No que tange à função da sentença arbitral, explica bem Joel Dias Figueira Júnior que, assim como aquela proferida pelo Estado-juiz, a sentença arbitral tem por escopo imediato e principal a solução do conflito de interesses que

⁹² Art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º. O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º. Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º. Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos artigos 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º. Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º. A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º. Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º. A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

lhe foi submetido a conhecimento pelos litigantes insatisfeitos diante da violação a direito patrimonial disponível, ou ameaça de violação de determinada relação jurídica ou fática, dentro dos contornos assinalados no compromisso arbitral (1997, p. 182). Atingindo também, outras finalidades, o que se dá por intermédio de sua função pacificadora dos conflitos sociais, econômicos, comerciais e políticos, seja de ordem interna, seja de ordem internacional, de forma muito mais célere, simplificada e menos onerosa às partes litigantes.

Roborando esse entendimento, opina Carreira Alvim que: “a sentença deriva da vontade do Estado, sem embargo de tratar-se de jurisdição voluntária, vez que ale lhe confere os mesmos efeitos da sentença judicial”. (2004, p. 345/346)

De forma a propiciar uma busca do ideal das resoluções dos conflitos, a Lei nº 9.307/96 equiparou a sentença arbitral à sentença prolatada pelo Poder Judiciário, tornando a decisão um título executivo judicial. A respeito da diferença existente entre a sentença arbitral e a judicial, NELSON NERY JÚNIOR preleciona que:

[...] ambas, a nosso ver, constitui exteriorização do poder jurisdicional. Apenas se distanciam quanto ao aspecto confiança, que preside o negócio jurídico de compromisso arbitral, estando ausente na jurisdição estatal, cujo órgão não pode ser escolhido pelas partes e cuja sentença é imposta coativamente aos litigantes. Enquanto no compromisso arbitral as partes convencionam acatar a decisão do árbitro, na jurisdição estatal o réu é compelido a responder ao processo, ainda que contra a sua vontade, sendo as partes obrigadas a obedecer ao comando emergente da sentença.

Nesse sentido, Sílvio da Salvo Venosa conceitua sentença arbitral como sendo “o ato que encerra a atividade dos árbitros e põe termo ao compromisso arbitral”. (2003, p. 601)

Em linhas gerais, o árbitro tem o poder de formar livremente seu convencimento, quanto à verdade apurada na arbitragem, externando-o através da sentença arbitral. A sentença, no momento final do processo, deve estar pautada nos critérios e parâmetros apontados pelas partes na convenção arbitral e preencher os requisitos legais, apresentando a motivação e a fundamentação que o levaram à solução⁹³. Pelo que, “o árbitro acolherá os argumentos e provas, resolverá as

⁹³ Cfr. define a questão HAMILTON DE MORAES E BARROS. In: Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense. v. IX, 1980, p. 510: “Não é o laudo um julgamento de plano, uma decisão arbitrária, e muito menos caprichosa, inteiramente distanciada dos termos da

questões fáticas e jurídicas trazidas pelos litigantes para, ao final, proferir a decisão que entregará a tutela pleiteada” (CARMONA, 2004, p. 278).

No mesmo sentido, Paulo César Pinheiro Carneiro aduz que isto implica na necessidade de “apreciar as provas produzidas, os fatos e os argumentos aduzidos, atendo-se às normais legais escolhidas pelas partes, às normas de ordem pública, à moral e aos bons costumes e às máximas da experiência” (Carneiro, 1997, p. 148/150). Ressalte-se ainda que, os árbitros não podem decidir acerca dos direitos indisponíveis ou ferir a soberania nacional, devendo respeitar os princípios constitucionais processuais do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento; normas escolhidas partes e outras.

Corroborando com esse entendimento, Tânia Lobo Muniz ensina que a sentença, momento final do processo, “(...) deve ser pautada nos critérios e parâmetros apontados pelas partes na convenção arbitral e preencher os requisitos legais, apresentando a motivação e a fundamentação que o levaram à solução” (2006, p. 131). Ainda, a autora preleciona que a sentença “faz coisa julgada, torna-se imutável, e se for condenatória constitui-se em título executivo judicial (art. 584, III, CPC), processando-se a fase executória perante o Judiciário, de acordo com as normas do Código de Processo Civil”⁹⁴ (2006, p. 135).

É ressaltante ressaltar as palavras de Carlos Alberto Carmona, que assim ensina: “o ato mais relevante do árbitro no processo por ele capitaneado é, sem dúvida, a sentença, momento em que o julgador outorga a prestação jurisdicional pretendida pelas partes” (2004, p. 277). Assinale ainda, o pensamento de César Fiúza que conceitua a sentença como: “a decisão prolatada pelos árbitros após concluída sua instrução, acerca de disputa que lhe foi submetida” (1995, p. 150). De igual forma, as palavras de José Anchieta da Silva: “sentença arbitral é lei expressa. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário”. (1997, p. 30)

Importa novamente dizer que a sentença arbitral constitui título executivo judicial e deverá ser proferida no prazo avençado entre as partes. Esta

controvérsia. Mesmo que esteja autorizado a decidir por equidade, *‘ex bono et aequo’*, tem o árbitro de fundamentar a sua decisão, dizendo os fatos a que se apegou, os existentes e os inexistentes, bem como os motivos por que chegou a uma determinada solução”.

⁹⁴ Cfr. as palavras de PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS. In: Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. Revista de Processo. São Paulo, nº 77, jan/mar. 1995, p. 49: “A lei confere à decisão arbitral eficácia de sentença declaratória ou constitutiva, viabilizando-a como título executivo nas decisões condenatórias, possibilitando, assim a execução das obrigações de dar e fazer”.

sentença deriva da vontade do Estado, sem embargo de tratar-se de jurisdição voluntária, vez que a lei lhe confere os mesmos efeitos da sentença judicial. a decisão deverá ser dada, em documento escrito, visto que se a parte vencida não cumprir o decisório, este documento, com os mesmos efeitos da sentença judicial, poderá ser executado no Juízo comum. (SZKLAROWSKY, 2005, p. 64)

Não se pode olvidar que a sentenças arbitrais serão sempre classificadas em função de seu resultado, ou seja, declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva “*lato sensu*”. Preleciona Joel Dias Figueira Júnior que a lei de arbitragem “admite as tutelas ressarcitória, recuperatória, inibitória, declaratória ou constitutiva. As demandas acauletórias de caráter preparatório e as executórias “*stricto sensu*” deverão ser propostas perante o Estado-juíz”. (1997, p. 178)

Por conseguinte, é através do fundamento da sentença que se “protege a justiça do árbitro e a imparcialidade, trazendo a certeza e a segurança para as partes, o que propicia à decisão confiabilidade, estabilidade, força e executoriedade (Muniz, 2006, p. 133). É nessa parte, que serão mencionadas as razões do convencimento, acolhendo ou rejeitando a pretensão dos litigantes. Também, Joel Dias Figueira Júnior aduz que: “o árbitro decidirá o conflito nos limites em que foi proposto, sendo-lhe defeso conhecer as questões não suscitadas”. (1997, p. 177)

Vale ressaltar ainda que, a lide arbitral sempre e somente versará sobre direitos patrimoniais disponíveis, caso contrário o árbitro remeterá ao Poder Judiciário. Nesse sentido, João Roberto da Silva aduz que “é considerado o aspecto mais polêmico da sentença arbitral, pois é necessário descrever o direito aplicado no respectivo julgamento”. (SILVA, 2004, p. 81)

Em regra geral, com a sentença arbitral entregue às partes, dá-se por findo o procedimento arbitral, a menos que ocorra, dentro do prazo legal de cinco dias, a manifestação de qualquer das partes alegando uma dúvida, obscuridade, contradição, omissão, erro material. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona preleciona que em sendo a atividade jurisdicional arbitral reservada, sigilosa, “não há publicação da sentença arbitral, limitando-se o julgador a informar as partes acerca do resultado do processo, desse modo, está terminada a função do árbitro, cessando os poderes que as partes lhe conferiram. (2004, p. 302)

Acrescenta-se que ainda que, o efeito principal da sentença arbitral é “a produção de resultados concretos no plano material e do direito objetivo,

reequilibrando a relação fática ou jurídica violada ou ameaçada, como forma de satisfação da pretensão resistida da parte vencedora” (Figueira Júnior, 1997, p. 179). Por outro enfoque, a sentença “determinará pela lei que regula o procedimento arbitral escolhido pelas partes e, subsidiariamente, conforme a legislação sobre arbitragem aplicável na sede do Tribunal Arbitral. (CACHAPUZ, 2000, p. 197)

Salienta-se também que, em relação à eficácia da sentença, decorre da lei e da vontade das partes, de onde, apesar da norma contida no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dá ao Judiciário o poder de dirimir controvérsias, abra-se espaço à participação do indivíduo, ao permitir a lei que, manifestando sua vontade, ele opte pela via arbitral, desprezando a judicial e outorgando força à decisão do órgão arbitral, pelo que, não mais necessita de homologação.

A esse respeito, Marco Aurélio Gumieri entende que diz respeito ao resultado e a capacidade de produzir efeitos. Desse modo, parafraseando o citado autor, a nulidade da sentença arbitral ocorre por não terem sido observadas as formalidades necessárias à sua eficácia, como nulidade do compromisso, se ela emanar de quem não podia ser árbitro, se a decisão atravessar os limites da convenção arbitral, ou ainda, se ela não decidir todo o litígio submetido à arbitragem. (VALÉRIO, 2004, p. 91)

Como se verifica do artigo 31, da Lei nº 9.307/96⁹⁵ a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do poder Judiciário. Roborando o assunto, JOÃO ROBERTO PARIZZATO explica que:

A eficácia da sentença arbitral como título executivo judicial, decorre da própria prolação, havendo condenação, não mais necessitando essa de qualquer homologação pelo próprio órgão do Poder Judiciário, como anteriormente se exigia. Desapareceu com a Lei nº 9.307/96, a figura da homologação pelo Poder Judiciário, pelo que a sentença proferida pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, terá eficácia de uma sentença proferida por tal órgão, independentemente de qualquer interferência deste. (1997, p. 100/101)

Diante do que, uma vez proferida a sentença arbitral, haverá trânsito em julgado, pois no momento em que as partes nomeiam um árbitro, este recebe delas um verdadeiro poder de decidir, impondo em caráter obrigatório e vinculativo,

⁹⁵ Artigo 31, da Lei nº 9.307/96: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

a solução para um determinado conflito de interesses, aplicando a norma ao caso concreto, decidindo a lide de forma definitiva, por meio de uma jurisdição privada e totalmente voluntária.

Qual então, a efetiva diferença entre a sentença proferida pelo árbitro e aquela proferida pelo juiz estatal? A falta de executividade reside no maior ponto de distanciamento entre a sentença estatal e a sentença arbitral. Além de outros pontos, como, por exemplo, a sentença arbitral não pode ser objeto de ação rescisória, mas de ação anulatória, art. 33, da Lei n. 9.307/96. A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser feita na ocasião da oposição de embargos do devedor, § 3º, do referido artigo, enquanto a sentença estatal só pode ser tornada nula, via embargos, nas hipóteses da *querela nulitatis insanabilis*.

É preciso ainda dizer que a sentença arbitral é irrecorrível, nenhum recurso cabe contra a decisão de mérito do juízo arbitral. O artigo 18, da Lei de Arbitragem⁹⁶ dispõe que “(...) e sua decisão não fica sujeita a homologação do Poder Judiciário.

Sobre o assunto, Carreira Alvim aduz que “nem mesmo as partes podem desejar submeter-se ao duplo grau de jurisdição, porque afronta o princípio da ordem pública”. (2004, p. 369)

Proferida a sentença arbitral, esgotam-se os poderes do árbitro, e tais poderes somente serão restaurados se alguma das partes opuser embargos de declaração, ou, se anulada a sentença arbitral, for o caso de proferir nova decisão, segundo dispõem os artigos 30, 32 e 33, todos da Lei nº 9.307/96⁹⁷.

É importante salientar que, a finalidade da ação de nulidade é a desconstituição da sentença arbitral para que a parte não mais seja obrigada a se submeter à autoridade da coisa julgada, ou seja, visa retirar os efeitos da sentença

⁹⁶ Artigo 18, da Lei nº 9.307/96: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.

⁹⁷ Artigo 30, caput, da Lei nº 9.307/96: “No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I- corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II- esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”.

Artigo 32, da Lei nº 9.307/96: “É nula a sentença arbitral se: I- for nulo o compromisso; II- emanou de quem não podia ser árbitro; III- não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV- for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V- não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI- comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII- proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII- forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

Artigo 33: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

arbitral. Porém, se a sentença arbitral for meramente declaratória ou constitutiva, o interessado deverá, obrigatoriamente, intentar ação de nulidade, sob pena de não o fazendo, não mais poder discutir os vícios apresentados, posto que não cabe ação rescisória de sentença arbitral. Se a decisão for condenatória, poderá o devedor optar por agir a nulidade em embargos do devedor, conforme o artigo 741, do Código de Processo Civil, que trata da execução de título judicial.

Diante do que, pode-se concluir que, internamente, no âmbito do juízo arbitral, podem os contendores modificar ou rediscutir a sentença arbitral, tanto através de embargos de declaração, quanto de outros recursos previstos pelas partes; e, externamente, na esfera judicial, se a decisão emanada do Juiz arbitral for viciada, as partes têm o direito de se socorrerem do Judiciário para analisar as questões que acarretam a nulidade, via ação de nulidade ou embargos do devedor.

E, como decorrência desta configuração conferida à decisão arbitral, equiparando-a a judicial, deixou-se de exigir sua homologação pelo Judiciário para o reconhecimento de seu efeito e poder, tanto internamente, uma vez que, como sentença, se condenatória, é passível de execução, quanto internacionalmente, bastando, para que a decisão estrangeira seja executada no Brasil, que tenha sido proferida de acordo com a lei do local da prolação, sendo, perante aquele ordenamento, considerada exeqüível, e que seja homologada pelo Superior Tribunal de Justiça, em que pese o estabelecido no artigo 35⁹⁸, da Lei de Arbitragem, com o advento e vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a competência para a referida homologação passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, eis que o então artigo 102, alínea “h”, da Constituição Federal de 1988, foi por ela revogado. Assim, deixando de exigir o duplo *exequatur*, pela justiça estrangeira e pela brasileira, a não ser que aquela legislação assim o exija.

De modo que, autorizado está a concluir que a arbitragem é atividade jurisdicional, contenciosa, exercida por particulares em substituição à jurisdição ordinária, consistindo em meio nada desprezível de solução alternativa dos conflitos individuais e coletivos.

⁹⁸ Artigo 35, da Lei nº 9.307/96: “Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”.

CAPITULO III - A ARBITRAGEM NO ÂMBITO INTERNACIONAL

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O instituto da arbitragem foi um instrumento largamente utilizado por diferentes países nas controvérsias internacionais entre os Estados, envolvendo, sobretudo, questões históricas de posse e domínio dos territórios contestados. Lembra-se do laudo arbitral de Sua Santidade, o Papa João Paulo II, no caso do *Canal de Beagle*, entre a Argentina e o Chile, que evitou um conflito armado entre as duas nações, há alguns anos. O Brasil mesmo resolveu questões graves de suas fronteiras, com o recurso à arbitragem internacional. Na questão de Palmas, com a República Argentina, ambos os países concordaram em submeter suas demandas ao laudo arbitral do Presidente dos Estados Unidos que, por sinal, deu ganho de causa aos direitos reclamados pelo Brasil. O segundo caso relevante foi o das pretensões francesas na Amazônia, suscitadas na demarcação de limites da Guiana com o Brasil, igualmente submetido a um árbitro internacional, o Presidente da Confederação Suíça, em que mais uma vez foram sancionados os direitos do Brasil e, por fim, as questões de limites com a Guiana Inglesa, em que a Inglaterra também manifestava pretensões sobre a Amazônia, resolvidas pelo Tratado de Arbitramento, de 6 de novembro de 1901.

A integração dos povos e culturas, decorrente da globalização e a sempre crescente gama de relações, seja de caráter comercial ou não, dá ensejo ao surgimento de diversos conflitos que, por sua vez, precisam ser solucionados de forma segura, rápida e eficaz.

Essas situações mostram-se ainda mais complexas quando envolvem partes de diferentes nacionalidades, diferentes culturas, ou mesmo entre duas nações.

Nas últimas décadas, a arbitragem internacional tem se consagrado mundialmente, eis que no direito comparado, como na França e na Espanha, vem encontrando, na variedade das soluções arbitrais internacionais, baseadas na equidade, nos princípios gerais de direito e nas práticas do comércio internacional, assim como na proliferação de tratados e convenções internacionais a respeito.

Nesse intuito foram criadas organizações e firmados acordos multilaterais, visando congregar e normatizar as relações interestatais, públicas e

privadas, no âmbito político, social, econômico, monetário, comercial, etc. Dentre esses estão os tratados relativos à arbitragem no empenho de incrementar e viabilizar sua utilização como meio pacífico e apropriado às lides internacionais.

A arbitragem comercial internacional dispõe hoje de um verdadeiro aparato transnacional, formado por convenções internacionais, leis internas, regulamentos sobre procedimentos de arbitragem, usos e costumes devidamente compilados, instituições de arbitragem sólidas e respeitáveis, uma comunidade de profissionais especializados composta de árbitros, advogados peritos e estudiosos acadêmicos, jurisprudência própria, amplíssima bibliografia, congressos, seminários, conferências, revistas especializadas, etc., não se aplicando os conceitos de esgotamento e de preclusão sobre um litígio não resolvido entre Estados.

Na esfera internacional assevera JOSÉ CRETELLA NETO que:

O cumprimento da decisão pela parte perdedora é voluntário, e a experiência revela que a resistência em cumprir a decisão arbitral é infreqüente, pois as relações entre as partes são contínuas e de longa duração. A parte que deixa de cumprir a decisão passa a ser discriminada pela comunidade com a qual se relaciona, seja a política – no caso dos Estados – seja a comercial – caso das empresas transnacionais, que comercializam produtos e/ou serviços em diversos mercados. No plano internacional, o cumprimento segue as regras costumeiras do Direito Internacional, regidas pelo princípio da coordenação entre os atores. Não cabe falar, na ordem internacional, na fase de execução, em caráter contratual ou processual da arbitragem, e sim, na aceitação dos princípios informativos dessa ordem jurídica pelas partes, diversos dos da ordem interna. (2004, p. 24)

A atividade estatal apresenta-se multifacetada, tanto interna, exercendo seu poder jurisdicional limitador, quanto externamente, visando propiciar a uniformização, cumprimento e desenvolvimento das normas que compõem a ordem internacional. Essa atuação abrange aspectos da política social, monetária, alfandegária e tributária.

Nesse sentido, cabe lembrar PAULO NOGUEIRA BATISTA que expõe:

O caráter descentralizado da sociedade internacional conspira, na verdade, intrinsecamente, contra a idéia de ordenamento da vida internacional, entendido este como um sistema de regras para a atuação dos Estados e para solução de inevitáveis controvérsias. [...] Não obstante a conotação inerentemente positiva do vocábulo ordem, a noção de ordem internacional não é, de resto, necessariamente, sinônimo de paz entre as nações e muito menos de equidade nas relações entre os povos, algo, portanto, que se deva saudar como objetivo a realizar-se, a qualquer preço, no interesse da comunidade das nações. A ordem, no plano externo como no internacional, costuma ser estabelecida e mantida como sacrifício da própria justiça. A

manutenção da ordem depende de uma competente administração do poder. Porém, apesar da crítica, não há como abrir mão de uma ordem internacional que possibilite normatizar as relações e a solução de conflitos, pois, se diante da existência de tais preceitos nem sempre se faz a justiça, não reconhecer a importância deles seria como acatar que prevalecesse sempre a lei do mais forte em detrimento do mais fraco. (1992, p. 33)

Diante de uma realidade em constante e acelerada transformação, a forte atuação estatal muitas vezes acarreta entraves às relações privadas. Inerente ao objetivo de integração da sociedade e da ordem internacional, considerando-se a existência de impasses e conflitos, que necessitam de meios para sua composição amigável, encontra-se o estabelecimento de mecanismos de solução pacífica dos conflitos que assegurem a estabilidade social. Dentre estes está a formação de um sistema jurisdicional mundial, tendo como meio principal a arbitragem, tanto a pública quanto a privada, visando à disseminação de sua utilização.

A arbitragem internacional é um modo de solução de litígios empresariais que conta com características especialíssimas. Já se firmou que a arbitragem é fundada na autonomia privada e na boa-fé. Se assim é para as relações jurídicas exclusivamente internas, com muito maior razão será para as que ultrapassem as fronteiras dos países. Um fato inegável é que a fonte primordial da arbitragem será sempre contratual e consensual, por mais que legislações, instituições e poderes públicos dela se ocupem.

Um dos propósitos fundamentais da arbitragem, desse modo, será contemplar as legítimas expectativas das partes, ligadas às vantagens desse método privado e alternativo de resolução de litígios, que induzem as partes a contratá-lo.

Por outro lado, o árbitro independe do Estado e de seu ordenamento jurídico; recebe seus poderes e tem sua missão definida nos termos da convenção da arbitragem: essa é a sua lei. O percurso trilhado no processo arbitral até a decisão proferida pelos árbitros, deve ser o mais amigável e racionalizador possível, sem apego às estruturas típicas do contencioso⁹⁹. O caráter de informalidade e discricionariedade deve coordenar o processo decisório.

A arbitragem apresenta, para os negócios internacionais, a grande vantagem de poder ser desempenhada, por exemplo, num terceiro país, neutro, livre de eventuais preconceitos e condicionamentos frequentemente encontráveis em

⁹⁹ Cf. M.N. SHAW. *International Law*, 3rd Edition, Cambridge Univ.Press, 1999, p. 628

certos locais. Possibilita aos árbitros uma aplicação mais flexível da lei ou do sistema jurídico escolhido ao fundo da causa, na pesquisa da conexão mais apropriada ao contrato, quando as partes não tenham designado a lei de regência ou o tenham feito imperfeitamente.

Há muito tempo, no início do século passado, em 1907, por ocasião da 2ª Conferência da Paz em Haia, foi cunhada uma frase, ainda hoje muito conhecida e repetida por vários juristas estrangeiros que se dedicam à arbitragem internacional: “O instituto da arbitragem vive da confiança, o Judiciário da obediência”. Essa frase é de autoria do delegado do Brasil naquela conferência, o brasileiro Rui Barbosa.

De fato, a arbitragem é um ato que se caracteriza pela confiança. Confiança nos árbitros, confiança no Tribunal Arbitral.

A possibilidade que têm as partes de indicar os árbitros que irão resolver sua disputa é que faz da arbitragem o instrumento de uso cada vez mais crescente no comércio internacional.

Em contratos internacionais, com ou sem razão, as partes evitam confiar o destino de uma eventual disputa à Justiça Estatal de um país diverso de sua origem. Em uma palavra, desconfiam da Justiça Estatal. A tendência natural é a de confiar a resolução do litígio a árbitros de sua livre escolha.

3.2 A LEI MODELO – UNCITRAL E O COMÉRCIO INTERNACIONAL

A expressão arbitragem comercial internacional foi consagrada pela Convenção Européia de 21.04.1961, firmada em Genebra, e pela Lei Modelo adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – CNUDCI (ou UNICITRAL) em 21.06.1985 e aplica-se a litígios de natureza mercantil que surgem entre particulares ou entre particulares e um Estado, por força de um contrato comercial internacional que existe entre as partes. A referida Lei Modelo define arbitragem comercial internacional no Artigo 1.3., e sua importância foi ressaltada no Prólogo do Regulamento da Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, de Paris.

A *American Arbitration Association*, entidade privada e pioneira, que desde a primeira metade do Século XX é considerada referência institucional para

as denominadas *Alternative Dispute Resolutions* – ADRs (Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias) define arbitragem comercial¹⁰⁰.

O jurista Irineu Strenger observa que uma das principais características dos contratos internacionais é sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, centro de principais atividades e até a própria conceituação legal. (1992, p. 4-7)

José Cretella Neto infere que a arbitragem – qualquer que seja a tipologia – apresenta dupla faceta, constituindo-se, simultaneamente, em:

- a) mecanismo judicialiforme para a solução de controvérsias entre as partes, convivendo com o sistema estatal, vale dizer, o judiciário-processual, e com outros mecanismos de solução de controvérsias pela via extrajudicial, como a conciliação, a mediação e os bons ofícios; vista sob esse ângulo, a arbitragem constitui espécie de processo;
- b) procedimento previsto e instaurado por iniciativa dos litigantes, isto é, informado claramente pelo princípio da autonomia da vontade, dado que é voluntária; sob esse aspecto, a arbitragem revela-se verdadeiro contrato ou, quando se referir a litígios interestatais, tratado internacional. (2004, p. 33)

O bom funcionamento da arbitragem internacional requer que as leis dos diversos países que a regulam sejam harmônicas. Com esse objetivo, a Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (“*United Nations Commission on International Trade Law*”) – UNCITRAL, em 11/12/1985, pela Resolução nº 40/72, em sua Assembléia Geral na 112ª Reunião, aprovou uma Lei Modelo de Arbitragem, conhecida como Lei Modelo da UNCITRAL¹⁰¹, que vem servindo de inspiração às leis nacionais de diversos países para, como o próprio nome diz, servir como modelo para outros acordos que versem sobre o mesmo tema. Interessam em uma arbitragem internacional as leis adjetivas pertinentes ao país da sede da arbitragem e ao país em que a sentença arbitral deverá ser reconhecida e executada.

¹⁰⁰ A submissão de um litígio a uma ou mais pessoas neutras, para que a resolvam de modo definitivo. Por meio de cláusulas contratuais, as partes podem estabelecer o alcance das questões a examinar, a extensão da decisão a ser proferida, bem como muitos aspectos procedimentais do processo.

¹⁰¹ UNCITRAL: esse Código Modelo da Arbitragem foi elaborado por uma comissão formada por juristas de vários países, que recomendaram aos Estados-membros que, ao elaborarem suas respectivas legislações internas sobre a matéria ou procederem a sua revisão, considerassem a orientação ali contida.

Assim, a Lei Modelo da UNCITRAL aplica-se à arbitragem do comércio internacional. Estipula, no artigo 1º, o que é considerado arbitragem internacional¹⁰² e prevê que essa Lei não se põe a nenhum acordo multilateral ou à outra lei do Estado, em virtude de que certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou que adotem modos de aplicação - com relação à arbitragem - diferentes dessa Lei.

Alguns Estados adotaram a Lei Modelo por inteiro, outros se adaptaram à maior parte de seus dispositivos, de forma que existem países que podem ser caracterizados como países da Lei Modelo – *Model Law countries*, dentre eles o Canadá, em 1986; o Chipre, em 1987; a Bulgária e a Nigéria, em 1988; a Austrália e Hong Kong, em 1989; a Escócia, em 1990; o Peru, em 1993; a Bermuda, a Federação da Rússia, o México e a Tunísia, em 1993; o Egito e a Ucrânia, em 1994.

Além desses países, alguns Estados norte-americanos adotaram também os padrões da Lei Modelo: Califórnia, Connecticut, Flórida, Geórgia, North Carolina, Ohio, Oregon e Texas. O Brasil, também, ao elaborar sua lei nacional sobre Arbitragem, tem-se orientado pela Lei Modelo da UNCITRAL. Pode-se afirmar que a UNCITRAL logrou em grande parte o seu desiderato de uniformizar e modernizar as leis nacionais sobre arbitragem.

A Lei Modelo da UNCITRAL define a arbitragem internacional como sendo aquela em que as partes têm o seu estabelecimento em Estados diferentes, ou se um dos lugares adiante referidos estiver fora do Estado em que as partes tenham seu estabelecimento, a saber: se for o lugar da arbitragem, tal como fixado na convenção de arbitragem ou determinável por esta, ou qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial, ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estritamente conexo, ou ainda, quando as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem tem conexões com mais de um país.

¹⁰² Para a Lei Modelo UNCITRAL, segundo o art. 1º, § 3º, uma arbitragem é internacional se: a) as partes numa convenção tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento; i) o lugar da arbitragem, se este estiver fixado na Convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta; ii) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da Convenção de arbitragem tem conexões com mais de um país.

Não se pode esquecer, no entanto, que a lei do país onde se situa a sede regerá diversas matérias importantes, como, por exemplo, a ação judicial para anular a sentença arbitral, sendo, ainda aplicável supletivamente em tudo o que não for previsto na convenção de arbitragem ou na regra da instituição arbitral, escolhida pelas partes, se houver.

A viabilidade da arbitragem comercial no cenário internacional requer que as sentenças arbitrais atendam a certos procedimentos e requisitos mínimos impostos pelas convenções internacionais e pelas leis nacionais dos Estados em que se realiza a arbitragem (*“lex arbitri”*) e onde será executada a sentença.

As instituições de arbitragem são atentas a este problema e, tanto em seus regulamentos processuais, como na própria administração das arbitragens que lhe são confiadas, cuidam para que as sentenças não sejam vulneráveis a medidas judiciais anulatórias e preencham os requisitos para, se necessário, merecerem execução forçada.

A Lei Modelo da UNCITRAL é um esforço importantíssimo no sentido de harmonizar as leis sobre arbitragem dos diversos países. Mas não vai além de uma sugestão: nenhum país é obrigado a adotar a Lei Modelo, nem mesmo conciliar a sua lei interna aos seus princípios. As convenções internacionais constituem o instrumento mediante o qual os Estados se vinculam a aplicar normas uniformes em matéria de arbitragem.

Dentre essas normas, são de fundamental relevância as que asseguram os efeitos negativo e positivo no âmbito internacional. São, portanto, de fundamental relevância as convenções internacionais que tem por escopo assegurar que a Justiça estatal de um país conveniente não julgará um litígio que seja objeto de uma convenção de arbitragem, ainda que celebrada em outro país; e a Justiça estatal de um país conveniente reconhecerá e executará sentença arbitral proferida segundo a lei de outro país conveniente. Tais convenções internacionais, especialmente a de Nova Iorque constituem a pedra de toque da viabilidade da arbitragem internacional.

Em que pese a Lei Modelo tenha sido concebida para arbitragens comerciais internacionais, isto não obsta que os países utilizem seus dispositivos para arbitragens domésticas. Outra possibilidade é a de que quando tenham adaptado a Lei Modelo, os Estados criem a possibilidade de que as partes optem por seu regime, mediante ajuste entre elas, em relação às arbitragens domésticas,

reordenando os dispositivos do art. 1º (3) (c) da Lei Modelo, que se aplicam à arbitragem internacional.

Alguns países que adotaram a Lei Modelo estabelecem que as partes podem optar por solucionar suas pendências de natureza internacional comercial de acordo com regras expressamente excludentes da Lei Modelo, utilizando-se das regras editadas para as arbitragens domésticas. Na Austrália, exemplificadamente, que adotou a Lei Modelo, podem as partes excluir sua aplicação a tais casos, desde que, estabelecido por escrito pelas partes envolvidas no litígio.

As regras previstas na Lei da UNCITRAL, pois, têm servido de base para que os Estados criem suas regras próprias, adotando cada Estado, que assim proceder, cuidados especiais na adaptação da lei a seu caso específico.

Alguns instrumentos, no entanto, dispendo sobre a alegação de infração à ordem pública no momento de obtenção do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, restringem o escopo da alegação com o emprego de advérbios qualificadores do grau de intensidade da infração, o que de certa forma remete às distinções doutrinárias entre ordem pública interna e internacional. A Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e laudos Arbitrais Estrangeiros – Montevideu, 1979, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.411, de 02.12.1997, por exemplo, dispõe em seu artigo 2º (h) que “[a]s sentenças, os laudos arbitrais e as decisões jurisdicionais estrangeiros a que se refere o art. 1º terão eficácia extraterritorial nos Estados-partes, se reunirem as seguintes condições: (...) h) se não contrariarem manifestamente os princípios e as leis de ordem pública no Estado em que houverem sido proferidas”.

Existem nos Estados Unidos da América e em muitos outros grandes centros, empresas especializadas em promover soluções amigáveis em conflitos versando sobre marcas e patentes, principalmente, sobre a pirataria industrial, ou mesmo em pendências com os consumidores, com o fim de se evitar a ida aos tribunais locais, através do juízo arbitral informal ou internacional conciliatório de interesses. Os próprios juízes estatais, atolados com os processos judiciais, recomendam às partes que recorram ao juízo conciliatório arbitral, como forma alternativa de justiça.

A justiça norte-americana, através do Ato Federal de Arbitragem, Lei de 1925, decretou que “a justiça devia ser privatizada em primeiro lugar”¹⁰³. Com isso, a arbitragem foi assimilada pela cultura norte-americana como a forma convencional de solução de controvérsias.

Na legislação de alguns outros países, como é o caso da França¹⁰⁴, e também dos países que adotaram *ipsis litteris* a Lei Modelo da UNCITRAL, as disposições separadas são dedicadas à arbitragem interna e à arbitragem internacional. Em outros países, como o Brasil, a Holanda e a Inglaterra, as mesmas disposições legais aplicam-se tanto à arbitragem interna como à internacional. A opção entre as duas alternativas é matéria de conveniência político-legislativa. Philippe Fouchard e João Bosco Lee reprovam a solução monista, por entenderem que provoca a sujeição da arbitragem internacional às restrições que a tradição e o imobilismo jurídicos naturalmente impõem à arbitragem interna. (Ano 3, nº 8, p. 342; Ano 4, nº 11, p. 348)

Nas convenções internacionais de arbitragem, não é corrente o emprego de qualquer distinção entre ordem pública interna e internacional¹⁰⁵. Em ambos os casos, está-se diante de um modo de solucionar litígios, mediante a aplicação de regras adjetivas e substantivas escolhidas pelas partes, por julgadores não governamentais por elas designados, cujas decisões são passíveis de execução forçada, com uso de poder de coerção dos juízes ou tribunais governamentais. A arbitragem internacional e a interna são governadas pelos mesmos princípios de direito. O conceito está na idéia de arbitragem; interna ou internacional são qualificações que se localizam além da essência da arbitragem. (JARROSON, 1987, p. 22)

As convenções internacionais são universais ou regionais. São universais as que estão abertas à adesão de todos os países do mundo como, por

¹⁰³ Cfr. WALDMEIR, Patti. A reestatização da justiça americana. Financial Times. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/midiaglobal/fintimes>> Acesso em 14/11/2007.

¹⁰⁴ O Código de Processo Civil Francês regula a arbitragem interna nos artigos 1443 a 1491 e a arbitragem internacional nos artigos 1492 a 1507. Os dispositivos reguladores da arbitragem interna são mais detalhados e restritivos do que os referentes à arbitragem internacional. Cf. a definição de arbitragem internacional da Lei Modelo UNCITRAL.

¹⁰⁵ Aparentemente, o único instrumento que faz tal distinção é a Lei Uniforme de Arbitragem adotada em 11.03.1999 pelo Conselho de Ministros da OHADA (*Organisation pour l'Harminisation em Afrique Du Droit des Affaires*), integrada por dezesseis países africanos. O art. 31 da Lei Uniforme dispõe que o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral estrangeira poderão ser negados se “*la sentence est manifestement contraire à une règle d'ordre public international des États-parties*” - www.jurisint.org/pub/ohada/text/text.07.fr.html.

exemplo, a Convenção de Nova Iorque¹⁰⁶. São regionais as que vinculam os países de uma determinada região geo-econômica como, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial.

De outro lado, com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, houve mudanças no cenário retrógrado em que se encontrava o ordenamento jurídico brasileiro em relação ao instituto, pois:

- a) desaparecem as diferenças entre as arbitragens internas e internacionais;
- b) atribui-se a mesma força vinculante à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral;
- c) institui-se novo tratamento ao procedimento arbitral;
- d) reconhecem-se os mesmos efeitos das sentenças judiciais às arbitrais, sem necessidade de homologação perante o Judiciário;
- e) e, em relação às sentenças estrangeiras, opta-se pelo sistema de homologação única, reconhecendo e respeitando a autoridade soberana estatal do local em que foi proferida.

Essa mudança constitui ponto importante nas relações econômicas internacionais na medida em que adapta a ordem jurídica brasileira à internacional, que, há tempo, vem traçando normas para reger a atuação das partes em relação à arbitragem e, principalmente, à participação dos Estados. Aos Estados cabe dar força e cumprimento às decisões derivadas dos procedimentos arbitrais internos e internacionais, reconhecendo o direito e a liberdade das partes de opção à via, e à autoridade das legislações estrangeiras que a acatam e lhe dão respaldo.

Outro aspecto relevante dessa mudança se manifesta na esfera do comércio internacional, na qual, à medida que se removem os entraves, cria-se a possibilidade de colocar o Brasil no meio das grandes decisões, uma vez que, com o desenvolvimento do instituto, elas passam a ser formuladas através das sentenças arbitrais. Nessa seara, HERMES MARCELO HUCK assim preleciona:

Não é novidade a constatação de que o sempre lembrado *Arbitration Act* de 1979, editado pela Inglaterra, bem como a reforma legislativa francesa de 1891, que introduziram nos respectivos direitos internos uma sistemática de ampla abertura para arbitragem comercial internacional, têm seus fundamentos no interesse inequívoco e confesso de atrair a sede de

¹⁰⁶ A Convenção de Arbitragem de Nova Iorque foi constituída em 10 de junho de 1958 e aberta a assinaturas em 31 de dezembro do mesmo ano, sendo o marco da arbitragem em âmbito mundial, intitulado Convenção sobre o Reconhecimento e a Homologação das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*”) e foi concluída na Conferência sobre Arbitragem Internacional de Nova Iorque, já sob a condução da ONU.

tribunais arbitrais. Na medida em que a prática se desenvolvia, era fundamental a remoção dos impedimentos criados pelos direitos internos a seu acatamento. Uma legislação que dificulte a arbitragem e seu reconhecimento repele o instituto e com ele a possibilidade de se manter no centro das grandes decisões do comércio internacional, na medida em que elas passam a ser formuladas através de sentenças arbitrais. (1985, p. 64-65)

A caracterização da internacionalidade da arbitragem emerge das relações desenvolvidas que apresentem envolvimento com mais de um sistema jurídico estatal, quer em decorrência das partes, da lei escolhida e do objeto contratado, quer do lugar em que se realiza. Geralmente, o critério para determinação da nacionalidade da arbitragem decorre do lugar onde ocorreu a arbitragem e onde foi prolatada a sentença arbitral.

Um outro campo onde a ordem pública tem acentuada pertinência é o da ordem pública processual e procedimental, que assegura a vigência de princípios e preceitos ligados ao devido processo legal, a saber, a imparcialidade dos julgadores, o tratamento igualitário das partes, a garantia do contraditório, a ampla possibilidade de expor argumentos e de produzir prova, entre outros. Também nesse campo, situam-se os princípios específicos do direito arbitral, já consagrados e objeto de amplo consenso na comunidade internacional (mesmo quando não são adotados pela totalidade dos Países, pois consenso não implica unanimidade), tais como os princípios: da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato onde se acha inserida; da competência; do princípio dos árbitros para conhecer sua própria competência; da autonomia da vontade na escolha do direito aplicável à substância do litígio; da proteção das legítimas expectativas das partes, entre outros.

Ao discorrer sobre a arbitragem internacional em matéria de comércio, Carnavaca assevera que: "... a neutralidade caracteriza-se pela precaução comum entre os órgãos arbitrais institucionais no sentido de evitar que os árbitros sejam da mesma nacionalidade das partes e na escolha da sede da arbitragem". (*apud* MUJALLI, 1997, p. 69)

A respeito da arbitragem, José Cretella Neto alude à visão de Daniel Fasquelle:

É particularmente importante em matéria comercial, pois presta-se, por suas qualidades, a atrair os comerciantes, especialmente porque é mais

rápida (os procedimentos são simplificados) e discreta (as sentenças não são publicadas) do que os da jurisdição estatal. Além disso, os empresários preferem ver seus litígios resolvidos por árbitros escolhidos em função de suas competências técnicas e conhecimento do ambiente profissional que atuam, e não por juízes togados, que somente conhecem o campo jurídico, não tendo vivência empresarial. (CRETELLA NETO, 2004, p. 8)

Constata-se daí, que a arbitragem vicejou tão frondosamente no campo das relações comerciais internacionais porque é um meio de vencer as incertezas e inseguranças que naturalmente surge quando uma parte domiciliada em um país acerta um negócio com outra, domiciliada em outro país. Em tais circunstâncias, somente a arbitragem é capaz de assegurar que nenhuma das partes incorrerá no risco de que uma possível controvérsia sobre o negócio contratado possa ser decidida por um tribunal do país da parte *ex adversa*. A convenção da arbitragem tem o condão de afastar a jurisdição das justiças estatais, tanto de um país como do outro.

Por conseguinte, a importância da arbitragem reside em ser mais um instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa, devido ao fenômeno da globalização e do incremento das relações comerciais internacionais, que serão conhecidos por profissionais especializados técnica ou cientificamente na matéria, objeto da controvérsia.¹⁰⁷

3.3 TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS SOBRE ARBITRAGEM

Historicamente, a primeira Conferência Internacional de Paz foi realizada em Haia, na Holanda, em 1899, convocada a pedido do imperador Nicolau II da Rússia, que reuniu vinte e seis estados. Foi criado, então, o Tribunal Permanente de Arbitragem, conhecido como o Tribunal de Haia¹⁰⁸. O Tribunal é permanente, pois existe uma lista da qual se podem eleger os árbitros, indicados

¹⁰⁷ Carlos Carmona acrescenta: “A vantagem nas relações conflituosas internacionais de natureza comercial em que a neutralidade dos árbitros poderá ser aumentada com a escolha de pessoas de nacionalidade diversa daquela dos contratantes, se assim for convencionado, com a aplicação da lei que a vontade das partes estabelecer. Que se deve ainda estar atento ao que pertine à aplicação da lei determinada pela vontade dos contratantes, porquanto não pode ser admitida a autonomia de modo absoluto, essa autonomia que poderia levar a extremos indesejáveis. O certo é dizer que, em matéria de obrigações, a vontade das partes tem a liberdade de pássaro na gaiola: pode-se mover em certos limites, mas em qualquer direção encontra barreira intransponível”. (Arbitragem Internacional . RF 329/25, p. 16-17 e nota de rodapé 6).

¹⁰⁸ Microsoft Corporation. Enciclopédia Microsoft Encarta. “Conferência de Haia”, em <http://www.hcch.net>, acesso em 20.11.2006

pela sua alta competência em direito internacional. No entanto, sua utilização está cada vez mais rara, principalmente após a criação da Corte Internacional de Justiça e o Tribunal Internacional do Direito do Mar – CIJ, possuindo funções bastante amplas no âmbito do Direito Internacional, salientando-se duas: a) função judiciária (solucionar as disputas legais, conforme o Direito Internacional); b) função consultiva (dar opiniões consultivas sobre questões legais). No exercício da função judiciária, suas decisões obrigam as partes conflitantes. Em relação aos pareceres emitidos, quando no exercício da função consultiva, apesar de não haver a obrigatoriedade em relação às partes conflitantes, na prática há observância do parecer da CIJ como solução pacífica para o conflito.

O Tribunal Internacional de Justiça das Nações Unidas – Tribunal de Haia – é o principal órgão jurídico das Nações Unidas – ONU, tendo sido criado em 1945, com base na Carta das Nações Unidas, como sucessor do Tribunal Permanente de Justiça Internacional da Sociedade das Nações. Sua função consiste em resolver pendências jurídicas entre as nações. Todos os membros da ONU têm que subscrever as regras contidas no Estatuto do Tribunal Internacional, bem como os três Estados não associados: Suíça, Liechtenstein e San Marino.

O Tribunal emite suas sentenças com base nos princípios gerais do direito internacional - reconhecido pelas nações desenvolvidas - e nos costumes internacionais e normas de tratados e convenções, subscritos pelas partes em litígio. Também se fundamenta na jurisprudência e nos textos de especialistas em direito internacional. Suas sentenças são definitivas e têm que ser cumpridas, não havendo possibilidade de recurso.

O Brasil, ao ter se filiado a ONU, automaticamente, aderiu ao seu Estatuto, que determina que a resolução de conflitos internacionais seja submetida à Corte de Haia ou a outras já existentes ou que ainda venham a existir.

A solução pacífica dos conflitos internacionais já havia sido prevista desde a Carta da Organização das Nações Unidas¹⁰⁹, de 26 de junho de 1945, que, em seu artigo 2º, proibiu o uso da força, a não ser em casos de legítima defesa. A Carta foi adotada na Conferência de São Francisco e ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945, dedicando ao capítulo VI a solução pacífica de controvérsias. A

¹⁰⁹ Carta das Nações Unidas - Capítulo VI, artigo 33, I: “As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judiciária, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico de sua escolha”.

Carta da ONU também cita alguns métodos de solução pacífica de controvérsias como negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recursos a entidades ou acordos regionais, além de qualquer outro meio pacífico de solução de controvérsias a ser escolhido pelas partes.

Outros órgãos destacam-se na atividade de solucionar conflitos de forma pacífica, sendo chamados a intermediar o conflito, nos casos da Corte Permanente de Arbitragem.

Ainda, a aplicação de normas e convenções internacionais, como o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais de 1923; a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras de 1958; a Convenção Interamericana do Panamá sobre a arbitragem comercial internacional regional e interamericana de 1975 (ratificada no Brasil através do Decreto Legislativo 90, de 06.06.1995).

O Protocolo de Genebra de 1923, oficialmente denominado protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais (*Geneva Protocol on Arbitration Clauses*) foi promovido pela antecessora da ONU, a Liga das Nações. Revela os primeiros preceitos para a aceitação mundial do procedimento arbitral. Trata da exequibilidade de cláusulas ou acordos arbitrais, contratadas entre partes submetidas à jurisdição dos Estados signatários, prevendo a obrigatoriedade da cláusula compromissória estabelecida no âmbito interno ou internacional. Foi expressamente revogado nos países que ratificaram a Convenção de Nova Iorque, não estando vigente no Brasil desde 23 de julho de 2002 que, apesar de vigente por mais de setenta anos, foi pouco utilizado como respaldo jurídico para sustentação da arbitragem brasileira.

Já a Convenção de Genebra de 1927, também designada de Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Estrangeiras ("*Geneva Convention on the Execution of Foreign Awards*"), firmada sob os auspícios da Liga das Nações, preocupa-se com o cumprimento extraterritorial das decisões arbitrais, procurando dar, na execução, às sentenças arbitrais, proferidas de acordo com o Protocolo de Genebra, tratamento semelhante ao das sentenças judiciais estrangeiras. O Brasil não foi signatário dessa convenção.

Acrescenta-se que essa Convenção foi ratificada pela Áustria, Bélgica, Tchecoslováquia, Dinamarca, Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Grã-Bretanha, Índia, Itália, Nova Zelândia, Holanda, Romênia, Suécia, Suíça, Espanha, Iugoslávia por Burma, Israel, Luxemburgo, Portugal e pelo Japão.

A Convenção de Arbitragem de Nova Iorque foi constituída em 10 de junho de 1958 e aberta a assinaturas em 31 de dezembro do mesmo ano, sendo o marco da arbitragem em âmbito mundial, intitulado Convenção sobre o Reconhecimento e a Homologação das Sentenças Arbitrais Estrangeiras (“*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*”) e foi concluída na Conferência sobre Arbitragem Internacional de Nova Iorque, já sob a condução da ONU. Essa convenção substituiu, entre seus signatários, o Protocolo e a Convenção de Genebra de 1923 e 1927, mas permanece em relação àqueles que não a contrataram.

Conta com a participação de cerca de 132 países¹¹⁰, incluindo o Brasil. O Brasil, no entanto, travou uma intensa batalha para, de maneira sólida, entrar no mundo arbitral. Apenas em 23 de julho de 2002, depois de longa espera e aclamação, o texto aprovado pelo Congresso Nacional, em 25 de abril de 2002, foi promulgado pelo Decreto nº 4.311¹¹¹.

A Convenção de Nova Iorque foi um marco com relação ao instituto da arbitragem, como ressalta José Alexandre Tavares Guerreiro. Foi um “ponderável avanço na direção efetiva da internacionalização da arbitragem, na medida em que os Tribunais dos Estados contratantes devem pronunciar-se sobre litígios entre partes que invoquem o compromisso arbitral”. (1993, p. 29)

Três são os principais escopos da Convenção de Nova Iorque: definir a convenção de arbitragem; determinar que as autoridades judiciárias dos países convenentes, diante de uma convenção de arbitragem, ainda que celebrada sob as leis de outro país, se abstenham de dar prosseguimento ao processo judicial (efeito negativo da convenção de arbitragem) e determinar o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras pelas autoridades judiciárias competentes dos países convenentes e estabelecer as condições básicas do respectivo processo (efeito positivo da convenção de arbitragem).

Considerando que o art. 34 da Lei nº 9.307/96 dispõe que “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil, de conformidade com

¹¹⁰ Número de adesões feitas até 22 de agosto de 2002. Disponível em: www.uscib.org. Acesso em 15/09/2002

¹¹¹ A Convenção de Nova Iorque dispõe, expressamente, em seu art. VII (1), que “as disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada”. Trata-se claramente de uma cláusula de máxima eficácia.

os tratados internacionais, com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”, deve-se concluir que o regime de homologação de sentenças arbitrais no Brasil passa a ser o da Convenção de Nova Iorque de 1958, compatibilizada, quando for o caso, com a Convenção do Panamá de 1975, suplementada pela Convenção de Montevideu de 1979, prevalecendo a Convenção de Nova Iorque sobre o disposto na Lei nº 9.307/96.

3.3.1 Outros organismos mundiais que incentivam a adoção da Arbitragem

Por outro lado, há ainda inúmeros blocos econômicos em processo de criação e consolidação no mundo, dentre os quais destacam: Associação de Nações do Sudeste Asiático - ASEAN, integrada por Brunei Darussalam, Cingapura, Filipinas, Indonésia, Malásia, Tailândia e Vietname; *North American Free Trade Area* - NAFTA, integrada por Estados Unidos, México e Canadá; PACTO ANDINO – formado por Bolívia, Equador, Colômbia e Venezuela; CARICOM – Mercado Comum do Caribe, integrado por Antigua e Barbuda, Barbados, Bahamas, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Jamaica, Montserrat, Santa Lucia, São Cristóvão e Neves, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trinidad Tobago; UNIÃO EUROPÉIA – Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido e Suécia; Relatório da Quarta Reunião de Ministros de Justiça, no âmbito da OEA, realizado em Port Spain, Trinidad Tobago, 13 de março de 2002; além do MERCOSUL.

A título de exemplificação, na União Européia incentiva-se a adoção dos métodos alternativos de solução de conflitos, em especial a utilização da mediação, como forma de solucionar litígios havidos em questões de família, em casos envolvendo menores, sempre que a situação permitir; nos casos de seguros; nas situações ligadas às relações de consumo, promovendo uma ampliação do acesso dos consumidores a esse sistema, como forma mais célere de resolução.

Desde março de 1998, na Recomendação 98/257/CE, da Comissão Européia (Anexo 13), tem havido manifestação relativa ao que era possível aplicar aos organismos responsáveis pela resolução extrajudicial de conflitos. Inicialmente em relação ao consumo, mas sempre preocupados com a implantação de um sistema, baseado em princípios que propiciem a garantia de um direito fundamental, consagrado na Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das

Liberdades Fundamentais, em seu artigo 6º. Esse artigo diz respeito ao acesso à justiça, com um menor tempo para a solução de conflitos e uma melhor adaptação dos métodos utilizados aos conflitos apresentados. A União Européia vai mais adiante e, em seu “Livro Verde” – sobre os modos alternativos de resolução de litígios em matéria cíveis e comerciais de 19 de abril de 2002 propõe, em seu artigo 16, que nos casos de assistência judiciária gratuita, sejam os benefícios estendidos também aos casos de resolução por meios extrajudiciais, nos casos em que sejam devidamente encaminhados pelo juízo.

O sistema originário de solução de controvérsias do Mercosul baseava-se inicialmente no Protocolo de Brasília (PB), de 1991, e no Anexo ao Protocolo de Ouro Preto (POP), de 1994. Consubstanciada na análise do Grupo *Ad Hoc* de Aspectos Institucionais (Gahai) acerca do aperfeiçoamento do sistema de solução de controvérsias no Mercosul, adveio a DEC.CMC nº 65/00. Nesse cenário, o texto do Protocolo de Olivos para a Solução de Controvérsias no Mercosul foi assinado em 18 de fevereiro de 2002, derogando expressamente o Protocolo de Brasília (PO). O PO está em vigor, internacionalmente, desde janeiro de 2004. No Brasil, foi ratificado pelo Decreto Legislativo nº 712/03 e promulgado pelo Decreto nº 4.982/04, com o objetivo de implementar, de forma consistente, nova sistemática visando consolidar a segurança jurídica e alcançar a melhoria procedimental do sistema de solução de controvérsias no Mercosul.

Não obstante o Protocolo de Olivos derogue expressamente o Protocolo de Brasília, não adota um sistema permanente para a solução de controvérsias no Mercosul, conforme a previsão originária do Tratado de Assunção. Mantém a transitoriedade, condicionando essa nova revisão à futura convergência de uma Tarifa Externa Comum para o Mercosul.

Ademais, o mecanismo de solução de controvérsias instituído pelo Protocolo de Olivos não deroga o de solução de diferendos existente no âmbito da Comissão de Comércio de Mercosul, estabelecido pelo Anexo do Protocolo de Ouro Preto. O novo sistema de solução de controvérsias do Protocolo de Olivos apresenta avanços significativos em relação à sistemática do Protocolo de Brasília, dentre os quais se destacam: I- criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TRP); II- implementação de mecanismos de regulamentação das medidas compensatórias; III- criação de normas procedimentais inspiradas no modelo da OMC, como as que determinam que o objeto da controvérsia seja limitado na reclamação e resposta

apresentadas ao Tribunal *Ad Hoc*; IV- intervenção opcional do GMC; V- possibilidade de eleição de foro; VI- possibilidade de Reclamação dos Particulares. Sendo que, um dos maiores avanços do Protocolo de Olivos refere-se à criação do Tribunal Permanente de Revisão (TRP) com três funções significativas: a de instância recursal, a de órgão de instância única e a consultiva.

O Tribunal Permanente de Revisão emitiu, em dezembro de 2005, seu primeiro laudo acerca de um recurso apresentado pelo Uruguai contra o Laudo Arbitral do Tribunal Arbitral *Ad Hoc*, de 25 de outubro de 2005, na controvérsia “Proibição de Importação de Pneumáticos Remodelados procedentes do Uruguai”.

As controvérsias entre Estados-Partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não-cumprimento do Tratado de Assunção, do Protocolo de Olivos, dos protocolos e acordos celebrados no marco do Tratado de Assunção, das decisões do Conselho do Mercado Comum (CMC), das resoluções do Grupo Mercado Comum (GMC) e das diretrizes da Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) serão submetidas aos procedimentos estabelecidos no Protocolo de Olivos e seu respectivo Regulamento (DEC.CMC nº 37/03).

Outra importante inovação trazida pelo Protocolo de Olivos consubstancia-se na previsão das reclamações de particulares, há muito demandadas pelos agentes privados, também legítimos atores no processo integracionista. Os trâmites relativos às reclamações de particulares estão normatizados nos artigos 39 a 41 do referido protocolo.

As controvérsias surgidas entre os Estados-Partes do Mercosul e terceiros países serão solucionadas no âmbito da OMC. Nos casos envolvendo Bolívia e Chile, os conflitos podem ser resolvidos ao amparo dos regimes de solução de controvérsias previstos nos acordos de livre comércio celebrados com o Mercosul.

O sistema de resolução de controvérsias do Mercosul, segundo entendimento de Eliane M. Octaviano Martins¹¹² ainda se mantém edificado sobre os princípios do pragmatismo, realismo e gradualismo e, conseqüentemente, tem proporcionado maior flexibilidade. Por sua vez, a flexibilidade do sistema de solução de controvérsias do Mercosul favorece uma solução negociada – fundamental para países que têm que lidar com uma constante instabilidade política e econômica, bem

¹¹² Cfr. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 256 – 15/09/2007, p. 41-43

como os abalos sofridos por influências políticas externas. (Revista Jurídica Consulex, 2007, p. 41)

Também, em 1998, surgiu o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (AACIM), sobre o qual PAULO DE TARSO SANTOS ressalta:

Convém mencionar que tem havido, no âmbito do Mercosul, esforços de superação de assimetrias legais entre os quatro países subscritores do Tratado de Assunção. Tais esforços rotulados de “harmonizações de leis” já estão ocorrendo também quanto à arbitragem. Realmente, em 23 de julho de 1998, em Buenos Aires, foi aprovado o “Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul”, firmado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai com “Estados-Partes”.

[...] Esse acordo já foi ratificado pela Argentina e está em processo de incorporação ao direito interno no Brasil e no Uruguai. A mensagem do Poder Executivo brasileiro ao Congresso Nacional tem o nº 621, de 7 de maio de 1999. (2001, p. 39-40)

O AACIM, conforme a nota introdutória de sua redação (art. 1º), espelha-se na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, a chamada Convenção do Panamá; na Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, a Convenção de Montevidéu; e na Lei Modelo UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. A AACIM é composta de 26 artigos e tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias, surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, dos Estados-Partes do Mercosul. Mas, como ressalta MARIA BLANCA NOODT TAQUELA:

O âmbito de aplicação material do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul e do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, é mais restrito que o dos outros tratados internacionais sobre o tema; aplica-se apenas à arbitragem derivada de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas de direito privado. (1997, p. 249-250)

O Brasil aprovou o texto do Acordo, por meio do Decreto-Legislativo nº 265, de 29 de dezembro de 2000 e o ratificou em 4 de junho de 2003 pelo Decreto nº 4.719.

É relevante ressaltar que, na mesma data em que foi concluído o AACIM, o MERCOSUL concluiu com a Bolívia e o Chile, sob a Decisão 04/98 do

Conselho do Mercado Comum, um acordo comercial internacional, contendo o mesmo teor do AACIM.

Ainda, no âmbito do Mercosul, pode-se destacar que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa prevê no seu Capítulo V, em sete artigos, disposições sobre o reconhecimento e a execução de sentenças e laudos arbitrais. Suas disposições, quase na totalidade, coincidem com as da Convenção de Montevideú de 1979.

Esse Protocolo foi feito no Vale de *Las Leñas*, Departamento de Malargue, Província de Mendonza, República Argentina, aos 27 dias do mês de junho de 1992 e procura estabelecer três modalidades diferentes de cooperação interjurisdicional: medidas de simples trâmite processual ou probatórias; informações sobre o direito vigente e o reconhecimento e a execução de sentenças e laudos arbitrais proferidos nos Estados-partes.

Uma grande inovação do instituto da arbitragem se dá no modo de requerer a homologação de sentença estrangeira, tanto judicial quanto arbitral, que ocorre por meio de carta rogatória, expedida no juízo de origem, tal como previsto em seus arts. 19 a 24, e cujo encaminhamento e recebimento são feitos pela Autoridade Central designada pelo Estado. (SOUZA, 1999, p. 412)

Verifica-se, pois, que a arbitragem sempre esteve presente no curso da história. Com o estudo dos tratados e convenções internacionais que disciplinam a matéria, conclui-se que o resgate desse instituto não possui uma característica exclusivamente brasileira. Sua evolução é sentida no mundo todo.

3.4 AS INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM

Um fator que desempenha papel relevante na propagação e desenvolvimento da arbitragem internacional é o surgimento e proliferação de instituições e órgãos voltados à realização da arbitragem com regras, procedimentos e árbitros próprios. É importante recordar que é alcançada, sobretudo pela Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985, e todas as entidades são independentes dos governos dos países onde se encontram suas sedes.

Em nível internacional, está a institucionalização de procedimentos que valorizam a observância de estatutos e regras de *compliance* das Câmaras de

Comércio e demais entidades que lidam com solução alternativa de conflitos, tais como a mediação e a conciliação.

Os tribunais arbitrais institucionalizados têm a seu favor a experiência na realização de julgamentos e a confiabilidade na sua imparcialidade. A independência da vontade das partes para sua constituição é outro aspecto importante. Basta que tenha havido a opção, na contratação, pela atuação do órgão. Eles atuam auxiliando as partes a superarem as dificuldades na instituição do juízo arbitral, organizando, facilitando o acesso a árbitros, estabelecendo normas procedimentais próprias e administrando os procedimentos até a entrega da sentença.

Nos dias atuais, existem centenas de entidades destinadas a promover arbitragens como meio de solução de controvérsias entre particulares e particulares e o Estado. Salieta Irineu Strenger que "... o papel desempenhado pelas instituições arbitrais é importante, e sua principal tarefa é organizar e administrar as arbitragens". (1992, p. 215)

No cenário internacional, existem várias instituições que podem ter caráter público ou privado. As de caráter público são criadas como consequência de acordos interestatais, como a Corte Permanente de Arbitragem, criada pela ONU, e o Centro Internacional para Solução de Controvérsias Relativas aos Investimentos (BIRD), em 1965, para resolver questões particulares entre particulares e Estados.

As que apresentam caráter privado estão desvinculadas do Estado, podendo atuar de forma genérica ou em área específica de arbitragem. Apesar de estarem em destaque no palco internacional, nem sempre as arbitragens por elas realizadas terão características de internacionalidade. Mas suas intervenções são reconhecidas e proporcionam o aperfeiçoamento do instituto no âmbito mundial, por atuarem predominantemente nesse tipo de procedimento.

A respeito da arbitragem institucional, ensina CLÁUDIO VIANNA DE LIMA que:

O ideal na disseminação da arbitragem é que houvesse um árbitro em cada canto. Porquanto o árbitro, de livres escolhas das partes, deve ser de sua confiança, e tão só. Parece claro que nessa confiança se deve incluir a fé que têm as partes na capacidade, ou competência, em sentido comum, do árbitro eleito. Assim, com essas reservas, é possível afirmar que qualquer pessoa pode ser árbitro. No exercício desta liberdade de escolha, em que os conflitantes elegem terceiro para, em seu lugar, resolver o conflito, pois se revelam incapazes de solucioná-lo por si, podem indicar esta pessoa de

confiança, que não se filia a qualquer instituição dedicada a propiciar arbitragens. Na verdade, “*ad hoc*” todo árbitro é. Como assinalado, ele age em seu lugar (significado da expressão latina *ad hoc*) das partes. Mas é empregada a expressão apenas para aqueles árbitros não filiados à instituição alguma, por isso igualmente designados avulsos. A arbitragem por esses árbitros operada são chamadas então de *ad hoc* ou avulsa. De outro lado, podem as partes confiar em nomes pré- selecionados por instituições idôneas, constantes de seu quadro de árbitros, inclusive adotando o Regulamento próprio da instituição, para atuar em cada pendência. Diz-se, nessa hipótese, que se trata de arbitragem institucional ou administrada, muito embora a entidade não faça a arbitragem, apenas a administre, proporcionando um quadro de árbitros selecionado, regulamento adequado, infra-estrutura de serviços de secretaria, protocolo, tesouraria e até local para as reuniões. (*apud* GARCEZ, 1999, p. 16)

A Lei Brasileira da Arbitragem incentivou a arbitragem institucional. E destaca o texto legal que, esse tipo de arbitragem poderá ser realizado por órgãos especializados nacionais e internacionais, trazendo ao Brasil a solução de controvérsias que acabariam sendo levadas a outros órgãos internacionais e associações.

Entre as instituições arbitrais internacionais, pode-se citar:

- a) a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional – CCI, em Paris;
- b) a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial – CIAC;
- c) a *American Arbitration Association* – AAA, em Nova Iorque;
- d) a *Chambre de Commerce et D’ Industrie de Genève* - CCIG, a *London Court of International Arbitration* – LCIA;
- e) a Associação Ibero-Americana de Câmaras (ou associações) Comerciais – AICO;
- f) a Associação Japonesa de Arbitragem Comercial; a Associação dos Árbitros Marítimos de Londres;
- g) as Câmaras Arbitrais da Câmara de Comércio de Londres, da Câmara de Comércio e Indústria de Genebra, e da Câmara de Comércio de Estocolmo;
- h) a Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE;
- i) a Câmara de Comércio de Tóquio;
- j) o Tribunal Arbitral da Bolsa de Comércio de Buenos Aires; e
- k) a Câmara de Comércio, Indústria e Produção da República Argentina e o Tribunal Arbitral do Colégio Público de Advogados de Buenos Aires.

A Câmara de Comércio Brasil-Canadá informa que no último semestre foram finalizados 70 casos, sendo que 18 ainda estão em andamento. Explica

também as matérias e valores envolvidos de forma genérica ¹¹³. A Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo confirma a instauração de 89 procedimentos arbitrais até junho de 2007, com encerramento de 69 procedimentos, e ainda, constam algumas outras informações acerca dos honorários e custas processuais, prazos de duração dos procedimentos, dentre outras. ¹¹⁴

No Brasil, existem inúmeras instituições de arbitragem. Dentre elas pode-se mencionar:

- a) o Centro de Conciliação e Arbitragem da Câmara de Comércio Argentino-Brasileira de São Paulo;
- b) a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – FIESP;
- c) o Tribunal Arbitral de Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em São Paulo;
- d) o Centro Brasileiro de Arbitragem, no Rio de Janeiro;
- e) a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio do Paraná;
- f) a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Minas Gerais;
- g) o Tribunal de Mediação e Arbitragem da COADEM – Colégio e Ordem dos Advogados do Mercosul;
- h) Existem ainda, no Estado de Goiás, Câmaras de Conciliação e Arbitragem instaladas nos Municípios de Anápolis, Caldas Novas, Catalão. E, segundo dados estatísticos fornecidos pela Revista Indústria Imobiliária, em dois anos e meio de atividades, até julho de 1998, nas Cortes instaladas no Estado de Goiás, foram atendidas mais de 15.000 reclamações. Convém registrar que essas Cortes de Conciliação e Arbitragem foram instaladas com o apoio integral do Poder Judiciário, especialmente do ex-Desembargador Lafaiete Silveira, Presidente do Tribunal de Justiça e do Juiz José Arlindo Lacerda; e
- i) As Centrais e Câmaras que correspondem à Recomendação nº 8, do Conselho Nacional de Justiça, na qual o órgão sugere que os tribunais executem ações em prol do Movimento pela Conciliação. “Será um benefício incutir no Estado a cultura da arbitragem, que possui uma das leis mais modernas do Brasil”, afirmou o desembargador Leopoldo Raposo do Estado de Pernambuco ¹¹⁵. As unidades foram criadas pela Resolução nº 222, elaborada pela Assessoria Especial da Presidência

¹¹³ Cfr. Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Comunicação. Estatísticas. Dados estatísticos. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/download/arbitragemdadosestatisticos.pdf>> Acesso em 23/11/07

¹¹⁴ Cfr. Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Serviços. Estatística. Disponível em: <<http://www.camaradearbitragemsp.org.br/>> Acesso em 23/11/2007

¹¹⁵ Cfr. Revista Consultor Jurídico, de 7 de agosto de 2007.

do TJ-PE e aprovada na sessão do Pleno de 4 de julho de 2007. As Centrais e Câmaras também estão previstas no projeto do novo Código de Organização Judiciária de Pernambuco, que deve ser aprovado pelo Poder Legislativo estadual. sob sua égide, ou que sejam disciplinados pelas Regras de Arbitragem.

Conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, como partilhas e relações contratuais, poderão ser resolvidos em, no máximo, seis meses. A promessa do Tribunal de Justiça de Pernambuco deve ser cumprida com a instalação das Centrais e Câmaras de Conciliação, Mediação e Arbitragem em oito comarcas do Estado. O objetivo é dar celeridade na solução de litígios. sob sua égide, ou que sejam disciplinados pelas Regras de Arbitragem.

Dos muitos sites na internet de várias instituições brasileiras¹¹⁶, apenas duas¹¹⁷ trazem informações mais precisas acerca dos árbitros que podem ser escolhidos, dos valores de custas e honorários, das matérias julgadas por cada órgão, dos prazos de julgamentos, e algumas estatísticas que ainda são bastante incipientes.

3.4.1 A Corte Internacional de Arbitragem da CCI

No campo da arbitragem comercial internacional, dentre as instituições de maior prestígio e atuação mundial, está a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional - CCI de Paris - fundada em 1923. Nela prevalecem os princípios da universalidade e da flexibilidade, justificados para facilitar o gerenciamento de todos os processos de arbitragem que se constituam sob sua égide, ou que sejam disciplinados pelas Regras de Arbitragem.

A CCI, organismo de natureza privada, reúne todos os ramos das atividades comerciais de inúmeros países, como também é a mais extensa em

¹¹⁶ Foram visitados os sites disponíveis da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial (CBMAE): <<http://www.cbmae.com.br/CACBSite/regulamentointerno.htm>>; Instituto Jurídico Empresarial (IJE): <<http://ije.com.br/>>; Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral): <<http://www.trarbitral.org.br/>>; Tribunal Metropolitano de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CAESP): <http://www.caesp.org.br/>; Câmara de Arbitragem Empresarial (CAMARB): <<http://camarb.com.br/principal/default.aspx>>; Câmara de Mediação e Arbitragem do Rio de Janeiro (CAMARJ): <<http://www.amchamrio.com.br/servicos/camarj.asp>>; Câmara de Mediação e Arbitragem (ARBITAC): <<http://www.arbitac.com.br>>; Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem: <<http://www.fgv.br/camara/>> Acesso em 23/11/2007

¹¹⁷ Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo. Disponível em: <<http://camaradearbitragemsp.org.br/>> Acesso em 23/11/2007; Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Disponível em: <<http://www.ccbc.br/arbitragem.asp>> Acesso em 23/11/2007

competência geográfica e *ratione materiae*. E seu prestígio decorre, não só de sua função arbitral, mas de todo o trabalho que realiza no campo da harmonização das regras do comércio internacional.

Para dar uma idéia do âmbito internacional da Corte, no site da *International Court of Arbitration*, além da possibilidade de aquisição do *Bulletin*, que contém os extratos das sentenças arbitrais, ainda há a publicação das estatísticas. Em 2006, por exemplo, foram realizadas 593 solicitações de arbitragem, sendo 1.613 partes de 125 países, nas quais 10,5% uma das partes era um Estado ou entidade paraestatal, sendo que 55,5% das demandas possuíam valores acima de um milhão de dólares, e 293 casos foram resolvidos durante o ano de 2006.¹¹⁸

A atuação da CCI se realiza através da Corte e do Secretariado, consoante as normas previstas no Regulamento. A Corte é um órgão colegiado, composto por pessoas advindas de cerca de 60 países de todos os continentes, o que lhe dá um caráter verdadeiramente representativo das mais diversas culturas jurídicas vigentes no mundo.

O papel da Corte é supervisionar e garantir a regularidade do processo de arbitragem, para que produza os efeitos negativos e positivos. Para esse efeito, compete à Corte:

- (i) determinar liminarmente se se configura ou não, no caso, uma convenção de arbitragem;
- (ii) decidir sobre o número de árbitros de que se comporá o tribunal, caso as partes não o façam de comum acordo;
- (iii) nomear o (s) árbitro (s) quando as partes não o fizerem;
- (iv) decidir sobre impugnações à indicação de árbitros;
- (v) assegurar que o Regulamento seja observado;
- (vi) determinar a sede da arbitragem, se as partes não o fizerem;
- (vii) fixar ou prorrogar prazos;
- (viii) determinar os honorários dos árbitros;
- (ix) revisar as minutas de sentenças arbitrais, exceto quanto ao mérito, cuidando para que reúnam os requisitos necessários para não serem anuladas e para obterem reconhecimento e execução pelas autoridades judiciárias competentes.

¹¹⁸ Cfr. *International Court of Arbitration* (CCI). Statistics. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id11088/index.html>> Acesso em 23/11/2007

Sua estrutura compõe-se por representantes de vários países, um presidente e diversos vice-presidentes. A Corte é assistida por um Secretariado constituído de 40 profissionais, incluindo 20 advogados de diferentes nacionalidades. O Secretariado segue de perto o andamento de cada processo de arbitragem, propiciando aos árbitros a todo momento, assistência administrativa e aconselhamento sobre a aplicação do Regulamento. Para cada arbitragem é designada uma equipe de funcionários do Secretariado, chefiada por um advogado.

O Regulamento de Arbitragem da CCI, atualmente em vigor, data de 1998 e foi inspirado pelo propósito de constituir o estado da arte em matéria de arbitragem, respondendo aos desafios do crescimento da arbitragem internacional nos últimos anos e projetado para ter validade por pelo menos 10 anos no século 21. (BUHLER, 2002, p. 111)

O Regulamento da CCI é voltado para as arbitragens internacionais, mas também pode ser utilizado nas internas. As partes, naturalmente, podem estabelecer, na convenção de arbitragem, cláusulas e condições que se afastam das correspondentes regras do Regulamento. Entretanto, a Corte se reserva a faculdade de recusar-se a administrar a arbitragem, caso não concorde com tais disposições especiais. *Buhler e Jarvin* informam que tem sido política geralmente adotada pela Corte a de não aceitar modificações do Regulamento no que concerne aos seguintes pontos: o estabelecimento da Ata da Missão ou Termo de Referência; a fixação dos honorários dos árbitros pela Corte e o escrutínio e aprovação das sentenças arbitrais pela Corte¹¹⁹.

Segundo o conselheiro adjunto da CCI - Renato Stephan Grion¹²⁰, o custo é outro atrativo da alternativa. Ele explica que a quantia paga é proporcional ao valor da ação e que os honorários dos árbitros, às vezes, são mais caros que os dos advogados. No entanto, como a arbitragem é mais rápida e os honorários são

¹¹⁹ Op. cit., p. 122. A Ata de Missão, prevista no art. 18 do Regulamento, é um documento que o Tribunal elabora com a colaboração das partes, logo após sua constituição. Esse documento deverá conter outros pontos, um resumo das pretensões das partes, uma relação dos pontos controversos a serem decididos, o local da arbitragem e os pormenores das regras processuais a serem aplicadas. Os honorários dos árbitros são fixados pela Corte, de acordo com uma tabela de amplas faixas progressivas. O Tribunal deve submeter previamente à aprovação da Corte uma minuta de decisão, que será examinada sem interferir no mérito, mas com a preocupação de evitar que a sentença arbitral possa ser anulada ou denegada sua execução de acordo com as convenções internacionais e aplicáveis.

¹²⁰ Cfr. Wilson Gotardello Filho. DCI LEGISLAÇÃO 12.06.06

pagos por hora, a opção se torna mais em conta. O fato de que os contratos são desenvolvidos por técnicos e especialistas na área em disputa também influencia favoravelmente a adoção da arbitragem como solução.

Além dos motivos acima, o advogado cita como vantagem da arbitragem a opção de adicionar uma cláusula de confidencialidade. As empresas não são obrigadas a manter o processo em sigilo, mas essa possibilidade atrai cada vez mais interessados. Outra característica positiva é a neutralidade dos árbitros. Grion explica que uma arbitragem pode contar com até três árbitros e as partes podem pedir a substituição a qualquer momento. O reconhecimento internacional das sentenças por todos os países que ratificaram a Convenção de Nova Iorque também é um fator atrativo da arbitragem.

De acordo com o regulamento da Corte, a sentença arbitral é final e inapelável, devendo, porém, ser interpretada tal disposição, de acordo com as legislações locais, que podem admitir sua rediscussão. É o caso do Brasil, que prevê a revisão da sentença prolatada através da ação de nulidade, da oposição de embargos de declaração¹²¹, com expressa previsão legal encartada no artigo 30, incisos I e II, e § único, da lei de arbitragem, e do procedimento homologatório da sentença estrangeira¹²² (artigos 33 e 38).

¹²¹ Cfr. Artigo 30- No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I-corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II-esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

¹²² A Lei nº 9.307/96, em seus artigos 34, *caput*, e 35, estabelecem que a sentença arbitral será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais, com eficácia no ordenamento interno e, na ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei. E, para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação, anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 45 de 08/12/2004, do Supremo Tribunal Federal, porém, atualmente com a competência modificada por essa EC, para o Superior Tribunal de Justiça.

Artigo 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.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Artigo 38- Somente poderá ser negada a homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I- as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II- a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submetteram, ou na falta de indicação, em virtude da lei dos países onde a sentença arbitral foi proferida; III- não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV- a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V- a instituição da arbitragem não está de acordo com o

Ainda, em que pese o estabelecido no artigo 35¹²³, da Lei de Arbitragem, com o advento e vigência da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, a competência para a referida homologação passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, eis que o então artigo 102, alínea “h”, da Constituição Federal de 1988, foi por ela revogado. A mesma Emenda Constitucional inseriu à Constituição Federal de 1988, a alínea “i”, ao inciso “I”, do art. 105¹²⁴.

É agora, como mencionado, da competência do Superior Tribunal de Justiça, conferir ou não à sentença, eficácia dentro do território brasileiro, cabendo-lhe somente analisar os elementos formais, intrínsecos e extrínsecos, que provem a regularidade e confirmam validade ao laudo estrangeiro. É proibido ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar questão já decidida pelo juízo arbitral estrangeiro, eis que deve homologá-la uma vez satisfeitas as condições legais ou negá-las, em caso contrário.

Quando da concessão do “*execute-se*”, agora pelo Superior Tribunal de Justiça, fica assegurada ao credor a possibilidade de investir contra o seu devedor, com a finalidade da obtenção do cumprimento da obrigação imposta pela sentença arbitral.

Na homologação da sentença arbitral estrangeira não é possível que seja efetuada a revisão do mérito da questão já pronunciada pelo juízo arbitral estrangeiro. O procedimento da homologação, para reconhecimento e execução do laudo arbitral estrangeiro, no que couber, é filiado ao disposto nos artigos 483 e 484 do Código de Processo Civil, e pela Resolução nº 9, de 04/05/2005, do Superior Tribunal de Justiça¹²⁵.

compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI- a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

¹²³ Art. 35 - Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

¹²⁴ Art. 105- Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I- processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Alínea acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, DOU 31.12.2004.

¹²⁵ Documento: RES 9 04/05/2005. RESOLUÇÃO. Origem: STJ - SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - PRE-PRESIDÊNCIA

Fonte: DJ DATA:06/05/2005 PG:0000154 SEÇÃO I - DJ DATA:10/05/2005 PG:0000163 SEÇÃO I (REPUBLICAÇÃO).

Ementa: Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Notas: Republicado por ter saído com incorreção no original, no DJ de 06.05.2005, pág. 154, Seção I. Indexação: REFORMA JUDICIARIA, JUDICIARIO, EMENDA CONSTITUCIONAL, ALTERAÇÃO, COMPETENCIA, (STJ). CRIAÇÃO, CARATER EXCEPCIONAL, CLASSE, PROCESSO JUDICIAL,

JULGAMENTO, HOMOLOGAÇÃO, SENTENÇA ESTRANGEIRA, CONCESSÃO, EXEQUATUR, CARTA ROGATORIA.

Teor: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRESIDÊNCIA. RESOLUÇÃO Nº 9, DE 4 DE MAIO DE 2005 (*)

Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

O PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, no uso das atribuições regimentais previstas no art. 21, inciso XX, combinado com o art. 10, inciso V, e com base na alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 que atribuiu competência ao Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias (Constituição Federal, Art. 105, inciso I, alínea "i"), ad referendum do Plenário, resolve:

Art. 1º. Ficam criadas as classes processuais de Homologação de Sentença Estrangeira e de Cartas Rogatórias no rol dos feitos submetidos ao Superior Tribunal de Justiça, as quais observarão o disposto nesta Resolução, em caráter excepcional, até que o Plenário da Corte aprove disposições regimentais próprias.

Parágrafo único. Fica sobrestado o pagamento de custas dos processos tratados nesta Resolução que entrarem neste Tribunal após a publicação da mencionada Emenda Constitucional, até a deliberação referida no caput deste artigo.

Art. 2º. É atribuição do Presidente homologar sentenças estrangeiras e conceder exequatur a cartas rogatórias, ressalvado o disposto no artigo 9º desta Resolução.

Art. 3º. A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados.

Art. 4º. A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente.

§1º. Serão homologados os provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

§2º. As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente.

§3º. Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras.

Art. 5º. Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira:

I- haver sido proferida por autoridade competente;

II- terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

III- ter transitado em julgado; e

IV- estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Art. 6º. Não será homologada sentença estrangeira ou concedido exequatur a carta rogatória que ofendam a soberania ou a ordem pública.

Art. 7º. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Art. 8º. A parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de homologação de sentença estrangeira ou intimada para impugnar a carta rogatória.

Parágrafo único. A medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional.

Art. 9º. Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta Resolução.

§ 1º. Havendo contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao Relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo.

§ 2º. Havendo impugnação às cartas rogatórias decisórias, o processo poderá, por determinação do Presidente, ser distribuído para julgamento pela Corte Especial.

§ 3º. Revel ou incapaz o requerido, dar-se-lhe-á curador especial que será pessoalmente notificado.

Art. 10. O Ministério Público terá vista dos autos nas cartas rogatórias e homologações de sentenças estrangeiras, pelo prazo de dez dias, podendo impugná-las.

De sorte que, o artigo 37 da Lei de arbitragem dispõe que a homologação do laudo arbitral estrangeiro será requerido pela parte interessada, obedecendo o requerimento as indicações do artigo 282, do Código de Processo Civil. A esta petição se devem juntar os seguintes documentos:

I- original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro (o que, na prática, se denomina objetivamente de *consularização* do documento), e acompanhada de tradução oficial (por tradutor oficial juramentado);

II- original da convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso), ou cópia devidamente certificada, acompanhada da tradução oficial.

Em que pese a modificação da competência para a homologação da sentença estrangeira, do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, tendo este editado a Resolução nº 9, de 04/05/2005, permanece em vigor o artigo 37, da Lei de Arbitragem, que apresenta um rol de documentos que devem ser juntados à petição. A única alteração se verifica na exigência feita pelo artigo 3º, da referida Resolução, quando prevê que a petição deve ser instruída "... com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira".

Observa-se, por fim, que a arbitragem no Brasil, pela nova lei, assemelha-se ao procedimento institucional adotado pela CCI.

3.4.2 A American Arbitration Association - AAA

Art. 11. Das decisões do Presidente na homologação de sentença estrangeira e nas cartas rogatórias cabe agravo regimental.

Art. 12. A sentença estrangeira homologada será executada por carta de sentença, no Juízo Federal competente.

Art. 13. A carta rogatória, depois de concedido o exequatur, será remetida para cumprimento pelo Juízo Federal competente.

§1º. No cumprimento da carta rogatória pelo Juízo Federal competente cabem embargos relativos a quaisquer atos que lhe sejam referentes, opostos no prazo de 10 (dez) dias, por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, julgando-os o Presidente.

§2º. Da decisão que julgar os embargos, cabe agravo regimental.

§3º. Quando cabível, o Presidente ou o Relator do Agravo Regimental poderá ordenar diretamente o atendimento à medida solicitada.

Art. 14. Cumprida a carta rogatória, será devolvida ao Presidente do STJ, no prazo de 10 (dez) dias, e por este remetida, em igual prazo, por meio do Ministério da Justiça ou do Ministério das Relações Exteriores, à autoridade judiciária de origem.

Art. 15. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogados a Resolução nº 22, de 31/12/2004 e o Ato nº 15, de 16/02/2005.

Ministro EDSON VIDIGAL

(*) Republicado por ter saído com incorreção, do original, no DJ de 6/5/05.

Mais conhecida pela sua denominação original em inglês ou como “Triple A”, a Associação Americana de Arbitragem – AAA foi fundada há mais de 75 anos e se tornou uma imensa organização de arbitragem interna nos E.U.A.

Em 1996 foi fundado o Centro Internacional para Resolução de Disputas, uma divisão da AAA, com o objetivo de expandir suas atividades no âmbito internacional. O Centro fez publicar suas Regras Internacionais de Arbitragem, cuja versão atual entrou em vigor em 2002, trazendo a observância de códigos de conduta internos – *Compliance Rules of Arbitration*, pelas quais os deveres de cooperação e lealdade entre as partes são ressaltados.

Entre outros projetos, a AAA se esforça para ganhar maior penetração no continente americano, tendo implantado o CAMCA, voltado para o NAFTA, e estreitando suas relações com a CIAC (Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial).

Uma das características diferenciadoras da arbitragem feita pela AAA é a escolha dos julgadores, dentro de um quadro próprio. A opção dos árbitros dar-se-á de acordo com os preceitos da AAA, ou conforme as normas pactuadas pelas partes. Se não for especificado pelos contratantes, no compromisso arbitral, o número de árbitros, o regulamento da AAA prevê julgador único. Contudo, pode a associação designar número maior, de acordo com a complexidade da questão. Nesse caso, as decisões serão tomadas pela maioria, a menos que a concorrência de todos os julgadores seja, expressamente, requerida pelos litigantes no compromisso, ou pela lei.

As sentenças arbitrais proferidas por tribunais institucionais caracterizam-se por possuírem um pouco da equidistância e da despersonalização do juízo estatal, causando receio, em alguns contratantes, de optarem pela arbitragem institucional. Contudo, a facilidade na instauração e condução da arbitragem pelos órgãos institucionais e, principalmente, o reconhecido padrão de idoneidade e competência que muitos desses tribunais possuem, têm contribuído, não somente com a proliferação da arbitragem, mas com a uniformização e desenvolvimento das normas internacionais de comércio. (GARCEZ, 1994, p. 80-81)

CAPITULO IV – A PRÁTICA DA ARBITRAGEM

4.1 A PRÁTICA ARBITRAL

A arbitragem passa por um momento de consolidação no Brasil, com seu peso se concentrando cada vez mais nas áreas cível e comercial, além da trabalhista. Várias câmaras arbitrais estão se reestruturando para concentrar mais os processos, pois o número dos que são realizados no país ainda é muito pequeno se comparado com o elevado volume de procedimentos que existem na Justiça Estatal.

Indo além dos números, o Jornal Valor Econômico¹²⁶ informa que as empresas brasileiras estão optando pela utilização de cláusulas de arbitragem em seus negócios e estima que, no campo internacional, 99% dos contratos elejam o mecanismo. Revela, também, que a difusão dos métodos alternativos de solução de controvérsias como a arbitragem, a mediação e a negociação está criando um novo campo de atuação para profissionais do Direito.

Apesar do crescimento do uso da arbitragem no Brasil na Câmara Brasil-Canadá, uma das maiores, por exemplo, tem hoje apenas 17 conflitos em andamento. Já a Câmara do Novo Mercado, criada há dois anos, ainda não tem nenhum. No caso das disputas societárias, o número de procedimentos é ainda menor. Daí o ineditismo da discussão sobre seu sigilo.

O árbitro e vice-presidente da câmara da Bovespa, Paulo Cezar Aragão, diz que é difícil fixar uma regra e que a decisão deve ser da companhia. O também árbitro da Bovespa, Calixto Salomão Filho, defende até mesmo que a Comissão de Valores Mobiliários - CVM - exija a divulgação da instalação de qualquer procedimento arbitral no Novo Mercado – não necessariamente com a abertura de todas as informações do processo.¹²⁷

Para o diretor da CVM, Marcos Barbosa Pinto¹²⁸, os conflitos que são resolvidos por meio de arbitragem devem ser regidos pela Instrução CVM nº 358, que define os casos em que as empresas precisam divulgar fatos relevantes. Segundo ele, não há necessidade de outra regra, ao menos por enquanto. Ainda que a empresa se beneficie do sigilo, se o resultado da arbitragem for afetar o preço

¹²⁶ Cfr. Fonte: Jornal Valor Econômico. Legislação & Tributos. www.camarb.com.br – acesso em 30.10.2007.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Idem.

da companhia a informação deve ser divulgada. Mas o diretor da CVM lembra que o administrador pode optar por omitir o procedimento se for do interesse social da companhia, desde que garanta o sigilo absoluto. Se a informação vazar de alguma forma, ela deve ser divulgada igualmente para o mercado. Uma posição mais firme a respeito da quebra do sigilo da arbitragem vem dos auditores independentes. O coordenador de normas contábeis do Instituto Brasileiro dos Auditores Independentes (Ibracon), Valdir Coscodai, diz que os conflitos arbitrais devem ser encarados como uma contingência e, portanto, seguir a instrução de provisionamento prevista para disputas judiciais ou administrativas estabelecida pela CVM. Mas Coscodai também lembra da regra que prevê que, em raros casos, é possível deixar de divulgar uma informação caso a quebra de sigilo possa prejudicar a companhia – embora isso deva ser uma exceção. O sócio de auditoria da Ernst & Young, Sergio Citeroni, lembra que mesmo que a disputa não seja mensurável em valores, ela pode trazer consequências para o mercado e para o investidor. Fala-se de risco, e se ele existe, é preciso divulgá-lo.

De outra sorte, a seccional paulista da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP) está empenhada em investir na popularização da arbitragem e da mediação entre os advogados. Essa decisão, da diretoria da OAB, será implantada pelo novo presidente da Comissão de Mediação e Arbitragem do Estado de São Paulo, o advogado Arnoldo Wald Filho, que assumiu o cargo recentemente. O novo presidente já está com muitos projetos para difundir mais o uso das práticas alternativas de solução de conflitos, que segundo ele tem crescido de forma geométrica.

Entre os planos, há a possibilidade de firmar um convênio com a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp) para recrutar estagiários de Direito interessados em atuar na Câmara de Arbitragem e Mediação do órgão. Ele também pretende convencer as faculdades de Direito a oferecer mais matérias sobre o tema com o intuito de preparar os estudantes para essa nova realidade. Além disso, quer acompanhar mais de perto o trabalho das principais câmaras de arbitragem e mediação do Estado. Outro projeto será trabalhar pela presença obrigatória do advogado em todas as formas de conciliação para garantir o direito das partes.

Wald Filho, que é árbitro da Câmara da Fundação Getúlio Vargas e sócio do Wald e Associados Advogados, um dos escritórios brasileiros que mais

atuam no campo internacional e interno da arbitragem, acredita que poderá transformar a cidade de São Paulo em centro de referência de arbitragem da América Latina. Isso por meio de todo esse trabalho que será desenvolvido pela OAB paulista.

Segundo Wald Filho, São Paulo reúne todas as condições necessárias para ser este centro de referência na América Latina já que é uma megalópole internacional, além de estar respaldada por uma lei federal de arbitragem que tem funcionado muito bem. Não faz sentido que conflitos entre empresas de países latino-americanos sejam resolvidos em Londres, Paris e Nova York, que hoje em dia são os três centros mais reconhecidos na área.

O novo presidente da comissão também ressalta a importância do Brasil no cenário mundial da arbitragem. Segundo suas pesquisas, na Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris, o Brasil, em dez anos, passou de um dos últimos lugares do ranking, considerando-se o número de partes brasileiras nas arbitragens, para o primeiro lugar na América Latina, superando o México. Com relação ao mundo, já é o quarto país, logo após os Estados Unidos, a França e a Alemanha, à frente de países como a Inglaterra e a Itália.

Já internamente no país, segundo os estudos de Wald, a previsão é de que são feitas mais de quatro mil arbitragens por ano. Esse número, segundo ele, é baseado em estimativas, pois os procedimentos muitas vezes não são contabilizados por serem confidenciais. A maioria, segundo Wald Filho, é feita no Estado de São Paulo. Os litígios resolvidos por arbitragem são, na maior parte, comerciais e trabalhistas.

A necessidade de investimentos privados para complementar a atuação do Estado, em contratos de longo prazo — que, pela sua natureza, pressupõem o uso tanto da arbitragem quanto da mediação — é outro fator fundamental para o investimento nessa modalidade de justiça privada. É por isso que as leis recentes a respeito da concessão e das Parcerias Público-Privadas contêm uma previsão de arbitragem, mediante a inclusão de cláusula compromissória.

Diante do que, o contexto indica com clareza que cabe a São Paulo o papel de ser o grande centro latino-americano de arbitragem - quer pela sua

inserção na economia brasileira, quer pelo fato de não existir, na América do Sul, outra cidade tão aparelhada para assumir essa condição.

Wald Filho enfatiza que a circunstância de um mundo pluripolarizado impõe a São Paulo, ao lado dos centros tradicionais de arbitragem, como Paris, Londres e Nova York, um protagonismo fundamental na solução de litígios locais e internacionais — um posicionamento que só destaca a responsabilidade da OAB paulista na consecução de seus objetivos¹²⁹.

Entre 1997 e 2004, segundo levantamento da OAB e do Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o número de câmaras arbitrais, muitas constituídas por associações comerciais, federações de indústria e outras entidades de classes, pulou de 17 para 79. Atualmente, já há mais de 100 câmaras em todo o País. Das 15 câmaras mais procuradas pela iniciativa privada, 4 estão sediadas em São Paulo e 2 no Rio de Janeiro.

A OAB-SP tem projetos para investir na popularização da arbitragem e da mediação entre os advogados no Brasil. Hoje, já há mais de 22 mil processos acumulados no País¹³⁰.

Nos últimos anos, a demanda por essa forma extrajurisdicional de resolução de litígios, em disputas civis e comerciais, aumentou quase 60%. Ao todo, entre 1.999 e 2.005 foram resolvidos por esse método 13.652 casos, a maioria nos setores de petróleo e gás, energia elétrica, farmacêutico, automobilístico e de seguros. Recentemente, as áreas de construção civil, locação de imóveis e empresas de distribuição passaram a recorrer à arbitragem. Para efeitos comparativos, a *American Arbitration Association*, uma entidade criada há mais de 50 anos e que atua em 41 países, só em 2.002 administrou mais de 200 mil casos, dos quais 3 mil envolviam disputas comerciais com valor superior a US\$ 250 mil¹³¹.

Para o presidente da comissão, é importante investir na formação de advogados familiarizados com estas práticas porque embora exista a possibilidade de se ter leigos em Direito como árbitros, a tendência mundial tem mostrado que são os advogados os profissionais mais bem aparelhados para a função.

¹²⁹ Revista Consultor Jurídico, 15 de março de 2007

¹³⁰ Cfr. fonte: www.dci.com.br

¹³¹ Cfr. <http://txt.estado.com.br> - 25 de abril de 2006

Também com o intuito de estimular o uso de formas alternativas para a solução de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) firmou um acordo, em março deste ano com a Fiesp para que as empresas possam usar mais a mediação.

A principal vantagem da Câmara de Mediação e Conciliação (Camfiesp) da Fiesp é que as pequenas e médias pagam um terço dos custos de um processo de mediação. A taxa de registro para que se faça um processo de mediação pode variar de R\$ 300 (quando o valor da pendência for de até R\$ 10 mil) a R\$ 2 mil (acima de 500 mil).

De outro lado, de acordo com o Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (Caesp), o sistema, como alternativa para a solução de conflitos vem ganhando espaço, de igual maneira, na área trabalhista, mas em 2005, o balanço demonstrou uma tendência inovadora, em especial a arbitragem trabalhista em 22 estados brasileiros por intermédio de Câmaras itinerantes.

Segundo dados da Câmara de Arbitragem¹³², o crescimento de processos na área comercial de 2005 em relação a de 2004 foi de 44,79%, e na área cível foi de 12,8%. São percentuais que podem demonstrar o cenário atual na área arbitral do País, afinal, são as duas áreas mais procuradas em todas as entidades de arbitragem no Brasil, em especial a arbitragem trabalhista em 22 estados brasileiros por intermédio de Câmaras itinerantes. O crescimento nessas áreas acontece porque o sistema no Brasil ainda está em desmistificação entre os advogados para chegar aos empresários. Nota-se que o empresariado, executivos em especial, começa a perceber a importância do sistema.

Até 2004, a aplicação na arbitragem que mais crescia era na área trabalhista, e apesar de ainda ter sido a área mais atuante em 2005, registrando 1.877 procedimentos, apresentou uma queda se comparada ao ano anterior, com 2.721. Enquanto isso, em 2004, pelo levantamento da entidade foram realizadas 297 arbitragens na área cível e 670 na área comercial. Estes números aumentaram em 2005 para 430 e 756 casos, respectivamente. A área trabalhista já tem uma penetração não só no estado de São Paulo, mas no Brasil como um todo. A necessidade agora é também aumentar a participação das áreas cíveis e comerciais. Há cinco anos, o sistema não representava praticamente nada na

¹³² www.camaradearbitragem.com.br. Acesso em 30.01.2007

sociedade, mas o pouco que representa hoje já é uma idéia de quanto ainda tem o que crescer. É um jogo de paciência. Devagar e sempre.

Os principais casos solucionados em 2005 na Câmara de Arbitragem Empresarial de São Paulo (SP Arbitral) também foram nas áreas que houve um maior crescimento no ano. Houve um aumento de 35 a 40%, que tem parceria da Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania, Junta Comercial do Estado de São Paulo, Federação do Comércio do Estado de São Paulo, Federação dos Contabilistas do Estado de São Paulo, Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de São Paulo, Associação dos Peritos Judiciais do Estado de São Paulo, Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria de São Paulo e Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia. Para ele, o aumento gradativo da arbitragem mostra que está ocorrendo uma mudança de cultura no Brasil. Afinal, é uma ferramenta a ser usada não só pelos operadores de direito, mas também pelas empresas.

Ademais, os conflitos solucionados pelos institutos de arbitragem são resolvidos em apenas 180 dias e a decisão do árbitro vale como sentença judicial, não cabendo recurso. A arbitragem, como é segura, ágil e eficiente, é uma das alternativas mais procuradas por empresas e pessoas físicas para contornar a lentidão do Poder Judiciário.

Realmente, a busca pelo sistema está crescendo, mas de acordo com os especialistas, ainda há muita falta de cultura arbitral na sociedade. Há muitas consultas sobre as possibilidades de processo, mas nunca houve um caso efetivo na Câmara de Arbitragem da Andima, informa o assessor jurídico da Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro (Andima). Esta Câmara de Arbitragem, que existe há um ano, ainda não solucionou nenhum conflito. Parece que no mercado financeiro, as partes se conciliam por si só, fazendo acordos espontâneos. No entanto, a tendência da arbitragem no Brasil é de crescimento na utilização de todos os setores, mas na medida em que as pessoas se aculturam.

Este também é o pensamento do consultor e sócio da Directa Auditores, Artemio Bertholini. “O Brasil está pronto para iniciar um processo muito acentuado envolvendo o aspecto cultural. É o momento de fazer uma campanha ampla da área arbitral e buscar patrocínios de governos. A própria justiça comum deveria estimular”, afirma o professor universitário. Para ele, a partir do momento em que estiver toda a comunidade discutindo, a arbitragem pode diminuir a quantidade

dos processos que estão no Poder Judiciário. “Por exemplo, nos Estados Unidos e no Japão, os procedimentos na justiça trabalhista não chegam a 10 mil porque quase todos são solucionados por arbitragem. Aqui no Brasil, este número chega a 3 milhões”, diz. Segundo o consultor, atualmente a arbitragem não representa muito na sociedade, mas a oportunidade de crescer está cada vez maior. “A base ainda é pequena, mas veio para ficar. Só não sabemos a velocidade. Vou explorar as vantagens dos procedimentos arbitrais e os potenciais ganhos em eficiência, produtividade e credibilidade ao alcance das empresas brasileiras”, diz Bertholine¹³³.

Foi realizado no dia 23 de agosto de 2007, no Auditório Nobre do Tribunal Regional do Trabalho – 2ª. Região, o “I Fórum sobre Arbitragem no Direito do Trabalho”, onde pela primeira vez, foi possível ouvir opiniões e experiências relatadas de profissionais envolvidos com a Arbitragem Trabalhista, o Poder Judiciário - TRT 2ª Região, o Ministério Público - MPT, as instituições arbitrais - CAESP, TAESP e TAAB, advogado trabalhista - Escritório Lobregat e instituições que representam a classe dos advogados - IASP e AATSP.

O TAESP – Arbitragem & Mediação, representado por sua Diretora Geral – Dra. Ana Lúcia Pereira, fez uma explanação sobre a prática da arbitragem em contratos de trabalho, ressaltando a prévia homologação pelo Sindicato Laboral ou pela Delegacia Regional do Trabalho, indicando a arbitragem, como forma de solucionar as diferenças ainda pendentes desses contratos. Apresentou também sua estatística de 22.000 procedimentos arbitrais realizados na área trabalhista, sendo que menos de 0,8% foram contestadas na Justiça do Trabalho, revelando assim a vasta aceitação da aplicabilidade da Lei da Arbitragem no Direito do Trabalho.

A Dra. Fabíola Marques, presidente da AATSP - Associação dos Advogados Trabalhistas do Estado de São Paulo, discorreu sobre as eventuais dúvidas da aplicação ou não da arbitragem no Direito do Trabalho, concluindo que a arbitragem é muito bem vinda para solucionar os conflitos individuais, tanto para os trabalhadores e empresas quanto para os advogados que militam na área trabalhista, já que para este último, abrirá um novo mercado de trabalho, considerando além disso, a agilidade do procedimento, preservando a boa

¹³³ Cfr. DCI – Diário Comércio Indústria & Serviços – Izabel Duva – 09/02/2006

arbitragem, garantindo a não homologação das verbas rescisórias pelas entidades arbitrais, uma vez que as mesmas não são órgãos homologatórios.

O Dr. Pedro Paulo Teixeira Manus, desembargador do TRT 2ª Região e, agora Ministro do TST – Tribunal Superior do Trabalho, manifestou o total apoio e incentivo da presidência do TRT/2ª Região, para que a arbitragem trabalhista seja mais uma alternativa para o trabalhador.

O Secretário Geral da UGT - União Geral dos Trabalhadores, Dr. Francisco Canindé Pegado, depôs a respeito da importância da ampliação da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, em especial a arbitragem, com a participação dos sindicatos dos trabalhadores, como forma de reduzir a zona de atrito entre o capital e o trabalho, declarando ser um entusiasta dos MESC's (Meios Extrajudiciais de Solução de Controvérsias).

Nesse diapasão, as empresas preferem usar a arbitragem e não o Poder Judiciário quando discutem conflitos decorrentes de contratos internacionais. Uma pesquisa da *Price Waterhouse Coopers* em conjunto com a Escola Internacional de Arbitragem da Universidade de Londres confirma o que especialistas no tema já pregavam. Segundo o levantamento, 73% das empresas entrevistadas preferem usar esse método, sozinho ou aliado a outro meio de resolução de conflitos, como a mediação ou a conciliação. O resultado confirma o que já se imaginava, segundo o Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil (Imab). Ocorre que, as empresas com contratos internacionais querem fugir do Judiciário de origem da outra parte, por exemplo, porque terão que lidar com leis e regras desconhecidas.

Para realizar o estudo foram avaliados 103 questionários respondidos por assessores e responsáveis pelos departamentos jurídicos de empresas de grande porte de nove setores diferentes - nenhuma do Brasil - além de 40 entrevistas aprofundadas realizadas pessoalmente. A maior parte dos estabelecimentos consultados está na Europa, Ásia e América do Norte. Além de apontar a preferência pela arbitragem, o estudo mostra que 65% das empresas possuem uma política de resolução de disputas e, desse total, 17% entendem que essa política reduz os custos de disputas em geral. Para 69% delas, a medida evita a perpetuação dos conflitos.

Segundo a pesquisa, as empresas também preferem usar a arbitragem institucional, conforme resposta de 76% das corporações, e 24% a arbitragem "ad

hoc". A arbitragem institucional é aquela na qual as partes escolhem seguir as regras de uma câmara de arbitragem. Na "*ad hoc*", as partes sentam e elaboram todas as regras do procedimento. As empresas que preferem a "*ad hoc*" são grandes corporações que possuem sofisticados departamentos jurídicos com experiência em procedimentos arbitrais. A gerente da área de apoio em processos de litígios da *Price Waterhouse Coopers*, Andréa Fuga Vergueiro, comenta que a escolha da arbitragem institucional é um ponto em comum com a preferência das empresas do Brasil. Quem usa a arbitragem "*ad hoc*" normalmente já tem uma experiência com arbitragem, já passou por casos anteriores.

A maior parte das empresas entrevistadas não quer que a arbitragem tenha recursos. Para elas, a decisão do árbitro deve ser terminativa. Segundo o levantamento, 91% das organizações rejeitam mecanismos de apelação. Para Fábio Niccheri, a criação de recursos contra a decisão do árbitro transformaria a arbitragem um processo judicial. Por isso ele entende que a medida desagrade grande parte dos entrevistados.¹³⁴ No Brasil, a possibilidade de recursos não está prevista na Lei de Arbitragem.

Para o presidente do Imab, Adolfo Braga Neto, o resultado da pesquisa pode ser um bom norte para as instituições arbitrais brasileiras. Isso porque o estudo demonstra o que as empresas esperam das câmaras arbitrais e dos próprios árbitros. As empresas, diz, preferem instituições arbitrais locais, que tenham custos mais baixos e sejam menos formais e mais próximas da realidade de cada uma. De outro lado, a carga que todos os anos se abate sobre os tribunais judiciais é pesada - 800 a 900 mil novos processos - e é preciso distribuí-la criteriosamente. Evitar que a balança penda sempre para o tribunal é o objetivo da segunda fase do plano de descongestionamento, que foi aprovada em Conselho de Ministros. São dez novas medidas, a concretizar faseadamente até final de 2008, que apostam no alargamento dos meios alternativos de resolução de conflitos e introduzem penalizações para quem inviabilizar o recurso a essa solução.

Por sua vez, o Ministério da Justiça não arrisca metas quantitativas, mas insiste no efeito cumulativo com o primeiro pacote de medidas que, em 2006, permitiu uma ligeira redução da pendência 0,4%, equivalente a 6.675 processos. "O ponto essencial é que não são medidas avulsas, mas a continuação de um esforço

¹³⁴ Cfr. Jornal Valor Econômico - 17/05/2006

de descongestionamento que se iniciou em 2005", salientou ao JN o ministro da tutela, Alberto Costa ¹³⁵.

A Resolução aprovada define as medidas e o respectivo calendário, mas muitas ficam ainda sujeitas à legislação posterior. Só uma é imediata e está já aprovada, aguardando promulgação e publicação a criação de um regime temporário, aplicável até 31 de dezembro, que dispense de pagamento de custas quem chegar a acordo ou aceitar o compromisso arbitral. Entre as medidas de descongestionamento aprovadas contam-se várias que visam incentivar o recurso a meios de resolução alternativa de litígios, como as seguintes:

- a) Alargamento do Sistema de Mediação Familiar a todo o território nacional, até ao final de 2008;
- b) Alargamento do Sistema de Mediação Laboral a todo o território nacional, até ao final de 2008;
- c) Criação de 8 novos julgados de paz até 2008;
- d) Criação de um centro de arbitragem para dirimir litígios em matéria de propriedade industrial, cujos atos necessários para a concretização devem ser aprovados até ao final de 2007;
- e) Criação de centros de arbitragem em matéria de ação executiva;
- f) Incentivo à utilização dos meios de resolução alternativa de litígios através do regime das custas judiciais.

Estas medidas visam promover o acesso ao direito e alargar a oferta do Sistema de Justiça a novos meios de resolução de litígios, permitindo resolver conflitos de forma mais rápida e barata para as partes do que através dos tribunais judiciais. Estes meios de resolução alternativa de litígios constituem um meio eficaz para tentar solucionar conflitos antes de promover uma ação judicial.

Com a medida, que visa incentivar a utilização dos meios de resolução alternativa de litígios através do regime das custas judiciais, pretende-se responsabilizar pelo pagamento de custas a parte que tenha inviabilizado a utilização de estruturas de resolução alternativa de litígios definidos em portaria do Ministro da Justiça antes de lançar um processo judicial. Isto é, existindo um

¹³⁵ Cfr. Ministério da Justiça – 10.11.2007

sistema de mediação, um centro de arbitragem ou um julgado de paz colocado à disposição das partes pelo Sistema de Justiça, a parte que impedir a tentativa de solucionar o conflito através dessa via alternativa será responsável pelo pagamento da totalidade das custas judiciais no Tribunal.

Não se visa responsabilizar as partes pelo pagamento das custas judiciais quando estas não tenham chegado a acordo, mas apenas quando nem sequer tenham tentado chegar a esse acordo ou a uma solução do litígio através de um dos meios de resolução alternativa de litígios colocados à sua disposição pelo Sistema de Justiça.

As estruturas de resolução alternativa de litígios que poderão ser utilizadas para este efeito – julgados de paz, centros de arbitragem, sistemas de mediação, entre outros – serão obrigatoriamente definidas por portaria do Ministro da Justiça.

Na mesma seara, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) aprovou o Projeto de Lei 913/07, que modifica o Código de Processo Civil (Lei 5869/73) para incluir os honorários do árbitro na lista dos títulos executivos extrajudiciais. O projeto, do deputado Carlos Alberto Leréia (PSDB-GO), foi aprovado em caráter conclusivo e segue para o Senado. O projeto será analisado apenas pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (Proposta PL – 913/2007)¹³⁶.

Os honorários do árbitro já são previstos pela Lei da Arbitragem (9307/96), inclusive como título executivo extrajudicial, instrumento que contém a obrigação incondicionada de pagamento. No entanto, o artigo 585 do Código de Processo Civil, que trata dos títulos executivos extrajudiciais, não faz referência a esses honorários. O objetivo do projeto é incluir expressamente no código os honorários do árbitro, quando fixados pelas partes no compromisso arbitral.

O relator do projeto, deputado Zenaldo Coutinho (PSDB-PA), apresentou parecer favorável: "O projeto contribui para a unificação da lista de títulos executivos extrajudiciais, trazida pelo Código de Processo Civil, e dá a devida importância ao instituto da arbitragem, sem dúvida de grande valia para o desafogamento do Poder Judiciário brasileiro" ¹³⁷.

¹³⁶ Cfr. Fonte: Agência Câmara - Notícias da OAB: www.oablondrina.org.br. Acesso em 16/10/07

¹³⁷ Cfr. Fonte: Jornal Valor Econômico

Da mesma forma, a *American Arbitration Association* (AAA) realizou em 2003 uma pesquisa que demonstrou, de forma clara e objetiva, a visão empresarial da arbitragem nos Estados Unidos ¹³⁸. Tal pesquisa adota a expressão “*dispute-wise*” para identificar as empresas de acordo com o maior ou menor grau da arbitragem, que são classificadas em três níveis:

- a) *Most “dispute-wise”*: empresas que se utilizam frequentemente da arbitragem;
- b) *Moderate “dispute-wise”*: empresas que se utilizam eventualmente da arbitragem;
- c) *Least “dispute-wise”*: empresas que raramente se utilizam da arbitragem como forma de solução de conflitos.

A partir dessa classificação, fica demonstrado que quanto maior o grau de frequência na utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, maior o grau de inteligência e eficiência da empresa quanto à forma escolhida para gerenciar a solução dos conflitos em que se envolvem.

Para os termos dessa pesquisa, vencer a demanda não é necessariamente o principal objetivo das empresas, mas sim administrar os impactos econômicos e não-econômicos dos conflitos em que a empresa é envolvida e em relação ao próprio negócio. Nesse sentido, Flávia Bittar Neves, secretária geral da CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, explica a utilização das ADRs (*Alternative Disputes Resolutions*) e seus benefícios, segundo o setor empresarial norte-americano:

Além disso, o uso das ADRs aparece como uma característica positiva de departamentos jurídicos considerados “*dispute-wise*” (gerenciados com inteligência), o que, associado a outras práticas de gerenciamento de riscos, contribui com a imagem da empresa no mercado, que passa a ser reconhecida como uma organização administrada com eficiência. A pesquisa constatou que uma característica típica das empresas que usam as ADRs é a tendência em realizar uma visão global do conjunto de conflitos que envolvem a organização, direcionando a solução de cada uma deles segundo propósitos de minimização de riscos, custos, tempo despendido e preservação de relacionamentos comerciais. ((Revista Brasileira de Arbitragem, Ano II, nº 9, jan-março de 2006, p. 32)

Percebe-se, com isso, que a arbitragem e as outras alternativas extrajudiciais de solução de conflitos se mostram vantajosas em relação aos processos judiciais, e esta perspectiva já foi assimilada culturalmente pelos

¹³⁸ Cfr. *American Arbitration Association* (AAA) – Dispute Resolution Services Worldwide – Dispute-Wise Business Management. Improving Economic and Non-Economic Outcomes in Managing Business Conflicts. Disponível em: <<http://www.adr.org/si.asp?id=4124> > Acesso em 05/12/2007

empresários norte-americanos. Já no Brasil, segundo afirma a advogada Selma Lemes “ao analisar um negócio, o investidor avaliará a possibilidade de economizar na hora de resolver divergências. Isso porque, com a arbitragem, não terá de arcar com o gasto de tempo com o Judiciário” (*apud* FERNANDES, Revista Amanhã – Gestão, Economia e Negócios. Ano 20, nº 219, Abril de 2006. São Paulo: Editora Abril, p. 69). Aduz ainda que, “a arbitragem só não é mais usada por desconhecimento. Mas quem usou uma vez, certamente não volta mais ao Poder Judiciário quando tiver problemas. (*apud* VAZ, Revista Exame PME, Julho/Agosto de 2006, p. 76).

4.2 CASOS ARBITRAIS

Conforme abaixo relatados, alguns conflitos solucionados pela arbitragem.

4.2.1. Caso nº 1

A primeira vez que o Brasil recorreu à arbitragem foi no *Caso Christie*, com a Inglaterra, envolvendo oficiais da Marinha Britânica, tripulantes da Fragata Forte, detidos no Rio de Janeiro. O caso foi solucionado pelo rei Leopoldo, da Bélgica, em 18.06.1863. Outras questões internacionais, desta vez de litígios de demarcação de fronteiras, foram resolvidas pela arbitragem. Um exemplo disso foi com a Bolívia, sobre a questão do Acre, através do Tratado de Petrópolis, em 17.11.1903. Entretanto, não foi necessária a utilização da arbitragem para a solução desta lide. Outros confrontos com a Argentina sobre o Território de Palmas ou das Missões, através do Tratado arbitral de 07.09.1889, cujo árbitro foi *De Grover Cleveland*, presidente dos Estados Unidos, e o Barão do Rio Branco defendeu os interesses brasileiros; com a França, sobre a região do Amapá com a Guiana Francesa, resolvido através do Tratado de 10.04.1897, cujo árbitro foi o presidente do Conselho Federal Suíço, *Walther Hauser*, tendo o Barão do Rio Branco defendido novamente os interesses brasileiros, com laudo favorável ao Brasil. Com a Grã-Bretanha, por terras da Guiana Francesa, através do Tratado de Londres, de 06.01.1901, cujo árbitro foi o Rei Vitor Emmanuel III, da Itália, com Joaquim Nabuco representando os interesses do Brasil.

4.2.2 Caso nº 2

Na jurisprudência estrangeira, um importante caso que deve ser mencionado é o de *Parsons & Whittemore Overseas, Inc. VS. Société Générale de L'Industrie Du Papier* (RAKTA) and Bank of America (508 F. 2d 969), julgado pela United States Court of Appeals, Second Circuit, em 23.12.1974¹³⁹. Trata-se de um contrato de prestação de serviços de construção e gerenciamento pela *Parsons & Whittemore*, empresa americana, no Egito. O cumprimento do contrato fora interrompido pela Guerra dos Sete Dias (1967). Após o término das hostilidades, a empresa americana omitiu-se em retomar o cumprimento do contrato, alegando rompimento das relações diplomáticas EUA-Egito. Além disso, fora suprimida certa linha de financiamento para o projeto. O tribunal arbitral (arbitragem CCI) julgou procedente o pleito da RAKTA, considerando que a Parsons não fora suficientemente diligente em superar as dificuldades e que o rompimento contratual fora abusivo.

4.2.3 Caso nº 3

Empresas grandes, como Petrobrás, Gol e GE, também vêm preferindo as câmaras de arbitragem. Nos países desenvolvidos, a adoção em peso desse meio por empresas de todos os portes faz com que, em muitos casos, ele supere a Justiça comum em número de processos. Estados Unidos, França e Inglaterra, por exemplo, já despacham 60% de todos os litígios por arbitragem. Na América Latina, onde o sistema chegou depois, os chilenos o adotam para resolver 30% de suas pendências. No Brasil muitos empresários e advogados ainda acreditam que a arbitragem só serve a grandes empresas.

Grande parte dos problemas de Justiça mais comuns das empresas - questões trabalhistas, comerciais e societárias - pode ser solucionada por arbitragem como:

[...] foi o que descobriu Maurício Linn Bianchi, dono da BKO, pequena construtora paulista. Depois de enfrentar dois processos - um de nove e outro de sete anos - o empresário recorreu à arbitragem com base num

¹³⁹ O texto integral do acórdão está disponível para consulta na página do prof. Ali KHAN na internet: [HTTP://classes.washburnlaw.edu/khan/coursemat/Arbitration/Cases/Parsons_v_Societe.htm](http://classes.washburnlaw.edu/khan/coursemat/Arbitration/Cases/Parsons_v_Societe.htm).

cálculo simples. Ao longo de todos esses anos de batalhas judiciais, a BKO já gastou em honorários metade do que deve receber se vencer as duas ações. Se os processos não ultrapassarem a média de 12 anos da Justiça brasileira, o pouco que restar (se restar) pode nem dar conta das despesas remanescentes. Bianchi pisou pela primeira vez no terreno da arbitragem há três anos, quando um cliente interrompeu o pagamento da construção de um hotel. Passados oito meses, o caso estava resolvido e o valor do débito foi pago, gastando apenas 15% do valor da causa, afirma Bianchi. (VAZ, Revista Exame PME, Jul/Agosto de 2006, p. 77)

4.2.4 Caso nº 4

O drama vivido pelo empresário Eduardo Marcondes, dono da empresa paulista Gama-Forte, franqueadora da rede de casas noturnas Café Cancun, que fatura 32 milhões de reais por ano, é típico de muitos pequenos e médios empresários. Há dez anos ele tenta receber uma indenização de um ex-franqueado que quebrou as regras de um contrato. "Gastei R\$ 80 000 reais e até agora não vi nem sequer a sombra de uma decisão", diz Marcondes. "A empresa que estou processando nem existe mais." Em 2004, quando voltou a ter o mesmo tipo de problema com outro franqueado encerrou o caso em cinco meses, gastando R\$ 20.000 reais. Em vez de recorrer aos tribunais da Justiça, o empresário procurou uma câmara de arbitragem. "Foi muito mais simples, rápido e barato", diz ¹⁴⁰.

4.2.5 Caso nº 5

Se as partes concordaram em dirimir controvérsias relativas a um contrato por meio de arbitragem, não podem cobrar as notas promissórias sacadas em garantia deste contrato antes de os árbitros decidirem a questão. É esse o entendimento do Juiz Carlos Ortiz Gomes, da 39ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo, que acolheu exceção de pré-executividade para extinguir uma execução de notas promissórias vinculadas a contrato de compra e venda de quotas de uma sociedade.

Os compradores tentam desfazer o negócio sustentando insanáveis irregularidades na sociedade recém adquirida. Os vendedores negam essas irregularidades e tentaram executar as promissórias, apesar da arbitragem já ter se iniciado com a assinatura do compromisso arbitral.

¹⁴⁰ Cfr. Revista Exame PME julho/agosto 2006, edição 3 - Justiça, p. 76
<http://www.taab.com.br/noticia2.asp?cod=45>

De acordo com o juiz, se as partes livremente decidiram sujeitar eventuais controvérsias à arbitragem, devem a ela se submeter. Ele mencionou ainda que o Supremo Tribunal Federal (STF) já reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) e que em tais casos incide a regra do artigo 267, inciso VII, do CPC, que determina a extinção do processo caso exista convenção de arbitragem, assim considerada a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Os interesses dos compradores da sociedade são defendidos pelo escritório Corrêa Meyer e Nastromagario Advogados. Luís Felipe Di Fiori Soares, sócio responsável pela área de arbitragem da banca, considera a decisão importante precedente: "A sentença demonstra que o Poder Judiciário reconhece, a cada dia mais, a validade e eficácia da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos". Para o advogado, isso "tranqüiliza todos aqueles que desejam inserir em um contrato uma cláusula arbitral, pois ficam certos de que por meio dela serão as controvérsias resolvidas, sem que eventuais manobras das partes consigam, como acontecia no passado, convencer o Poder Judiciário a intervir nesses procedimentos".¹⁴¹

4.2.6 Caso nº 6

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) consolidou a posição de dar validade ao juízo arbitral para solucionar conflito nos contratos de natureza econômica e, agora, estendeu às sociedades de economia mista a possibilidade de recorrer à arbitragem nos contratos de natureza puramente comercial. A decisão foi tomada pela 2ª Turma ao definir a questão em recurso da empresa AES Uruguaiana Empreendimentos contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. A discussão era sobre venda de energia elétrica.

A arbitragem está regulada pela Lei 9.307/96 e, segundo voto do relator, ministro João Otávio de Noronha, foi introduzida no país como forma de assegurar mecanismos mais ágeis na gestão dos negócios, especialmente diante do processo de desregulamentação do setor de energia promovida a partir dos anos 90. A grande inovação da lei, de acordo com o ministro, é exatamente excluir a via extrajudicial frente às decisões do juízo arbitral.

¹⁴¹ Cfr. 19 de junho de 2007 - Migalhas Revista Eletrônica

Quanto à possibilidade de a sociedade de economia mista recorrer ao juízo arbitral, a 2ª Turma entendeu que, quando os contratos envolverem serviço de natureza industrial ou tipicamente econômica, os direitos e obrigações são transacionáveis. Portanto, sujeitos à arbitragem. Quando as atividades decorram do poder de império da administração e sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público, não é possível a arbitragem, esclareceu a Turma.

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado com participação do Poder Público e de particulares em seu capital e em sua administração para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Possuem a forma de empresa privada, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, especificamente pela Lei das Sociedades Anônimas.

De acordo com a 2ª Turma do STJ, não há necessidade de autorização do Poder Legislativo para referendar o contrato que fixa o juízo arbitral como solucionador de conflitos.

Para o advogado da AES Uruguaiana, Arnaldo Wald Filho, do escritório Wald Associados, a decisão alça o país numa esfera judicial bastante respeitada. “O Brasil se torna mais confiável no momento em que as empresas vão recorrer à arbitragem para resolver seus conflitos”, afirmou¹⁴².

4.2.7 Caso nº 7

Antes de falecer, em 1799, George Washington determinou em seu testamento que se houvesse discórdia entre os herdeiros ela deveria ser solucionada por Arbitragem e não pela Justiça comum.

O empresário Guilherme Müller Filho não chegou nem perto de ser presidente dos Estados Unidos, mas um ano antes de falecer, pensou como ele para decidir o futuro da sua companhia, a Müller - fabricante da conhecida Cachaça 51. Desgostoso com as intermináveis desavenças entre seus dois filhos, o primogênito Benedito Augusto, de 56 anos, e Luiz Augusto Müller, de 52, o patriarca determinou, por meio de um acordo de acionistas, que os impasses entre os irmãos na gestão da Müller deveriam ser submetidas ao Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio

¹⁴² Cfr. Processo REsp 606345 – Revista Consultor Jurídico, 23 de maio de 2007

Brasil-Canadá. A vontade de Guilherme Müller foi realizada. O Valor apurou que técnicos do Centro de Arbitragem da Câmara Brasil-Canadá aprovaram o nome de Ricardo Gonçalves, ex-presidente da Nestlé e da Parmalat, para o cargo de diretor-superintendente da Müller ¹⁴³.

4.2.8 Caso nº 8

A Brasil Telecom (BrT) decidiu abrir um processo de arbitragem na Câmara de Comércio Internacional para pedir a anulação do acordo acertado entre o Opportunity e a Telecom Itália e a TIM, braço de telefonia móvel do grupo italiano.

Em abril de 2005, o Citigroup destituiu o Opportunity do fundo CVC Internacional, do qual o banco americano é o único cotista e que controla a Brasil Telecom. No final daquele mesmo mês, o Opportunity assinou acordo para vender sua parte na operadora à Telecom Itália, além de acertar a fusão entre a divisão de celular da Brasil Telecom com a TIM, do grupo italiano. Fora a fusão, o acordo previa o fim de disputas judiciais entre as duas companhias com o pagamento de 341 milhões de euros pela empresa italiana. O acerto, entretanto, foi barrado na época por meio de liminares na Justiça brasileira e norte-americana.

Como explicou *Charles Laganá Putz*, diretor de relações com investidores da Brasil Telecom, a empresa vai à Câmara de Comércio Internacional “porque essa é a via que estava prevista no acordo” entre *Opportunity* e Telecom Itália. Segundo o comunicado enviado à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a Brasil Telecom avalia que o acordo foi celebrado “em conflito de interesses, em violação à lei e ao estatuto social da companhia e, ainda, em contrariedade a acordos de acionistas e sem as aprovações societárias necessárias”. ¹⁴⁴

4.2.9 Caso nº 9

ACÓRDÃO Nº 2720/05, de 24/02/2006

AÇÃO/RECURSO: RECURSO ORDINÁRIO Nº 00131-2005-006-20-00-9

PROCESSO Nº 00131-2005-006-20-00-9

¹⁴³ Cfr. Fonte: Valor Econômico – 31/03/06

¹⁴⁴ Cfr. DCI – Diário, Comércio, Indústria & Serviços PanoramaBrasil - 17/03/06

RELATOR: JUIZ ELISEU PEREIRA DO NASCIMENTO

REVISOR: JUIZ JORGE ANTÔNIO ANDRADE CARDOSO

EMENTA: PROCEDIMENTO ARBITRAL – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO DO TRABALHO E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO - POSSIBILIDADE - LIMITES.

Considerando a imensa gama de direitos trabalhistas individuais disponíveis, a previsão legal de remessa ao Poder Judiciário competente da questão prejudicial acerca da natureza do direito em discussão, que não se vê tolhido de suas prerrogativas constitucionais, podendo decretar a nulidade da sentença quando violados os preceitos e princípios protetores porventura malferidos, tem-se que o procedimento arbitral é perfeitamente aceitável para dirimir litígios individuais, não podendo, todavia, substituir os órgãos a quem competem a assistência ao trabalhador na rescisão contratual, conforme expresso em lei – artigo 477, §§ 1º e 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

4.2.10 Caso nº 10

RECURSO ESPECIAL Nº 450.881 - DF (2002/0079342-1)

RELATOR: MINISTRO CASTRO FILHO

VOTO-VISTA MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se do recurso especial, interposto por Americel S/A, contra acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Compushopping Informática LTDA - Microempresa e outros, ora recorridos, requereram judicialmente a assinatura de compromisso arbitral pela recorrente. Sustentaram que com a recorrente firmaram contratos de credenciamento de agente autorizado, tendo elegido a arbitragem como meio para solução de eventuais conflitos entre eles (cláusula 17.^a do instrumento contratual). Ao constatarem a existência de inúmeras infringências contratuais pela recorrente, notificaram-na extrajudicialmente para que comparecesse a uma reunião com o objetivo de firmar compromisso arbitral.

Diante da recusa da recorrente em assiná-lo e em aceitar a nomeação de árbitros da Câmara Arbitral da Associação Comercial do Distrito Federal, os recorridos, com fulcro no art. 7.º da Lei 9.307/96, pugnaram pela citação da

recorrente para comparecer em juízo no intuito de fazê-lo. Em caso de recusa da recorrente, requereram que fosse proferida sentença para suprir o consentimento dela, assim valendo o título judicial como compromisso arbitral.

O Juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido de instauração de juízo arbitral para o fim de declarar instituída a arbitragem, suprimindo, na oportunidade, o consentimento da recorrente para firmar o compromisso arbitral. Ademais, nomeou o Sr. Leon Frejda Szklarowsky como árbitro único e Wanda Laura Leite Lima e João Bosco de Souza Rocha como árbitros substitutos. Inconformada, a recorrida apelou ao Tribunal de origem. O acórdão restou assim ementado: "Arbitragem. Lei 9.307/96. Instituição do compromisso arbitral por força de sentença judicial. Cláusula compromissória e resistência à instituição. Constitucionalidade da supracitada lei. Nomeação de árbitros. Alegação de suspeição. Insuficiência de provas.

1- O tema em questão é muito novo, em nossa jurisprudência e esparsos são os doutrinadores que se destinam ao seu estudo. A arbitragem não caracteriza renúncia ao exercício do direito de ação e sim uma das formas de se solucionar as controvérsias sem precisar da atuação do Poder Judiciário. Não se trata de impedir o acesso ao Judiciário, como vem sendo fundamentado por alguns que entendem que a cláusula compromissória fere o art. 5.º, XXXV, da CF de 88, e sim uma disponibilidade que tem os interessados de verem suas questões sendo dirimidas com maior celeridade, presteza e com menos entraves burocráticos. 2- A alegação de suspeição de árbitro escolhido pela sentença e seus respectivos substitutos deve vir acompanhada de um mínimo de provas, não bastando, para tanto, a afirmação que estes pertencem à mesma categoria funcional das autoras.

Recurso que se conhece, mas nega-se provimento."

Interpostos embargos de declaração pela recorrente, restaram rejeitados. Irresignada, a recorrente interpôs recurso especial, com fulcro no art. 105, inc. III, alínea "a" da Constituição Federal, sob a alegação de violação aos artigos: a) 535, II, do CPC - o Tribunal de origem restou omissa ao não se pronunciar quanto à alegação de que a questão suscitada pelos recorridos perante o juízo arbitral envolve pedido de indenização por ato ilícito. Nesse particular, sustenta que o tema refoge ao Juízo de Arbitragem, razão pela qual o compromisso arbitral não poderia ser firmado; b) 7.º da Lei 9.307/96 - afirma que não há qualquer descumprimento das cláusulas do contrato tendente à instituição do juízo arbitral pelas partes, concluindo-

se assim pela ausência de competência do Juízo arbitral para decidir sobre o pleito formulado. Dessa forma, não seria a recorrente obrigada a lavrar o compromisso arbitral.

O i. Ministro Castro Filho, relator do processo em análise, não conheceu do recurso especial, sob os fundamentos de que o acórdão recorrido dirimiu de forma fundamentada e completa as questões suscitadas pela recorrente e de que é possível a análise do pedido formulado pelos recorridos em sede de Juízo arbitral.

Reprisados os fatos, decide-se.

As questões postas a desate pela recorrente consistem em aferir a existência de omissão no acórdão recorrido, e a possibilidade de submissão da recorrente à assinatura do compromisso arbitral em razão dos fatos alegados pelos recorridos.

I- Art. 535, II, do CPC.

Sobre as alegações de existência de nulidade da sentença e de incompetência do Juízo arbitral para dirimir as controvérsias instauradas entre os recorridos e a recorrente, assim se manifestou o Tribunal de origem quando do julgamento dos embargos de declaração (fl. 777):

"Em que pesem os argumentos expendidos, tenho que verdadeiramente inexistem qualquer omissão a ser sanada pela via eleita, posto que restaram efetivamente apreciadas as provas apresentadas, não obstante entenda a embargante não terem sido elas apontadas diretamente no acórdão, argumento com o qual eu não concordo.

Efetivamente, a decisão proferida guardou perfeita consonância com os dispositivos legais e jurídicos que regem a matéria, tendo essa Corte apreciado todas as questões postas *sub judice*, apresentando cada fundamento que a levou à convicção de não existir nulidade da sentença, assim também de que não existe inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem no tocante à instituição do compromisso arbitral, por força de sentença judicial, a teor de seus artigos 6º e 7º."

De fato, ao se compulsar o acórdão recorrido, verifica-se que os temas apontados foram devidamente apreciados (fls. 757/758):

"No mérito, entende a recorrente que a pretensão deduzida na inicial não é 'arbitrável', pois não existe plausibilidade para tanto, e que os árbitros fixados no compromisso arbitral não são tão especializados para dirimir a controvérsia, além de serem suspeitos por fazerem parte da mesma categoria profissional das autoras, razão porque deve ser modificado o 'Termo de Compromisso Arbitral' e instituída a

arbitragem perante a Câmara de Mediação de São Paulo. Também sem razão a recorrente.

Apesar de, em sede deste procedimento arbitral, não ser dada a oportunidade de apreciação da matéria meritória pleiteada pelas autoras, eis que estaríamos suprimindo a vontade das partes e o próprio juízo arbitral, tenho que, pelo menos quanto à existência do direito perseguido, há de ser evidenciado, sob pena de frustrar a própria ação proposta.

Alegam os recorridos que a apelante infringiu vários dispositivos contratuais, incidindo em concorrência desleal, e que por isso devem ser indenizadas. Ora, nada mais simples e corriqueiro em nossos tribunais que a utilização de ações com este fim. A plausibilidade, para ser instituída a arbitragem, existe porque evidente a possibilidade de se pedir, via Judiciário, a pretensão indenizatória. Se uma das partes alega descumprimento de cláusulas contratuais, ensejando rescisões e ressarcimentos no âmbito de nossas cortes, não vejo razão de se negar a instituição da arbitragem, sob o fundamento que a pretensão é impossível porque não houve qualquer tipo de burla contratual. Se houve ou não descumprimento de cláusulas, isto é matéria para ser dirimida pelos árbitros, e não neste procedimento judicial."

Constata-se, pois, que as questões suscitadas pela recorrente foram dirimidas, ainda que contrariamente aos interesses dela.

Assim sendo, não há de se falar em ofensa ao art. 535, II, do CPC.

II- Art. 7.º da Lei 9.307/96

Afirma a recorrente que o pedido formulado pelos recorridos não se funda em descumprimento de cláusula contratual, motivo pelo qual o Juízo arbitral seria incompetente para apreciá-lo.

Nesse particular, convém asseverar que a possibilidade de pedido judicial de assinatura de compromisso arbitral por qualquer das partes figurantes de contrato pelo qual se estipulou o juízo arbitral para solução dos eventuais conflitos que venham a surgir se condiciona somente à existência de cláusula compromissória e à resistência exercida quanto à instituição da arbitragem, conforme assevera o dispositivo legal tido por violado.

No tocante aos pretensos temas passíveis de solução pelo Juízo arbitral, dispõe o art. 4.º da Lei 9.307/96 que através da cláusula compromissória as partes submetem à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente ao contrato assinado

por elas. Se o legislador não fez detida especificação dos "litígios" submetidos à arbitragem, não cabe ao intérprete da lei fazê-lo.

Dessa forma, não há de se questionar sobre a submissão do conflito suscitado pelos recorridos ao Juízo arbitral, controvérsia que somente esse Juízo poderá dirimir. Nesse ponto, mostra-se pertinente o argumento constante do acórdão recorrido de que "se houve ou não descumprimento de cláusulas, isto é matéria para ser dirimida pelos árbitros, e não neste procedimento judicial".

Portanto, inexistiu violação ao art. 7.º da Lei 9.307/96.

Forte em tais razões, adiro integralmente ao voto do em. Ministro Castro Filho para NÃO CONHECER do presente recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO - TERCEIRA TURMA

Número Registro: 2002/0079342-1 RESP 450881 / DF

Números Origem: 19990110833603 200200315715 8336099

PAUTA: 18/03/2003 JULGADO: 11/04/2003

Exmo. Sr. Ministro CASTRO FILHO

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ARMANDA SOARES FIGUEIREDO

Secretária

Bela. SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : AMERICEL S/A

ADVOGADO : ROBINSON NEVES FILHO E OUTROS

RECORRIDO : COMPUSHOPPING INFORMÁTICA LTDA – MICROEMPRESA E OUTROS

ADVOGADO : CARLOS SIDNEY DE OLIVEIRA E OUTROS

ASSUNTO: Civil - Contratos – Representação

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Nancy Andrighi, a Turma, por unanimidade, não conheceu do recurso especial."

Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 11 de abril de 2003

SOLANGE ROSA DOS SANTOS VELOSO

Secretária

Documento: 397967 Inteiro Teor do Acórdão - DJ: 26/05/2003

4.2.11 Caso nº 11

A Advocacia-Geral da União (AGU) tem os primeiros resultados das Câmaras de Conciliação e Arbitragem que começaram a ser montadas no ano passado para resolver disputas judiciais entre órgãos do governo - União, autarquias e fundações. Foram encontradas 51 disputas internas do governo federal, das quais 17 foram resolvidas internamente em um prazo médio de sete meses. A medida foi tomada para reduzir o número de disputas entre órgãos públicos que chegam à Justiça e evitar enfrentamento dentro da AGU, o que traz a defesa de teses contraditórias dentro da mesma instituição.¹⁴⁵

As soluções arbitrais criaram também uma forma legal inédita: os pareceres normativos da AGU. Eles são uma espécie de sentença arbitral proferida pela AGU, mas servem como uma jurisprudência de aplicação geral. Segundo o consultor da AGU Marcelo de Siqueira Freitas, responsável pela montagem das câmaras de conciliação, em dois casos a arbitragem acabou servindo também como regulamentação de leis federais até então deixadas em aberto.

Uma dessas regulamentações feitas pela AGU veio em uma disputa entre a Fundação Nacional do Índio (Funai) e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama), levada à consultoria ano passado. Uma tribo indígena paranaense teve suas terras inundadas pelo lago de Itaipu e invadiu o Parque Nacional do Iguaçu, gerido pelo Ibama. O órgão pretendia ajuizar uma ação para expulsar os índios, que são representados judicialmente pela Funai.

¹⁴⁵ Cfr. Valor Econômico de 17.11.2006

Esta, por sua vez, levou o caso à AGU, que descobriu que o Estatuto do Índio, depois de 30 anos, não tinha uma regulamentação para casos de índios que perderam suas terras originais.

A regra foi criada por uma sentença arbitral (o Parecer Normativo AC 48), que estipula que, nesses casos, a Funai pode comprar ou desapropriar novas terras, e criou os procedimentos para que a aquisição fosse feita. Até então, a Funai tinha regras apenas para a demarcação e desapropriação de territórios de ocupação tradicional. O precedente pode ser útil em casos de reservas que sofrem processos de desertificação ou superpopulação.

Outra regulamentação saiu de uma disputa entre o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e Ministério da Saúde para ocupar um prédio herdado do extinto Inamps. A AGU descobriu que depois de quase 20 anos da extinção do órgão, ainda não havia uma regra para a distribuição dos seus imóveis. A saída veio em uma sentença arbitral da AGU: os edifícios com função hospitalar são do Ministério da Saúde e os administrativos ficam com o INSS. O edifício, no Rio de Janeiro, estava registrado em nome do Ministério da Saúde e passou para o INSS.

Em outros casos a saída negociada mostrou melhores frutos do que uma eventual sentença da Justiça Federal. Um exemplo disso foi uma disputa entre o Instituto do Patrimônio Artístico e Artístico Nacional (Iphan) e a Companhia Brasileira de Trens Urbanos (CBTU). O edifício da estatal no Rio de Janeiro, segundo o Iphan, interferia na visão da Floresta da Tijuca, patrimônio nacional tombado. O pedido judicial do Iphan era a demolição do oitavo andar do edifício. A conciliação obteve uma solução mais produtiva: a CBTU manteve o edifício, mas se comprometeu a gastar R\$ 129 milhões na reforma de um prédio histórico no centro do Rio.

No ano passado a AGU baixou uma portaria determinando que todas as disputas entre órgãos federais fossem encaminhados à consultoria. Assim, as tentativas de conciliação que eram feitas de forma dispersa e eventual pelos próprios procuradores ganharam um procedimento e uma solução final para casos em que não há acordo - a arbitragem.

Das 51 disputas que chegaram à consultoria, 29 eram pendências tributárias com o INSS ou com a Receita Federal. Nesses casos, o procedimento foi exigir o término do processo administrativo e depois partir para a conciliação. Em

geral, eram pendências com recolhimento de contribuição previdenciária e Imposto de Renda da folha de pagamento de funcionários de autarquias.

4.2.12 Caso nº 12

O Grupo Pão de Açúcar anunciou, em seu balanço no fim do ano de 2006, a instalação de um procedimento arbitral para resolver uma disputa societária com o Sendas, adquirido por ele em 2004. As notas explicativas do balanço da Companhia Brasileira de Distribuição (CBD) revelam que a disputa começou porque os acionistas do Sendas entenderam ter direito a exercer uma opção de venda da participação, que detinham contra a CBD. Esta opção está prevista no acordo de acionistas e poderia ser acionada em caso de mudança de controle acionário na CBD. Com a ampliação da participação do grupo francês Casino no capital do Pão de Açúcar para 50%, a família Sendas entendeu que houve uma alteração de controle. Mas a CBD contesta o entendimento e não aceita o exercício da opção. A disputa - travada por meio da arbitragem - ainda está em curso e o desfecho pode ter um impacto significativo no Pão de Açúcar, por isso a opção de divulgar a informação de forma completa.

A Brasil Telecom também informou seu balanço a disputa societária travada por meio da arbitragem em parte de sua briga com Daniel Dantas. A Embratel não deu grandes detalhes, mas considerou como possível a perda de um processo arbitral por divergências contratuais e parte de uma provisão de R\$ 122 milhões feita para garantir disputas com terceiros também fará frente a esta arbitragem, segundo consta nas notas explicativas do balanço da companhia.

São poucas as empresas que têm relatado em seus balanços procedimentos arbitrais em curso, mas os casos existentes dão indícios de uma tendência: a de que os administradores das companhias abertas precisam abrir mão do sigilo das arbitragens, pelo menos em parte, se quiserem manter a transparência e não correr o risco de serem responsabilizadas por omissão de informações. Tanto a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) quanto os auditores independentes e os próprios defensores da arbitragem entendem que a companhia precisa, sim, divulgar procedimentos que possam afetar o balanço da empresa ou o seu valor no mercado, a despeito do sigilo hoje inerente à arbitragem.

Os relatos de procedimentos arbitrais nas notas explicativas dos balanços das companhias tendem a aumentar principalmente no caso de disputas societárias, já que hoje a grande maioria dos acordos de acionistas possui as chamadas cláusulas compromissórias - que prevêem o uso da arbitragem na solução de conflitos. As causas societárias, apesar de não envolverem possíveis contingências que possam afetar o resultado financeiro das empresas, afetam a estrutura de poder nas companhias. Se elas estiverem listadas no Novo Mercado da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa) o nível de informação precisa ser ainda maior. Isto porque essas companhias só possuem acionistas com direito a voto em seu quadro societário - portanto, se há uma disputa entre os sócios majoritários, os minoritários podem ser afetados imediatamente.

A exemplo dos grandes centros de arbitragem, a Câmara de Arbitragem do Novo Mercado prevê a confidencialidade dos procedimentos arbitrais em seu regulamento. Este tipo de regra é comum às grandes câmaras e é um dos atrativos para as empresas escolherem este método de solução de conflitos. Mas a Lei de Arbitragem, de 1996, não traz o sigilo como uma imposição. O sigilo previsto nas regras das câmaras de arbitragem é flexível e as partes podem optar pela não-confidencialidade. Os próprios membros da Câmara do Novo Mercado defendem a divulgação, pelas empresas, daquilo que for considerado relevante.

4.2.13 Caso nº 13

Brasileiro vence coreano em disputa por domínio na web¹⁴⁶. O coreano Neo Jung deve transferir o domínio www.mangels.com para a empresa de autopeças brasileira Mangels. A ordem foi expedida pelo Centro de Mediação e Arbitragem da Ompi—Organização Mundial de Propriedade Intelectual, de Genebra, Suíça, em 28/05/2005.

¹⁴⁶ *Cfr.* Revista Consultor Jurídico, 13 de agosto de 2005. Case nº D2005-0598 - WIPO Arbitration and Mediation Center. ADMINISTRATIVE PANEL DECISION. Mangels Indústria e Comércio Ltda., Mangels Industrial S/A v. Eweb.

O coreano registrou e usou de má-fé o nome de domínio com marca registrada pela empresa. O objetivo dele era vender, alugar ou transferir o registro do nome de domínio para o titular da marca ou para um concorrente, por um valor superior aos custos relativos ao registro e manutenção do nome de domínio.

O domínio foi registrado pelo coreano em 1º de junho de 2001. Entre junho de 2001 e fevereiro de 2005 tinha como única mensagem que o domínio estaria à venda por US\$ 3 mil. A partir de fevereiro de 2005, a mensagem dizia não ter como recuperar o conteúdo.

A indústria brasileira que já possui a marca registrada Mangels consolidada no mercado contratou o escritório Newton Silveira, Wilson Silveira e Associados — Advogados para tentar reaver o domínio no Centro de Mediação e Arbitragem da Ompi, o órgão de arbitragem para questões envolvendo domínio "com". Foi alegada a ilegitimidade de se utilizar o nome da marca no nome de domínio, já que o coreano não tem autorização das indústrias para usar a marca. E que, o titular do nome do domínio estava agindo de má fé, porque registrou o domínio com o único intuito de vender, alugar ou transferir por um preço elevado.

De acordo com o árbitro da Ompi, Thomas P. Pinansky, é de conhecimento geral que usar a marca de terceiros para registrar domínios sem prévia autorização constitui transgressão. E que, mesmo que ele não tivesse conhecimento da marca, há provas de que o coreano só registrou o domínio com o objetivo de comercializar. Para Pinansky, se o nome do domínio não tivesse sido registrado com o propósito de vender, alugar ou transferir o registro, o coreano já teria tido tempo de criar seu *website*. A manutenção do *website* vazio e inativo é como uma mancha na reputação da marca da Mangels e constitui a conduta de má fé confirmada.

Para a Ompi, a lei de registro de domínio é clara em dizer que a compra de um nome de domínio com o principal propósito de oferecer para venda, aluguel ou transferência do nome por uma quantia excessiva demonstra a má fé, violando o parágrafo 4º, da regulamentação do órgão americano.

Diante dos fatos, o árbitro decidiu que o registro deve ser transferido para a indústria, que possui a marca e que investiu seus negócios na marca registrada, já que o coreano tem provas insuficientes para demonstrar a sua legitimidade à posse do nome do domínio.

4.2.14 Caso nº 14

Com efeito, a jurisprudência que vem se consolidando na área admiravelmente, explicitando e ratificando os conceitos e princípios da lei de arbitragem, além de exarar, como no caso a baixo citado, verdadeira lição pedagógica¹⁴⁷.

Neste sentido é de relevo salientar a decisão advinda do Tribunal de Justiça do Paraná (Agravo de Instrumento 174.874-9/02 – 2ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba), proferida em abril de 2005 sobre questão envolvendo sociedade de economia mista distribuidora de energia elétrica que, ao firmar contratos de compra e venda de energia elétrica de empresa privada, estabeleceu a arbitragem como forma de solução de conflitos deles advindos. Porém, surgidas controvérsias referentes aos pagamentos correspondentes, foram instauradas arbitragens. Mas se insurgiu a sociedade de economia mista quanto à discussão da controvérsia em sede arbitral, alegando que a matéria em tela seria indisponível.

Essa questão, no direito da arbitragem, é conceituada como arbitrabilidade objetiva, pois se refere à disponibilidade de direitos patrimoniais (artigo 1º, *in fine*, da Lei nº 9.307/96). A sociedade de economia mista, quando atua na compra e venda de energia elétrica, está praticando atividade puramente comercial, desprovida de qualquer reflexo no direito administrativo.

Foi neste sentido que o juiz Fernando César Zeni afirmou que energia elétrica é mercadoria e, portanto, direito disponível (Lei nº 10.488/04, artigo 4º, §§ 5º e 7º). Destarte, a questão é econômica e não pública, sendo perfeitamente válida a cláusula compromissória. Ademais, a sociedade de economia mista sujeita-se às regras de mercado e à legislação contratual civil. Saliente-se que a sociedade de economia mista não poderia, sob o manto da indisponibilidade do interesse público (por integrar a administração pública indireta), eximir-se do que legalmente firmara (*pacta sunt servanda*). Não há possibilidade sequer de anular administrativamente contratos que regulam relações da administração em caráter privado (“não pode a administração anular atos realizados sob o império do direito privado” – TAPR, Ap. C. 247.646-0, 7. CC, j. 11.02.04).

¹⁴⁷ Cfr. Fonte: Revista Consultor Jurídico, de 5 de abril de 2006

No caso referido e para obstaculizar as demandas arbitrais, valeu-se a sociedade de economia mista, indiretamente, de expediente em ação popular, obtendo liminar, que fora cassada por decisão em Agravo de Instrumento proposto pela empresa privada. Este julgado determina a preservação dos institutos jurídicos do direito da arbitragem em face dos demais dispositivos de direito material e processual. Em especial, entre outros, aduzindo que compete ao tribunal arbitral avaliar sua própria competência (artigo 8).

Além disso, o juiz, demonstrando sensibilidade e conhecimento, exara maravilhosa lição pedagógica ao aduzir: “por isso, afirmo que as alegações da [sociedade de economia mista] não são maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise, impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei nº 9.307. Seria muito conveniente eleger um árbitro, pagar por isso (com dinheiro público, frise-se) e depois, de maneira simplória, por meio das ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é indisponível (compra e venda ?!?!?) e, portanto, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível”.

Note-se, ademais, que a confirmação jurisprudencial em reconhecer definitivamente a capacidade da administração pública direta e indireta em firmar a convenção de arbitragem em contratos com particulares alinha-se com os contratos de concessão de serviços públicos da época imperial; no precedente denominado “Caso Lage”; no caso de saneamento básico julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 1999; no famoso “Caso Lloyd Brasileiro v. Ivarans Rederi”, sendo o extinto Lloyd uma empresa de economia mista; a “Compagás”, no Estado do Paraná etc.

Mas a lição pedagógica que fica deste acórdão, que já se inscreve como um *leading case* para os casos em que as sociedades de economia mista e a administração pública firmam contratos com cláusula de arbitragem é que “não se pode permitir que por vias oblíquas a Lei de Arbitragem seja reduzida à inutilidade”. E mais, sua função pedagógica vale como uma advertência aos que pretendem obstaculizar o regular e irreversível papel que a arbitragem desempenha como forma de acesso à Justiça, no despertar do século XXI.

4.2.15 Caso nº 15

PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DA 7ª CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE ALÇADA DO PARANÁ - COMPAGÁS

Trata-se de acórdão proferido nos autos de Apelação Cível em que fora apelante, Companhia Paranaense de Gás – Compagás, e apelado, Consórcio Carioca-Passarelli, na qual a apelante visava à reforma da r. sentença da 3ª Vara da Fazenda Pública para obter a decretação de nulidade da convenção arbitral firmada entre as partes, para que fosse considerado competente o foro de Curitiba para resolução de quaisquer conflitos decorrentes do contrato entre eles assinado.

Os principais argumentos utilizados pela apelante, para tentar obter a decretação de nulidade do compromisso arbitral, foram: (i) vinculação entre o procedimento de licitação e a eleição do foro de Curitiba para resolver quaisquer conflitos; (ii) falta de previsão na licitação (a arbitragem não estava prevista no edital) acerca da utilização da arbitragem como modo de solução de disputas; (iii) a cláusula arbitral seria nula, pois não estabeleceria seu objeto; e (iv) a decisão seria nula, uma vez que fora proferida apenas por dois árbitros.

Rebatendo um a um dos argumentos trazidos pela apelante, bem como acrescentando outros novos e importantes, o v. acórdão manteve a r. decisão recorrida, considerando válidos a convenção de arbitragem e, conseqüentemente, o procedimento arbitral.

Os fundamentos do v. acórdão ora comentado foram os seguintes: (i) constitucionalidade e legalidade da arbitragem; (ii) a atividade da apelante não constitui prestação de serviço público, mas atividade própria de empresas privadas; (iii) o fato do contrato, objeto da arbitragem, decorrer de licitação não configura obstáculo à arbitragem, eis que não se afetam direitos de terceiros; (iv) a questão não envolve direitos indisponíveis, eis que se refere ao desequilíbrio econômico financeiro de um contrato de interesse privado e econômico; (v) a arbitragem, como mecanismo mais célere de solução de conflitos, pode ser mais vantajosa à apelante, evitando o atraso no cronograma de obras; (vi) a lei aplicável às empresas estatais de petróleo e gás ressalta a possibilidade da solução dos conflitos via arbitragem; (vii) a apelante foi assessorada por advogado o qual menciona em suas minutas a sentença arbitral, nunca se referindo a mero arbitramento de questões técnicas; (viii) o objeto da arbitragem encontra-se bem definido na convenção celebrada pelas partes, tendo tido a apelante pleno conhecimento do seu objeto; (ix) não há vício pelo fato da sentença ter sido proferida por dois árbitros, eis que o árbitro indicado

pela apelante fora devidamente intimado, tendo livremente optado por não participar do procedimento, sendo que a decisão arbitral se deu por maioria de votos, como permitido pela Lei 9.307/96; (x) a deliberação da apelante para anular a convenção arbitral não tem validade, uma vez que esta é ato bilateral e exige a concordância das duas partes para seu desfazimento ou anulação.

COMENTÁRIOS: DA CORRETA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO

O acórdão em comento apresentou perfeita argumentação e logrou rebater de forma pontual todas as alegações suscitadas pela apelante. Demonstrou o referido acórdão, outrossim, que a manutenção da arbitragem como modo de solução dos conflitos no caso analisado, mais do que representar respeito à autonomia da vontade livremente manifestada pelas partes, significa cumprimento aos princípios da boa-fé e moralidade, trazendo à Administração Pública e ao Estado somente vantagens.

A jurisprudência nacional sobre o assunto não está ainda firmada, havendo decisões em sentidos opostos. Nesse sentido ver os seguintes precedentes: 3ª Vara da Fazenda Pública de Curitiba, Copel/UEG, processo nº 24334; 2ª Vara da Fazenda Pública de Porto Alegre, RGE/AES, processo nº 00109052374; 2ª Câmara do Tribunal de Contas da União FNE/CBEE e PIEs, rep. 005.250/2003.

Sustenta o acórdão do caso Compagás que “o fato de envolver licitação não significa obstáculo para que as partes resolvam seus conflitos por arbitragem”, eis que ainda nos termos do acórdão: “desnecessária a previsão de compromisso arbitral no edital de licitação e no contrato celebrado entre as partes. O que importa é a possibilidade de adoção da arbitragem no caso concreto, uma vez que não versa sobre direitos indisponíveis. Não afeta direito de terceiros a falta de menção no edital, uma vez que a solução do conflito diz respeito a readequação econômico-financeira do contrato e não se cuida de forma evidente de aumento de valores do preço.”

Ensina-nos Selma Lemes que, quando as empresas estatais atuam em pé de igualdade com os particulares, estariam elas dispensadas do dever de licitar, na medida em que tal dever signifique ônus que dificulte e, até mesmo, obstaculize sua atuação. Pondera a brilhante autora, entretanto, que em determinados casos a obrigação de licitar não traria inconvenientes, concluindo, assim, que não estariam tais empresas obrigadas a se submeterem à licitação, mas sim aos princípios dela provenientes.

Esta mesma linha de raciocínio fora adotada na fundamentação do acórdão, ao concluir que não importa se o contrato em questão decorre de licitação, o que importa é que os princípios relativos à licitação não foram ofendidos ou abalados pela eleição da arbitragem como modo de solução dos conflitos. Eis que, por um lado, cuida de direitos disponíveis e, por outro, não afeta, de qualquer sorte, direitos de terceiros, ou significa ofensa ao interesse público.

Dessa forma, restam absolutamente impecáveis, a conclusão e a argumentação utilizados pelo acórdão, ao concluírem pela arbitrabilidade do litígio, ainda que decorrente de licitação.

Os benefícios da arbitragem à Administração Pública, in SELMA LEMES Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 180.

Um dos argumentos do acórdão diz respeito ao fato da arbitragem ser muito mais célere, o que representa vantagem à Compagás que poderá “resolver os conflitos desde logo do que aguardar anos para receber uma decisão judicial, o que pode atrasar o cronograma de obras e a implantação do sistema de gás canalizado em Curitiba e São José dos Pinhais.”

Com efeito, inúmeras peculiaridades da arbitragem, tais como a celeridade (em atendimento ao princípio da continuidade do serviço público) e o conhecimento específico dos árbitros, representam indiscutivelmente benefícios à Administração Pública na defesa do interesse público primário.

A esse respeito, o atual ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, leciona: “Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração, como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público.”

Nesse passo, o ilustre jurista continua citando os ensinamentos de Themístocles Cavalcanti: “Parece-me que a administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo”.

CONCLUSÃO

Em síntese, o recente acórdão do Tribunal de Alçada Paranaense reforça o melhor entendimento doutrinário no sentido de que não somente é possível que a arbitragem seja utilizada na solução de conflitos envolvendo empresas estatais de natureza patrimonial e disponível, como o consagra como meio mais vantajoso e desejável à própria Administração na solução de tais conflitos.

Mais do que considerar a arbitragem como modo adequado de solução dos conflitos, o acórdão ora discutido aplica o princípio da boa-fé nas relações entre a administração e particulares, coibindo condutas ilícitas (como o *venire contra factum proprio*, por exemplo) que configuram violações a princípios de lealdade contratual, dentre outros.

Mais do que aplicar o princípio da boa-fé, o respeitável *decisum*, objeto do presente trabalho, faz valer o princípio da moralidade, ao qual, nos termos do artigo 37 da Constituição, deve se submeter a Administração Pública direta e indireta.

Mais do que aplicar princípios constitucionais ao caso concreto, o acórdão paranaense representa um marco para arbitragem no Brasil, que delimita a mudança de paradigmas que garantem segurança jurídica às relações entre os particulares e a Administração, com grandes vantagens ao desenvolvimento econômico nacional.

A esse respeito, o mestre português nos ensina que “a locução ‘*venire contra factum proprium*’ traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente. Esse exercício é tido, sem contestação por parte da doutrina que o conhece, como inadmissível. [...] ‘*Venire contra factum proprium*’ postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”, in MENEZES CORDEIRO, A Boa Fé no Direito Civil, Alendina, Coimbra, reimpressão, p. 742 e seguintes.

4.3 AS VANTAGENS DA ARBITRAGEM E O ATENDIMENTO DA EXPECTATIVA DE CÉLERE DISTRIBUIÇÃO DA JUSTIÇA

O regime arbitral, sistematizado em quarenta e quatro artigos, veio colocar o Brasil lado a lado com outros países detentores da mais moderna e atualizada legislação sobre o tema. No entanto, como bem preleciona Joel Dias Figueira Júnior “não podemos ser ingênuos e acreditar que a Lei 9.307/96 trouxe a

redenção para os complexos e inúmeros problemas que afligem o jurisdicionado brasileiro, seja em face do acesso à justiça, seja em face da ordem jurídica justa” (1999, p. 102). Continua o autor aduzindo que “tudo dependerá da natureza do conflito apresentado no caso concreto e da opção que as partes irão fazer, espontaneamente e em comum acordo, a respeito da prestação da tutela pelo Estado-juiz ou pelo árbitro”. (1999, p. 102)

O regime da arbitragem é um instrumento colocado à disposição dos interessados para a solução de seus conflitos de natureza patrimonial disponível, ao lado de outras formas alternativas de composição, bem como de jurisdição estatal. Do mesmo modo que não existe no processo civil comum procedimento melhor ou pior, mas sim tutelas diferenciadas, adequadas aos diversos ritos, que podem ser escolhidos pelo autor de acordo com o sistema previsto no ordenamento jurídico, não há que se falar também, de maneira absoluta, em melhor ou pior forma de prestação da tutela jurisdicional, isto é, se Poder Judiciário ou arbitragem. Tudo dependerá do conflito, do caso concreto e da opção que as partes irão fazer, espontaneamente e de comum acordo, optando pela prestação da tutela do Estado-juiz ou a do árbitro. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 102-103)

A arbitragem tem preenchido a expectativa do comércio nacional e mundial, sendo este responsável pela expansão do instituto, de tal forma que “não é possível a existência, hoje, de contrato internacional sério, sem que ele tenha sido proporcionado por uma convenção de arbitragem”. (BAPTISTA & FONSECA, 1998, p. 769)

Como já dito, a realização da justiça é direito natural do cidadão que ao Estado cabe assegurar. Não se trata de “um direito concedido pelo Estado, pois se configura dever deste prover os meios à solução dos litígios e à pacificação social” (MARTINS, 1999, p. 4). A arbitragem pode, ao menos, em algumas matérias específicas, satisfazer essas pretensões.

A justiça tradicional tem se apresentado incapaz de solucionar alguns litígios, e as partes os têm satisfatoriamente solucionado por meio de jurisdição privada. Ocorre que, a cada dia, surgem novos direitos, que devem ser protegidos pelo Estado, e, para tanto, faz-se necessária uma adaptação do modo tradicional de resolução de conflitos.

A arbitragem não veio a substituir o procedimento judicial, tampouco ela ressurgiu como solução milagrosa, visto que não consegue abarcar a maioria dos

litígios, pela limitação do objeto que pode ser arbitrado e pelo custo relativamente alto que é despendido pela instauração de um tribunal arbitral.

Por meio da arbitragem, foi concedido às próprias partes um modo de solucionar seus litígios, resultantes de determinadas relações jurídicas de direito privado, a um tribunal arbitral, composto por um árbitro único ou uma maioria deles, designadas, em princípio, pelas partes ou por uma entidade por elas indicada. Mediante a instituição do tribunal arbitral, exclui-se a competência dos juízes estatais para julgar a mesma lide. (RECHSTEINER, 2001, p 16)

Nesse sentido JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR ressalta que:

Se faz necessário dar opção às partes de uma jurisdição privada ou paraestatal no que tange à solução dos conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, de tal forma que deixe a cargo da jurisdição pública estatal as demandas de caráter público, viabilizando-se, então, a reavaliação e a reorganização do Judiciário e adaptando-o, assim, aos novos tempos. (1999, p. 14)

A arbitragem constitui-se assim, em mecanismo mais flexível, podendo disciplinar os novos litígios, satisfazendo uma exigência da vida moderna, por ser baseada no princípio da autonomia da vontade. Exemplo dessa adaptação é o Centro de Arbitragem e Mediação por parte da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (*World Intellectual Property Organization*), que segundo Hiram Chodosh foi criado “em resposta à incapacidade dos sistemas jurídicos nacionais de lidar com a complexidade técnica e com as múltiplas jurisdições de tais disputas”¹⁴⁸. O centro tem por objetivo assegurar o ritmo das mudanças nos mercados nacionais e nos globais emergentes, o que resulta em pressões cada vez maiores sobre os grandes interesses comerciais, para resolver as disputas rapidamente, a baixo custo e de forma amistosa, construtiva e criativa, para maximizar os interesses em longo prazo e para resolver as relações comerciais existentes.

Sob outra óptica, a arbitragem apresenta-se importante no cenário mundial porque traz em seu bojo vantagens práticas e jurídicas, sendo a primária e autêntica solução dos conflitos, nos dizeres de Adolfo Alvarado Velloso, que retira ainda da Exposição de Motivos da Lei Espanhola de 1953, a seguinte lição:

Diante da necessidade de ordenar igualmente esses conflitos de interesses, o Direito, antes de chegar ao puro mecanismo coativo da intervenção inapelável do Poder Público, idealiza uma série de meios de conciliação que tratam de restabelecer, na medida do possível, a

¹⁴⁸ CHODOSH, Hiram E. A mediação jurídica e a acultura legal. Disponível em: <http://usinfo.state.gov>. Acesso em 19/01/2007

interrompida ordem da convivência social. Tal é, precisamente, o papel que assume a arbitragem dentro do sistema geral das instituições jurídicas. Quando já não é possível uma conciliação direta de uma eventual contenda, porém restam zonas de harmonia acessível a terceiros, sem necessidade de acorrer a força do Estado, que tenha de obter-se *ex officio judicis*, uma experiência secular consagrou a eficácia de dar entrada, no quadro das figuras jurídicas conhecidas, a esta obra pacificadora de terceiros que, gozando da confiança dos contendores, podem receber deles a autoridade necessária para lhes impor uma decisão satisfatória. Deste modo, não se desconhece nem se menospreza o labor augusto do juiz, como órgão da soberania do Estado, sorte que, precisamente por essa excelssitude de seu caráter, reserva-o para aqueles casos em que, desgraçadamente, um tratamento amistoso não é possível nem sequer por esta via indireta, e se faz necessária a intervenção do império estatal. (RePro 45/95-96)

Em que pese a arbitragem prestar-se adequadamente à solução de conflitos de natureza diversa, adquire foro preferencial e finalidade específica em questões decorrentes de relações comerciais e, em particular, as internacionais, em que há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio, portanto, sendo visíveis as suas vantagens.

De outra sorte, os jurisdicionados não são os únicos interessados na rápida solução do litígio, em que pesem ser os que de forma direta anseiem por esse resultado. Nesse sentido, JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR assevera que:

Numa outra intensidade e em nível diferenciado, ao Estado interessa também proporcionar essa tutela com agilidade, presteza, rapidez e efetividade, porquanto lhe é imprescindível a manutenção do equilíbrio das relações fáticas e jurídicas, sob pena de correr o risco indesejável de originar-se um clima de instabilidade tal qual possa vir a representar, em último estágio, até mesmo uma convulsão sociopolítica. Por isso não basta apenas a previsão normativa constitucional e principiológica do acesso à justiça; faz-se mister a existência de mecanismos geradores de efetivação dos direitos subjetivos, cuja realização verifica-se por intermédio de instrumentos que possibilitem a consecução dos objetivos perseguidos pelo autor com rapidez, isto é, dentro de um período de tempo razoável e compatível com a complexidade do litígio, proporcionando ao beneficiário da medida a concreta satisfação do escopo perseguido. (1999, p. 137)

A arbitragem, sem deixar o devido processo legal, é mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a questão em que consiste o litígio e, em regra, julgadores. Com profundo conhecimento científico e respeitabilidade, atributos estes, que presentes, conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo comparando-os com a jurisdição pública.

A sociedade moderna exige rapidez nas ações, os negócios não podem esperar recursos intermináveis, que protelam decisões e provocam acúmulo de processos. As empresas são cada vez mais ágeis e não podem prescindir da rapidez na solução de seus conflitos e litígios, transações internacionais já exigem em seus contratos cláusulas que renunciem a utilização do Poder Judiciário Estatal, na eventualidade de surgir algum desacordo, evitando assim, prejuízos ocasionados pela demora nas soluções. (ZEREU, 2005)

É propriamente na relação tempo *versus* rapidez que o jurisdicionado defronta-se com o maior obstáculo à consecução de suas pretensões. Joel Dias assevera que “seja esse talvez o principal ponto de estrangulamento do Poder Judiciário brasileiro e, também, nos do chamado países do primeiro mundo” (1999, p. 139). Complementa ainda que “diante da carência de estrutura material, instrumental, tecnológica e de pessoal, na qual se encontra mergulhado o nosso Poder Judiciário, inegável que se verifica um comprometimento parcial do direito ao amplo acesso aos tribunais e à ordem jurídica justa”. (1999, p. 140)

Apropriado, pois, os dizeres de Célio Borja quanto à relevância da arbitragem:

Se, porventura, o instituto do juízo arbitral ao se qualificar pela simplicidade, segurança e celeridade para resolver os litígios oriundos dos contratos civis e mercantis celebrados pelos agentes econômicos, parece-me difícil prever como o sistema judiciário estatal se desincumbirá do acréscimo significativo da demanda por seus serviços. (Revista de Informação Legislativa 125/102)

Repita-se, uma das vantagens proporcionadas pela arbitragem é a celeridade, vantagem sobressalente, se comparada com a morosidade do Poder Judiciário. No ordenamento jurídico brasileiro, essa agilidade decorre da previsão feita pela própria Lei de Arbitragem, que determina que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes, ou, se nada houver sido estipulado, no prazo máximo de seis meses, afastando, assim, a morosidade, hoje pecha no meio estatal. Pode-se considerar a fixação do prazo de apresentação do laudo como facultativo, conforme aduz o artigo 11, inciso III, da Lei de Arbitragem. Se nada houver sido estabelecido, este será de seis meses, porém, nada impedindo, em comum acordo, haver sua prorrogação¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Cfr. *Caput* e parágrafo único do art. 23, da Lei de Arbitragem brasileira.

As vantagens apontadas pelas empresas para o uso da arbitragem são a flexibilidade do método, o sigilo dos processos e a possibilidade das partes escolherem o árbitro. Na arbitragem, ao contrário do Poder Judiciário, quem julga a demanda é um árbitro, especializados no tema alvo do conflito. A escolha do julgador, que pode ser um ou mais, ocorre em comum acordo pelas partes.

Uma das maiores vantagens da arbitragem comparativamente ao Judiciário reside nessa flexibilidade de escolha das regras pelas quais será efetivada. Em contratos internacionais que envolvem compra e venda ou financiamento de produtos agrícolas, por exemplo, podem ser aplicadas as normas que regem esse tipo de comércio, muito mais adequadas para as partes do que as legislações dos países envolvidos na transação.

O uso da arbitragem também garante a apreciação do litígio por especialistas no assunto, mais competentes do que juízes leigos no tema, ainda que versados em leis e no processo judicial. Conflitos envolvendo a qualidade técnica da construção de uma usina hidrelétrica e eventual indenização, por exemplo, provavelmente terão melhores soluções se resolvidos por engenheiros acostumados a tal tipo de obra. O juízo arbitral, além disso, demora menos tempo. Ainda que questões complexas exijam por vezes mais de um ano para serem solucionadas, pode-se dizer que uma arbitragem normal termina de seis a nove meses. Isso, por si só, pode ser decisivo para a escolha do caminho arbitral, pois é conhecida a lentidão de um processo judicial, especialmente no Brasil.

Mas no Brasil, uma das vantagens do método, defendida por especialistas, seria justamente o tempo para a solução do conflito, já que uma demanda no Judiciário local pode levar bem mais de dez anos. Assim, um processo arbitral julgado em 18 meses, para os padrões brasileiros, é um bom tempo. Um procedimento arbitral interno leva de sete meses a um ano e meio para ser concluído. Apesar de as empresas reclamarem do tempo da arbitragem, elas chegam à conclusão de que há um custo/benefício do método que compensa.

Aduz Joel Dias Figueira Júnior que são dois os fatores que influenciam positivamente a celeridade do juízo arbitral: “a irrecorribilidade das decisões arbitrais (interlocutórias ou sentença arbitral) e a inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário”. (1999, p. 103)

Cláudio Vianna de Lima preleciona que a arbitragem “surge, assim, como uma resposta direta ao problema, pois tempo é dinheiro” (*apud* GARCEZ, 1999, p. 16).

Nesse sentido, se observa que cada vez mais as empresas têm procurado a arbitragem para solucionar seus litígios; inclusive as que possuem grandes recursos financeiros, porque as custas judiciais são menos preocupantes do que a demora na prestação jurisdicional, insuportável e insustentável para esses litigantes. JOSÉ RENATO NALINI retrata de maneira clara esse quadro:

[...] grupos financeiros de expressão, notadamente de capital internacional ou multinacional, também não se submetem ao Judiciário. Os interesses que os movem o vulto financeiro que assumem não se compadecem com a morosidade da Justiça. A arbitragem de há muito absorvida pelo sistema, assimila todos os conflitos. (2000, p. 31)

No entanto, como assevera Dalmo de Abreu Dallari, torna-se “indispensável que a pressa em decidir e o cuidado de economizar não prevaleçam em prejuízo do conhecimento mais complexo dos elementos necessários à boa solução”. (*apud* PUCCI, 2001, p. 18)

Manutenção das relações interpessoais e uma vantagem que surge da tentativa das partes de dirimir o conflito da forma mais rápida e pacífica possível, pois, geralmente, quem faz opção por ter seus conflitos solucionados pela arbitragem e a pessoa física ou jurídica que possui necessidade de acelerar a resolução do litígio, com intenção de preservar as relações com o outro litigante, sobretudo se as negociações entre as partes forem de longa duração. Preservam-se as relações e negociações futuras, corroborando, assim, a noção de justiça coexistencial, que visa a manutenção dos institutos integrais.

Uma vantagem que pode ser considerada relativa diz respeito às custas processuais da arbitragem. Ela possui custas, e elas podem ser altas, mas, se comparadas às custas de uma decisão definitiva do Judiciário, ainda são consideradas vantajosas. Isso porque aos custos de uma decisão final por via tradicional são contabilizados os honorários, as taxas, o preparo para o recebimento de um recurso, o que resulta em um montante relativamente maior que as custas de um litígio solucionado por via arbitral, além do tempo muito mais dilatado para que uma decisão definitiva seja proferida no Judiciário.

Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior observa que “[...] mesmo sendo as despesas de todo o procedimento arbitral arcadas pelos litigantes, o seu custo final, ou melhor, o seu custo-benefício, certamente ultrapassará as expectativas das partes”. (1999, p. 103)

Não se pode esquecer, contudo, que a arbitragem tem um impacto social positivo, visto que retira as causas complexas do Poder Judiciário, que lhe demandariam muito tempo e, uma vez instaurado um juízo arbitral para solucioná-las, haverá mais tempo para solucionar conflitos de competência exclusiva do Judiciário. A esse respeito, assevera Welber Barral que a arbitragem “permite que o Judiciário se desafogue de litígios comerciais, e possa se dedicar aos litígios que envolvam interesses públicos ou direitos indisponíveis”. (2000, p. 102)

De outro modo, demonstra-se a arbitragem mais prática e informal do que a jurisdição estatal, não necessitando de todos os aparatos utilizados por essa via tradicional de solução de litígios. Esse aspecto é considerado de extrema relevância para as transações comerciais, visto que necessitam de uma simplificação dos instrumentos processuais, a fim de corresponder o tempo do processo ao tempo real de negociação. A esse respeito, esclarece CLÁUDIO VIANNA DE LIMA que,

Com efeito, às técnicas mercantis, práticas e objetivas, bem se ajustam à simplicidade e ao informalismo da solução amigável, sem desnecessários tropeços, mais indicada a, por vezes existente, complexidade, urgência e vulto dos negócios, não raro exigindo, no seu trato, conhecimentos especializados. Essa especialização é que, também não raramente, assegura a solução mais pronta, adequada e justa dos próprios conflitos de interesses, do que muito poucos se apercebem presteza, adequação e justiça que o Judiciário – tanto mais obstaculizado pelo número excessivo de demandas – não tem e não pode ter. Os magistrados oficiais – com raras e honrosas exceções de praxe – formados, deformados e conformados na contenciosidade, são infensos a meios amigáveis de pacificação dos conflitos. Não dominam – e não têm possibilidade de dominar – as variadas tecnologias (muito menos as “de ponta” que o empresário corre a viabilizar). Reunindo o árbitro, como é comum, a condição de *expert*, na matéria conflituosa, e de julgador, tem, incomensuravelmente, muitíssimo e maior conhecimento de causa para bem decidir. (*apud* GARCEZ, 1999, p. 16)

De outra sorte, cada vez mais, pequenos e médios empresários, vêm descobrindo as vantagens da arbitragem. Em 2005, foram abertos 17.079 processos por pequenas e médias companhias nas 180 entidades de arbitragem espalhadas pelo país - quase o dobro em relação a 2003. Nas câmaras de arbitragem, um

recurso pode ser julgado no prazo de seis meses a um ano. É muito menos do que os 12 anos, em média, que podem se passar na Justiça comum. É possível usar essa solução gastando a partir de R\$ 400 reais com honorários e taxas. Já na Justiça comum esse valor mal dá para despesas básicas, como registros em cartórios, Xerox, etc.

O principal pilar da arbitragem, bem como o sustentáculo de todas as leis, é a segurança jurídica, que no Estado Democrático de Direito constitui atributo do Judiciário, o intérprete primeiro das leis. A jurisprudência gerada será o guia para sua aplicação e utilização. Os Tribunais de Justiça de São Paulo e de Brasília exararam entendimentos idênticos, bem como diversos precedentes de primeira instância, pois os juízes, ao depararem com a alegação da existência de cláusula compromissória, consideraram-se impedidos para analisar a demanda, remetendo as partes à arbitragem. Todavia, ainda que esporadicamente, esse entendimento encontra resistência, pois alguns juízes aplicam equivocadamente o conceito da lei revogada e negam eficácia à cláusula compromissória, declarando-se competentes para apreciar a matéria. Mas, seguramente, quando estas questões chegarem às instâncias superiores serão revistas¹⁵⁰.

Na concessão de medidas liminares prévias à instauração da arbitragem e o entendimento que a ação principal será a propositura da demanda arbitral, bem como que não há incompatibilidade entre as instâncias são questões que, com serenidade, os juízes monocráticos têm aquiescido.

Ainda, demonstrando perfeita sintonia com o princípio da atenuação do formalismo processual na arbitragem, o judiciário fluminense na pena da juíza Márcia de Carvalho da 44^o Vara Cível, brilhantemente acentuou que o princípio da eliminação da controvérsia, que autoriza os árbitros, muito mais livres do que os juízes de direito, a empreenderem várias medidas, entre elas, conferências pessoais com as partes, buscando a melhor solução para o caso, ainda que não jurídica, pois se o que as partes pretendessem fosse uma solução arraigada ao Direito, dentro do formalismo processual, optariam pela jurisdição pública.

Exatamente visando atingir o fim estipulado neste princípio, é que foi prolatada a decisão nos termos em que se encontra, pois se não, a controvérsia continuaria a existir. É também esse princípio, que determina que a jurisdição

¹⁵⁰ Cfr. Jornal Valor Econômico – Caderno Legislação & Tributos, de 26.08.2003

pública seja cautelosa ao declarar a nulidade de sentença arbitral, pois não se trata de uma decisão que colocará fim ao litígio existente entre as partes, mas será, ao contrário, decisão que a restaurará. Esta decisão foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Porém, no Brasil, ainda não se tem entendimento uniforme quanto à aplicação temporal da lei, isto é, para contratos que elegeram a arbitragem antes da vigência da nova lei. O entendimento predominante é o de aplicar a lei em vigor no momento da instauração da arbitragem. Similar é o entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, quanto à homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras aplicáveis, inclusive, para os processos em curso.

A jurisprudência arbitral não é originária somente dos Tribunais Estatais, mas também deflui dos Tribunais Arbitrais, coligida em compêndios e revistas, especialmente no exterior, representando norte orientador para os profissionais da área. Os precedentes da Corte de Arbitragem Internacional - CCI, em Paris, por exemplo, freqüentemente são invocados nas sentenças arbitrais, citados por seus números, haja vista que a identidade das partes é mantida em sigilo.

Diferentemente do que ocorre na Justiça, os árbitros convocados para opinar nos processos conhecem o assunto em discussão e são escolhidos pelas partes. No caso do Café Cancun, por exemplo, a papelada foi parar nas mãos de um especialista em franquias. Enquanto na Justiça a aplicação de uma decisão pode ser protelada durante anos por recursos e recursos de recursos, uma sentença proferida num tribunal de arbitragem não pode ser contestada. E, ao contrário da Justiça comum, tudo corre em segredo. "A arbitragem só não é mais usada por desconhecimento", diz a advogada Selma Lemes¹⁵¹, co-autora da lei que instituiu a arbitragem no Brasil, em 1996.

Quanto à escolha dos procedimentos, cabem as partes em conjunto com o árbitro a definição do procedimento a ser adotado, havendo uma sintonia entre a tutela pretendida e o instrumento oferecido, o qual prima pelo princípio da oralidade e, por conseguinte, a concentração, simplicidade, informalidade e economia.

¹⁵¹ Cfr. Revista EXAME / PME julho/agosto 2006, edição 3 - Justiça, p. 76

Também é facultada às partes a escolha se a decisão do árbitro será fundada em equidade ou direito, bem como as regras que utilizará, podendo ser as do ordenamento jurídico nacional ou não. Outro ponto é a liberdade de escolha dos árbitros, que se faz de comum acordo entre as partes, fazendo com que a indicação recaia sobre pessoas previamente definidas e detentoras de profundo conhecimento da questão litigiosa.

Em relação às informações do processo, existe outro grande benefício, pois, salvo autorização das partes, estes processos tramitam em segredo, de forma que as partes podem demandar sobre determinado assunto ou matéria, sem que isso se torne público. Ao contrário, na estatal, com o princípio da publicidade, apenas em alguns casos específicos, a lei determina o processamento em segredo, de acordo com o artigo 155, do Código de Processo Civil, prescreve que “os atos processuais são públicos”.

Diante do que, pode-se dizer que o principal ingrediente dentro do procedimento arbitral é a liberdade que as partes possuem em todos seus desdobramentos, que vai desde a possibilidade de nomeação, pelas partes, do árbitro que decidirá a controvérsia, à escolha das regras do procedimento e o exame da matéria com a possibilidade de utilizar leis alienígenas desde que não sejam contrárias aos bons costumes e à ordem pública, além da equidade, princípios gerais de direito e regras internacionais de comércio.

Por outro lado, as características e vantagens principais da arbitragem são intimamente interligadas à outra, trazendo qualidades imensuráveis tais como celeridade, custos minorados, manutenção das relações, confiabilidade, sigilo, especialidade dos árbitros, eficiência, com conseqüente segurança e certeza de uma solução jurídica justa.

Por derradeiro, exclui-se completamente qualquer possibilidade de vislumbrar o mínimo enfraquecimento do Poder Judiciário como efeito direto ou reflexo do sistema instituído pela Lei 9.307/96.

É certo dizer que a arbitragem pode ser mais conveniente do que uma disputa judicial, mas não em todos os casos, pois, além de ter âmbito jurídico próprio, a arbitragem tem seus ônus, e os custos dessa solução podem ser maiores ou menores, dependendo do caso, necessitando, por vezes, de empenho, cuidado, prudência, o que pode significar a maior disponibilidade de tempo para a sua

conclusão. Hugo de Brito afirmou certa oportunidade que “a arbitragem é para os que sabem e podem ser livres”. (Apud MARTINS, 1999, p. 11)

Há, pois, uma tendência mundial para que as partes solucionem seus próprios litígios. A esse propósito Miguel Reale notava que, “no fundo, estamos cada vez mais inclinados a viver segundo o predomínio do social sobre o estatal, preferindo, sempre que possível, resolver nossas questões por nós mesmos”¹⁵².

Nessa seara, HENRI CLAY SANTOS ANDRADE mostra que:

[...] as mais civilizadas e prósperas financeiramente encontraram o caminho jurídico alternativo da arbitragem, delegado pelo próprio Estado, já reconhecidamente sem condições de prestar serviço satisfatório, pelo qual buscam solução aos conflitos em espaço de tempo estipulado pelas próprias partes, mediante decisão de um árbitro de total confiabilidade de ambos, sem a intromissão da burocracia estatal. (apud BARRAL, Weber & Andrade, 1999, p. 21)

Não resta dúvida que a importância preponderante da arbitragem reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos. A eles caberá sopesar os prós e os contras entre a justiça estatal e a privada e, finalmente, optar pela que lhes for mais conveniente para resolver o caso conflituoso concreto. Não objetiva a arbitragem “substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela, mas apenas servir como mecanismo opcional hábil voltado à resolução dos grandes conflitos, sobretudo os de natureza comercial interna ou internacional”. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 21)

O autor afirma ainda que “feita à opção adequada pela jurisdição arbitral, não vislumbramos nenhuma desvantagem que possa advir desta escolha” (1999, p. 101). E, exemplifica que não se pode falar em desvantagem ou prejuízo decorrente da irrecorribilidade das decisões arbitrais, pois quando as partes, previamente e em comum acordo, decidiram em excluir do Poder Judiciário o conhecimento do conflito, justamente, dentre outras razões, “porque não desejavam ver a pendenga eternizando-se com a prodigalidade dos recursos colocados à disposição dos jurisdicionados no sistema processual tradicional”. (1999, p. 104)

Observa-se, assim, que não há mais compatibilidade da realidade empresária atual com a Justiça pública, formalista, complicada, alheia ao pragmatismo e à celeridade do comércio, da indústria e da empresa (LIMA apud

¹⁵² Apud BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. Disponível em www.imab.org.br. Acesso em 08/08/2007

GARCEZ, 1999, p. 8). “A realidade social pujante em que vivemos não se contenta mais com o modelo individualista das soluções judiciais de antanho”. (TEIXEIRA apud NEVES, Revista Brasileira de Arbitragem, ano II, nº 9, jan/março de 2006, São Paulo: IOB Thomson e CBAr, p. 38)

O autor Joel Dias Figueira Júnior citando o professor Kazuo Watanabe, salienta com muita propriedade que mais adequado seria falar sobre acesso à ordem jurídica justa, ao invés de simplesmente em “acesso à justiça”, porquanto não basta conceder ao jurisdicionado o pleno acesso aos tribunais, sem a existência de condições mínimas satisfatórias à obtenção da justa composição do litígio levado para apreciação do Estado-juiz. (1997, p. 79)

Ademais, parafraseando ainda o mestre paulista, uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma, como também um método de pensamento. (WATANABE, 1988, p. 28)

Os obstáculos inerentes à arbitragem são colocados pela doutrina das mais variadas formas e são argüidos dentro do seguinte contexto: a ausência de uma autoridade forte que seja capaz de por fim a combates processuais de imediato; o temor da neutralidade dos árbitros; a carência de procedimentos rígidos com a necessidade de intervenção estatal em situações mais extensivas, além de outros.

No mais, a cultura brasileira possui mentalidade de um processo judicial conservador, como bem explica JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES:

A resistência à expansão da arbitragem, pois, não pode ser atribuída a óbices opostos pelo Judiciário, mas homologações de laudos arbitrais. Ao que parece, é a tendência de ver no Estado a autoridade suprema e única capaz de resolver litígios que tem constituído obstáculo à criação de mentalidade propícia à solução de controvérsia por meios privados. Não é incomum o advogado brasileiro, interessado em solucionar uma pendência por arbitragem, dela desistir ao constatar que, com a assinatura do compromisso arbitral, o acesso ao Judiciário fica afastado. (1986, p. 13)

A suspensão deste óbice jurídico e cultural é tarefa árdua e intrinsecamente importante para o progresso do meio empresarial, a ruptura de idéias arcaicas é tarefa de todos os juristas e integrantes deste setor com a finalidade precípua de impulsionar o modelo de conservação de vínculos

estabelecidos no campo empresarial. O medo de abandonar a jurisdição estatal - clássica e conhecida - por outro mecanismo não pode fazer parte do cenário do século XXI.

Constata-se, portanto, que a arbitragem vem preencher a idéia de justiça coexistencial que tem sido um novo ideal de Justiça, preservando, por fim, as relações interpessoais, que no âmbito comercial, são de extrema importância, pois facilitam futuras negociações.

É sabido que países desenvolvidos tratam a arbitragem de forma inerente aos seus sistemas econômicos e jurídicos. Nos Estados Unidos, à título ilustrativo, há uma expressão que se imortalizou "... não é mais o meio alternativo de solução de conflitos e sim, o meio propício à solução de conflitos..."¹⁵³

Ora, se etimologicamente a palavra processo significa ir para frente, a reformulação, pois, faz-se indispensável e urgente e, parafraseando Benjamin Cardozo¹⁵⁴, em sua evocação a Roscoe Pound, o direito deve ser estável, mas não pode permanecer estático, o jurista como viajante, deve estar pronto para o amanhã. Esta a missão que nos cabe: criar um novo processo e com ele uma nova justiça, para responder aos desafios de um novo tempo.

QUADRO COMPARATIVO COM O PODER JUDICIÁRIO

¹⁵³ Cfr. Judicial Reform Roundtable II, Williamsgurg, Va. Estados Unidos, maio, 1996.

¹⁵⁴ Cfr. CARDOSO, Benjamin. A Evolução do Direito (The growth of Law), p. 1; Roscoe Pound, Interpretation of legal history, p. 1.

ARBITRAGEM**JUSTIÇA ESTATAL**

TEMPO MÉDIO DE UM PROCESSO	Mês (es)	Anos
CUSTAS DO PROCEDIMENTO	Muito inferiores às custas públicas, portanto, bem suportadas pelas partes	Custas processuais + honorários advocatícios + ônus da sucumbência
CUSTAS COM ADVOGADOS	Não há obrigatoriedade	Obrigatório
POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO	Ampla / Total	Restrita
SIGILO DO PROCESSO	Sigiloso	Público
RECURSO	Não há	Vários (recurso ordinário, especial, extraordinário, embargos, etc.)
JURISDIÇÃO	Não há	Depende do valor e da matéria da ação, bem como da localidade
EFICÁCIA DA SENTENÇA	A sentença arbitral é proferida em uma única instância, constituindo, imediatamente, título executivo judicial	A sentença judicial somente se constitui em título executivo após o julgamento do último recurso ajuizado pela parte interessada

CONCLUSÃO

Atualmente, há uma grande dificuldade de adaptação ao surgimento de novos direitos. Para tanto, faz-se necessária uma adaptação do sistema tradicional à resolução destes conflitos. A arbitragem, notoriamente, constitui um meio adaptável, com procedimento simplista, sem solenidades burocráticas e desnecessárias, podendo, através de seus técnicos especializados, satisfazer às exigências do mundo moderno e à volatilidade das transformações sociais.

A arbitragem não se insere pois, em uma marcha pelo desmanche do Poder Judiciário, ainda que se reconheça a sua revitalização através da Lei nº 9.307/96. Cientificamente, ela precede historicamente à própria jurisdição estatal e se integra num microssistema típico de resolução de controvérsias – as do meio empresarial e, em alguns países, é utilizada pelo próprio Poder Judiciário como instrumento auxiliar de seus serviços.

As próprias cortes estatais em face de alguns fatores, tais como a tecnicidade da matéria, valor da causa, entre outros, remetem a um tribunal arbitral anexo à corte pública, como meio de garantir a adequação do processo e do tipo de raciocínio lógico-jurídico a ser aplicado ao caso. Além de desafogar o órgão estatal para questões mais relevantes e preponderantes ao interesse público.

Paulatinamente, essa forma alternativa de solucionar conflitos está sendo absorvida na cultura jurídica brasileira e difundida aos jurisdicionados, o que significará a redução – e não o esvaziamento – do volume de demandas patrimoniais, normalmente inçadas de dificuldades e de elevadíssima complexidade probatória e alto custo, que estão a sufocar a prestação da tutela estatal. O Poder Judiciário possui função determinante nas questões relativas aos direitos indisponíveis, que necessitam de sua análise, proteção e fiscalização direta.

O Judiciário cumpre, novamente dizer, encontra-se em crise em razão de suas parcas estruturas materiais e carentes de um quadro de pessoal satisfatório, hábil e mais qualificado para atender as demandas de caráter múltiplo que são desencadeadas de maneira frenética no mundo contemporâneo, o que dificulta o trinômio rapidez, segurança e justiça da decisão e, por conseguinte, o acesso à ordem jurídica justa.

Inegável, pois o desempenho inadequado do Poder Judiciário, principalmente pela excessiva morosidade de sua atuação no sentido de satisfazer o direito reclamado e, afinal reconhecido. Uma justiça que leva uma década ou mais, entre a propositura da ação e final satisfação do direito, certamente, não estará cumprindo o preceito constitucional que assegura a distribuição da justiça. Justiça tardia é a negação da justiça. Como diria Rui BARBOSA: *“Justiça atrasada não é Justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”*.

A opção pelos meios extrajudiciais de conflitos e, em especial a arbitragem que é, antes de tudo, um exercício de cidadania, por propiciar ao cidadão a participação na realização da justiça, assim como a afirmação da soberania do Estado, por proporcionar a possibilidade de atuação do cidadão e pela força e segurança conferida às decisões privadas.

De fato, a grande preocupação neste século é a efetividade do processo. A presteza e a celeridade do trabalho jurisdicional nunca foram tão exigidas como agora. E o juízo arbitral enquadra-se perfeitamente nessa realidade, pois a sua adoção corresponde ao reclame de agilização processual, dinamizando a justiça, notória e mundialmente morosa, além de servir para eliminar gastos que podem ser evitados, tornando-se um instrumento apto a atender às necessidades atuais.

Busca-se cada vez mais realizar, através dos novos institutos, especialmente o instituto da arbitragem, o ideal de justiça – ágil, presente e efetivo.

A tecnologia disparou em avanço formidável, colocando em prática um arsenal multifacetado de recursos agregados ao cotidiano do homem moderno, de modo a possibilitar sua sintonia com os mais remotos recantos do planeta. As recentes conseqüências mercadológicas mundiais, originárias da crise financeira asiática, ou a desconfiança ocidental do poder bélico do Iraque são exemplos seguros de que os interesses das nações estão totalmente interligados.

A solução de controvérsia defluente das relações internas e internacionais exige, cada vez mais, celeridade, sigilo e conhecimento técnico avançado. E, dentro de um mundo cada vez mais globalizado, o isolamento, comumente causado por sistemas legais internos obstativos ou gerado até por diversidades de timbre entre doutrina e jurisprudência, é nocivo às nações afastadas do corrente contexto externo das relações comerciais, culturais e políticas.

Daí a necessidade de quebra de paradigmas e da modernização das normas, de sorte a permitir que o indivíduo exerça sua liberdade de confiar a quem confie algo que esteja a ameaçar um direito seu, disponível, e isso se constitui a mais humana das expressões da individualidade dentro do mundo jurídico, não podendo ser obstada por legislações retrógradadas.

Neste contexto, a Lei de Arbitragem, ao prever a possibilidade de pessoas, capazes de contratar, dirimirem litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis através da arbitragem, vem nesse campo - da autonomia da vontade - propiciar importante contribuição aos ideais perseguidos nas recentes inovações processuais. É a possibilidade de repartição com a sociedade do ônus e direito de realizar a boa justiça, estendendo ao árbitro, escolhido pelas partes, o exercício da jurisdição – o ônus e poder de bem dizer o direito no caso.

A arbitragem, pois consagra o cidadão na administração da justiça e o acesso à justiça é o meio de se promover o Estado de Direito. Este é o momento de abrir os horizontes e trilhar os caminhos alternativos de solução de conflitos que, com certeza, conduzirá ao canal que dá acesso à efetiva realização da justiça.

Em consequência, a mudança cultural é o caminho para harmonizar, pelo diálogo, o processo arbitral e a jurisdição estatal. Não se trata de substituir uma cultura por outra, mas sim de reconhecer a existência das duas opções: o Poder Judiciário e o juízo arbitral, à escolha do jurisdicionado, as quais já coexistem numa dualidade cultural harmônica.

Dessa forma, a arbitragem soluciona alguns dos problemas sérios pelos quais atravessa o Poder Judiciário, visto que poderão ser objeto de arbitragem os conflitos que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96. Ela, pois, não alcança todos os conflitos de um modo geral e, além disso, só é utilizada por pessoas que estejam adaptadas e informadas a respeito do instituto que, no Brasil, ainda reduz-se a um número relativamente reduzido de pessoas.

Repita-se, pois há de se ter em consideração que os direitos e garantias fundamentais vistos na era contemporânea não podem receber interpretação idêntica a que se fazia em épocas passadas. Vivencia-se, na atualidade, uma transformação do modelo até então adotado para o Estado, buscando-se novas estruturas para o seu funcionamento.

A Lei n. 9.307/96, ao regular o instituto jurídico da arbitragem, introduziu pois, no ordenamento nacional, novos princípios e conceitos que ainda demandarão algum tempo para serem devidamente assimilados pela comunidade jurídica. Assim, não constituiu surpresa que, de chofre, a lei de arbitragem estreou com alguns dispositivos questionados no Supremo Tribunal Federal - STF que, dissecando-os, selou de modo irrefutável e vanguardeiro a constitucionalidade da lei. Entre outras matérias o julgado referendou o efeito vinculante da convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso) e a eficácia da cláusula arbitral cheia.

Assim, a arbitragem na forma instituída no Brasil atende, conseqüentemente, aos propósitos fundamentais veiculados na Carta Magna e se aproxima dos anseios do povo de conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso. Havendo necessidade, porém, que o Estado estimule a criação de órgãos arbitrais, facilitando o seu funcionamento e criando condições materiais para que cumpram a missão a que estão destinados.

Sem sombra de dúvida que, a arbitragem tem um grande papel a desempenhar na sociedade, especialmente no tocante à viabilização do efetivo acesso à justiça. Indiscutível sua utilização na distribuição da justiça, razão pela qual, cada vez mais, deva ser valorizada e escolhida pelo cidadão, como um instrumento extrajudicial de solução de controvérsias e como alternativa para o enfrentamento dos litígios no âmbito privado, sem a ingerência do Judiciário. Atualmente, em termos de Direito, a opção do juízo arbitral é o que existe de mais moderno nas soluções dadas a grandes conflitos na área econômica.

Ressalte-se que é entendimento corrente que a demora na entrega definitiva da prestação jurisdicional pelo Poder Judiciário vem servindo de forte estímulo à adoção da arbitragem. Entretanto, é preciso a comunidade jurídica dar um passo a mais, no sentido de entender a essência da Lei de Arbitragem, sua principal finalidade, que é a efetividade da Justiça, a melhor forma de utilizá-la, corrigindo-se alguns pontos no meio do caminho, se necessário for, a fim de que, verdadeiramente, seja efetivado o acesso à justiça, direito e esperança de todo homem.

Noutra seara, é ponto pacífico que a arbitragem, amparada pela nova e moderna roupagem da Lei nº 9.307/96 e dos artigos 851, 852 e 853 do Código Civil brasileiro, referentes ao compromisso, fez evoluir o processo decisório, subtraindo

considerável demanda da Justiça comum, porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica seja temporal.

Repita-se, essa nova forma de prestar a jurisdição – desta feita privada, significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução de conflitos de interesses.

Afora isto, a morosidade, o formalismo excessivo, o ritualismo e a perplexidade do juiz diante de situações não rotineiras, são traços marcantes e comuns a qualquer processo entranhado na Justiça brasileira, principalmente a dos grandes pólos urbanos, acentuando-se mais quando se exigem conhecimentos mais técnicos do magistrado.

De sorte que, empresas de todos os portes estão gradualmente exigindo em seus contratos a inclusão da cláusula que alude à arbitragem como o melhor modo de solução de conflitos.

Deve-se, pois, pensar adiante, lembrando que uma das inúmeras câmaras de arbitragem da França, a Câmara de Comércio Internacional – CCI, já superou 60 mil, casos, entre eles, litígios envolvendo nações, dissensos entre setor público e setor privado. A arbitragem não só agiliza a solução, bem como atrai investimentos estrangeiros daqueles que desconfiam do Judiciário e querem soluções mais rápidas e confiáveis aos seus problemas.

Em outros termos, trata-se de mecanismo hábil a ampliação do acesso à ordem jurídica justa, como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados. Todavia, não basta a institucionalização da justiça privada. É preciso ainda, que os operadores do Direito façam as adequações das concepções jurídicas aos novos tempos e preparem melhor os instrumentos de solução dos conflitos para enfrentar as necessidades do novo milênio.

O problema da Justiça não é uma questão que diga respeito apenas ao legislador, encarregado de reestruturar a ordem jurídica estabelecida, mas a toda a

sociedade, que tem o dever de, juntamente com os poderes públicos, prestigiar os meios alternativos de resolução dos conflitos, como a arbitragem.

De fato, a arbitragem será a justiça do futuro. As câmaras de arbitragem registram aumento na procura de seus serviços e reconhecem na área, bom potencial de crescimento.

A agilidade da solução é uma das características da solução extrajudicial que atrai a simpatia de juristas e, mais recentemente, de magistrados. Além da informalidade, confidencialidade e atendimento especializado. Recentemente, fora constatado que, as empresas que optaram pelo uso da arbitragem para rescisões de contrato de trabalho de seus funcionários, por exemplo, sofreram uma queda considerável no número de reclamações trabalhistas. É vantagem para a empresa que, com rapidez, consegue por fim ao vínculo existente com seus funcionários e, é vantagem também ao empregado que, rapidamente consegue levantar os valores que tem a receber, não havendo aquela necessidade inconsciente de ambas as partes, de levar ao judiciário questões que, amigavelmente, poderiam ser resolvidas.

Já no universo jurídico-processual, as causas mais simples - em que são transigíveis os interesses em jogo - não devem ocupar os juízes togados, porquanto, para resolve-las, não são necessários conhecimentos especializados em Direito, mas o bom senso e a sensibilidade que são próprios do juiz leigo, resultando daí ser a arbitragem o seu reduto natural.

Tais considerações demonstram que a resistência oferecida à arbitragem, geralmente tributada ao anormal funcionamento da Justiça classista no país, não tem o menor sentido, nem deve alimentar o preconceito contra a Justiça leiga, pois, de outra forma, perderia a Justiça togada a única aliada capaz de viabilizá-la. Da mesma forma que outros interesses públicos, como saúde, educação, transporte, etc. puderam contar, para sua satisfação, com a iniciativa privada, que, mesmo assim, ainda deixam muito a desejar. Os interesses ligados à Justiça, jamais serão satisfatoriamente atendidos se continuarem afetos apenas ao Estado, sem a participação da iniciativa privada, por intermédio da arbitragem.

A Justiça pública deve cuidar apenas daqueles interesses que não possam ser satisfeitos pela Justiça privada, como os ligados aos interesses públicos relevantes, aos direitos da personalidade, ao estado e a capacidade das pessoas,

enfim, todos aqueles relativamente aos quais não admite a lei o poder de disposição das partes.

Ante o exposto, pela Lei de Arbitragem nº 9.307/96, pode-se exarar as considerações finais e conclusivas abaixo, que estará regularmente instaurada a arbitragem, cuja sentença arbitral proferida receberá a chancela legal:

- a) a única menção ao instituto da arbitragem contemplada pelo legislador constituinte encontra-se prevista no artigo 114, § 2.º, da Constituição Federal e mesmo assim no caso de dissídios coletivos de trabalho;
- b) a arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de litígios e um equivalente jurisdicional;
- c) garantias fundamentais da tutela jurídica;
- d) somente tem aplicabilidade para solucionar litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis;
- e) prestígio ao princípio da autonomia da vontade;
- f) a convenção de arbitragem é composta de cláusula compromissória de arbitragem + compromisso arbitral;
- g) segundo a lei, o que vincula as partes é a convenção de arbitragem válida e cheia;
- h) para que as partes se submetam à arbitragem não é necessário ter assinado contrato com cláusula compromissória de arbitragem, mas apenas escolher o árbitro de comum acordo e assinar o compromisso arbitral quando do surgimento do litígio;
- i) a arbitragem está instituída quando os árbitros aceitam a investidura;
- j) expressa previsão da possibilidade de substituição do árbitro, em caso de falecimento, impedimento e suspeição;
- k) quando o demandado estiver ausente, operando-se a revelia (artigo 22, parágrafo 3º), o termo de arbitragem deve manter-se fiel ao regulamento da instituição arbitral;
- l) que a arbitragem é plenamente válida em ambas as situações (termo de arbitragem assinado pelas partes ou diante da ausência do demandado);
- m) estabelecimento de um verdadeiro Código de Ética para o julgador;
- n) estímulo à função conciliadora do (s) árbitro (s), estimulando a tentativa de composição amigável dos litigantes;
- o) incentivo ao recurso e à arbitragem internacional, administrada por entidades especializadas, de forma a propiciar a sua implantação e crescimento no Brasil;

- p) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral, à qual se confere valor de título executivo judicial;
- q) previsão de embargos de declaração para sanar obscuridades, dúvidas ou contradições da sentença arbitral;
- r) possibilidade da decisão ser impugnada na Justiça, em casos de nulidade; e
- s) competência do Superior Tribunal de Justiça para homologar sentenças arbitrais estrangeiras¹⁵⁵.

Donde se vê que, a arbitragem está inserida no desenvolvimento dos povos, convivendo até hoje com o sistema institucional para dirimir litígios. O filósofo Aristóteles preleciona que o homem é um animal político, visto que o homem precisa viver em sociedade, uma vez que ele não consegue colocar em prática tudo que necessita. Em assim sendo, o Estado tem a função de organizar o coletivo. E ao aplicar a lei, o Estado expatriou a arbitragem como uma alternativa para resolver litígios, quer pela rapidez com que a tecnologia e o conhecimento transformam a realidade da vida, exigindo dos indivíduos da sociedade, profundas alterações diárias nos comportamentos e costumes, frente às descobertas e mudanças constantes do convívio social, sobretudo em vista de sua finalidade pacificadora.

Somente assim, com uma visão ampla e voltada para o futuro, é que poderão emergir deste novo contexto experiências e resultados absolutamente positivos, ao encontro dos interesses dos consumidores do Direito, além de fazer renascer a crença no Judiciário e no ideal de Justiça, o que se coaduna perfeitamente com a prestação de tutela por intermédio da justiça privada – a arbitragem.

Como forma alternativa de solução de conflitos, a institucionalização da arbitragem, com toda certeza, desafogará o Judiciário, proporcionando maior tranqüilidade aos juízes estatais, permitindo que se voltem à solução das demandas de maior complexidade, proferindo decisões mais qualificadas. Com isso, haverá maior satisfação pelos jurisdicionados, vez que a realização dos seus direitos se dará de forma mais célere e justa. Refletindo-se também, o esmero científico que se buscou dar ao instituto no Brasil, dentro do figurino moderno e afinado com os modelos mais atualizados da técnica contemporânea.

¹⁵⁵ Cfr. Artigo 35, da Lei nº 9.307/96. Competência modificada pela edição da Emenda Constitucional nº 45, de 08/12/2004, pois anteriormente a competência era do Supremo Tribunal Federal.

Posta assim a questão, conclui-se que a arbitragem é uma conquista para o Direito brasileiro, representando a mais ampla possibilidade de acesso à ordem jurídica justa, permitindo uma aplicação igualitária do Direito, tornando o instituto mais um aliado na concreção da Justiça, guiando a sociedade em direção ao seu objetivo maior, que é a paz social, sob a máxima de que *“uma grande Nação é aquela que possui leis justas e uma justiça rápida e não onerosa*, conforme consta na Bíblia Sagrada, em sua nova tradução na linguagem de hoje, no Livro de Deuteronômio, em seu Capítulo 4, Versículo 8.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. Direito arbitral interno brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2004

ARENHART, Sérgio Cruz. Breves observações sobre o procedimento. Disponível no site: [arbitralhttp://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9168](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9168), acesso em 02 de out de 05

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. Curso de direito civil: teoria geral das obrigações. 9ª ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

BAPTISTA, Luiz Olavo. Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994

BAPTISTA, Luiz Olavo & Fonseca, José Roberto Franco (coord.). O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel. São Paulo: Ltr, 1998

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 9

BARRAL, Weber. A arbitragem e seus mitos. Florianópolis: OAB/SC, 2000

BARRAL, Weber & Andrade, Henry Gloy (org.). Inovações no processo civil, Florianópolis: OAB/SC, 1999

BATISTA, Paulo Nogueira. Nova ordem ou desordem internacional? In: Política Externa, Paz e Terra. São Paulo: v. 1, nº 1, junho/1992

BAYER, Alex Kalinski. "Arbitragem e Jurisdição" in Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 19, São Paulo: Ed. RT, 2003

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo – influências do direito material sobre o processo, 3ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2003

BERMUDES, Sérgio. Medidas Coercitivas e Cautelares no processo arbitral" in MARTINS, Pedro A Batista et GARCEZ, José Maria Rossani. Reflexões sobre arbitragem. São Paulo, Editora LTR, 2000

BERGER, Peter L. O Dossel Sagrado, elementos para uma teoria sociológica da religião. Ed. Paulus, 2ª ed., 1985

BERGER, Peter L. e LUCKMANN, Thomas. A construção social da realidade. Ed. Vozes, 18ª ed., 1999, tradução de Floriano de Souza Fernandes

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992

_____. Locke e o direito natural, tradução de Sérgio Bath. Brasília: UnB, 1997.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília-DF: Editora Universidade de Brasília, 8. ed., 1996

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 4ª ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1992, vol. 1

BORJA, Célio. O juízo arbitral. Revista de Informação Legislativa 125/102

BRAGA NETO, Adolfo. NEVES, Flávia Bittar. O joio e o trigo. Como separar quem é bom e quem é ruim na arbitragem. Disponível no site:

<http://conjur.estadao.com.br/static/text/32623,1>, acesso em 06/10/05

BUHLER, Michael e Jarvin, Sigvard in “Practitioner’s Handbook on International Arbitration”, obra coletiva coordenada por Frank-Bernd Weigand – Copenhagen, 2002

BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2000

_____. Lei da Arbitragem comentada: breves comentários à lei nº 9.307, de 23.09.1996 / Uadi Lammêgo Bulos, Paulo Furtado. São Paulo: Saraiva, 1997

BRASIL. CÓDIGO PENAL, art. 345

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Depalma, 1943

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei 9.307/96, São Paulo: Editora de Direito, 2000

CADERNOS ADENAUER 3: Acesso à justiça e cidadania – São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, maio, 2000

CAMUS, E. F.. Filosofia Jurídica. Universidad de la Habana, 1948, *apud*

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução dos conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça. Revista de Processo, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 82-97, ab./jun. 1994

_____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo 74/96

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. Acesso a justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1998

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 136

_____. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004

_____. Arbitragem Internacional. RF 329/25

CARNEIRO, Athos Gusmão. Jurisdição e competência. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1997

_____. Acesso à justiça: guisados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1996

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de direito processual civil. Livro I. Campinas: Bookseller, 2000

CASELLA, Paulo B. (coord.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999

CICHOCKI NETO, José. Limitações ao Acesso à Justiça. Curitiba: Juruá, 2001

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 22ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006

COMPARATO, Fábio Konder. Novos ensaios e pareceres de direito empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1981

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo Sergipiano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Glay (orgs.). O Judiciário em Sergipe: análise crítica. Aracaju, OAB, 2000

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. O juízo arbitral no direito brasileiro. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 620, junho de 1987

COUTURE, Eduardo Juan. Fundamentos del derecho procesal civil. Buenos Aires: Depalma, 1977

_____. Os mandamentos do advogado, tradução de Ovídio A. Batista da Silva e Carlos Otávio de Athayde. Porto Alegre: Fabris, 1979

CRETELLA JÚNIOR, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 25, nº 98, abril/junho, 1988

CRETELLA NETO, José. Comentários à lei de arbitragem brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 2004

D'ANGELIS, Wagner Rocha. Organização Popular e Prática da Justiça. Curitiba, Centro Heleno Fragoso pelos Direitos Humanos, 1992

DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. Revista Jurídica. Porto Alegre: Editora Síntese, ano 49, nº 282, abril/2001

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003

_____. Execução civil. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987

_____. Instituições de direito Processual Civil. 4ª ed., rev e atual com remissão ao Código Civil de 2002, v. I, São Paulo: Malheiros, 2004

_____. Em seu artigo "Limites da Sentença Arbitral e de seu Controle Jurisdicional" in Reflexões sobre arbitragem, São Paulo, 2000

DOWER, Nelson Godoy Bassil. Direito processual civil. 2ª ed. São Paulo: Nelpa, 1996, v. 1

FARIA, José Eduardo de Oliveira Campos. O judiciário e seus dilemas. Reforma do Judiciário. Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo, n. 56, set./1999

FELIPE, Sônia T. (org). Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis, Insular, 1998

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. - São Paulo: Atlas, 1995

FERNANDES, Simone. Justiça: a solução fora da corte. Revista Amanhã – Gestão, Economia e Negócios. Ano 20, nº 219, Abril de 2006. São Paulo: Editora Abril

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, São Paulo: Saraiva

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102-110

_____. Manual da Arbitragem. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997

_____. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional, São Paulo: LTR, 1999

FIORELLI, J.; MALHADAS JR., M. J.; MORAES, D. L. Psicologia na Mediação. Inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais. São Paulo: LTR, 2004

FISHER, P.; URY. Como Chegar ao Sim. São Paulo: Campus, 1994
FIUZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte. Ed. Del Rey, 1995

FOLBERG, TAYLOR. MEDIACION, resolución de conflictos sin litigio, In: MALHADAS, Psicologia na Mediação: São Paulo, LTR, 2004

FOUCHARD, Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, ed. Kluwer Law International, The Hague, Boston, London, 1999

FOUCHARD, Philippe. Sugestões para aumentar a eficácia internacional das sentenças arbitrais. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 3, nº 8

FURTADO, Paulo. Juízo Arbitral. 2ª ed.. Salvador: Nova Alvorada Edições Ltda, 1995

GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). A Arbitragem na Era da Globalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999

_____. Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994

GERAIGE NETO, Zaiden. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Fundamentos da arbitragem do comércio internacional. São Paulo: Saraiva, 1993

GOMES, Orlando. Introdução ao direito civil. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974

GRECO FILHO, V. Direito Processual Civil Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário, São Paulo: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p. 11-26, dez. 1990

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Ed. DP&A. 2ª ed., 1998, tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro

HATTENHAUER, Hans. Conceptos fundamentales del derecho civil. Barcelona, Ariel, 1987

JARROSON, Charles. La Notion D'Arbitrage, ed. LCDJ, Paris, 1987, nº 29

KANT, Immanuel apud RUSSELL, Bertrand. História da filosofia ocidental, tradução de Breno Silveira. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967, Livro Quarto

KELSEN, Hans. O problema da justiça/Hans Kelsen: tradução de João Baptista Machado, 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1996

KROETZ, Tarcísio Araújo. Arbitragem: conceito e pressupostos de validade – De acordo com a lei nº 9.307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. 6.ed. rev e atual e ampl, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

LÈVY-BRUHL, Henri. Sociologia do Direito. Ed. Martins Fontes. 2ª ed., 1997, tradução de Antonio de Pádua Danesi

LEE, João Bosco. A especificidade da arbitragem Comercial Internacional. O Liberalismo da Arbitragem Comercial Internacional adaptado à arbitragem interna. Lei Brasileira e Praxe Internacional, ed. LTr, S.P., 1999

_____. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 4, nº 11

LIMA, Alcides de Mendonça. Dicionário de Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986

LIMA, Cláudio Vianna de. Arbitragem: a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994

MAGALHÃES, Jose Carlos de. Arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986

MARTINS, Eliane M. Octaviano. Mercosul: Solução de Controvérsias sob a égide do Protocolo de Olivos. Revista Jurídica Consulex, Ano XI, nº 256, 15.09.97

MARTINS, Pedro Antonio Batista. Jornal Tribuna do Direito, São Paulo, agosto de 1999

_____. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o Projeto de Lei do Senado 78/92. Revista de Processo. São Paulo, nº 77, jan/mar. 1995

_____. Aspectos jurídicos da arbitragem comercial no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1990

_____. In: Artigo “O Poder Judiciário e a Arbitragem”. Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, p. 317, nº 9, RT

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira & CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei da arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999

MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária. Campinas: Millennium, 2000.

MELLO, Marcelo Oliveira e Andrade, Carlos Cesar Borromeu. A Arbitragem nos Contratos Comerciais e Petrolíferos Internacionais in A Arbitragem na Era da Globalização. Garcez, José Maria Rossani (Coord.), Forense, Rio de Janeiro, 1997

MERCADANTE, Araminta de Azevedo & MAGALHÃES, José Carlos de. Solução e prevenção de litígios internacionais II. São Paulo, Necin-Capes; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

MORAIS, José Luis Bolzan. Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999

MORAIS, Regis de. Estudos de Filosofia da Cultura. Coleção Filosofia. Ed. Loyola, 1992

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. Revista dos Tribunais 74/128

MUJALLI, Walter Brasil. Juízo Arbitral – A nova lei de arbitragem. Leme – São Paulo: LED – Editora de Direito, 1997

MUNIZ, Petrônio G. A arbitragem e a história naval brasileira. Prática Jurídica, nº 26, Brasília, Editora Consulex, maio/2004

MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96. 1ª ed., 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2006

NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª ed. – Forense: Rio de Janeiro, 2003

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: como a administração de conflitos pode melhorar os resultados econômicos e não-econômicos do negócio? Revista Brasileira de Arbitragem. Ano II, nº 9, Jan-Março de 2006, São Paulo: IOB, Thomson e CBAr,

OLIVEIRA, Régis de. O juiz na sociedade moderna. São Paulo: FTD, 1997

PARIZATTO, João Roberto. Arbitragem, comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. São Paulo: Editora de Direito, 1997

PEREIRA, Batista. Coletânea Literária, 6ª Edição

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. Arbitragem: A alternativa premente para descongestionar o Poder Judiciário. São Paulo: Arte & Ciência, 2002

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, t. II e V

PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997

_____. Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001

RAWLS, John. Uma teoria da justiça, tradução de Vamireh Chacon. Brasília: UnB, 1981

REALE, Miguel apud Montoro, André Franco. Introdução à ciência do direito. 22. ed. São Paulo: RT, 1994

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. – São Paulo: Saraiva, 1998

RECHSTEINER, Beal Walter. FRANCO, Mariulza. WALD, Arnold. Arbitragem em ritmo de expansão. RT Informa. Ano IV, n. 35, jan/fev 2005, Ed. Revista dos Tribunais

RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues (coord.). Direito em questão: aspectos principiológicos da justiça. Campo Grande, UCDB, 2001

RIZZATO, L.A.N. Manual de introdução ao estudo do direito, 1999

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro. São Paulo: Acadêmica, 1994

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (org.). Direito e Justiça: a função social do Judiciário. 2ª ed. São Paulo: Ática, 1994

_____. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. Direito e Avesso. Boletim da nova escola jurídica brasileira, Brasília, ano II, n. 3, 1983

SANTOS, Paulo de Tarso. Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001

SICHES, Luis Recasens. Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho. 2ª edição, Editora Porrúa S.A., México, 1973

SILVA, Adriana dos Santos. Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário. Barueri, SP: Manole, 2005.

SILVA, Eduardo Silva da. Arbitragem e direito da empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

_____. Revista da Faculdade de Direito Ritter dos Reis, vol. V, out. 2001

SILVA, João Roberto da. Arbitragem: aspectos gerais da Lei nº 9.307/96. São Paulo: J.H.Mizuno, 2004

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: RT, 1991

SILVA, José Anchieta da. Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil. Belo Horizonte: Del Rey, 1997

SILVA, João Roberto da. Arbitragem: aspectos gerais da Lei nº 9.307/96. J.H.Mizuno, 2004

SILVA, de Plácido e. Vocabulário Jurídico. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987

SOARES, Guido. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicissitudes. Revista dos Tribunais 641/30.

SORJ, Bernardo. A democracia inesperada: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004

SOUZA JR., Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo B. (coord.). Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999

STRENGER, Irineu. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem, ed. LTR, 1998

_____. Contratos internacionais do comércio. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. Arbitragem. Prática Jurídica. Ano III, nº 27, Brasília, Editora Consulex, 2004

_____. Arbitragem. Prática Jurídica. Ano III, nº 39, Brasília, Editora Consulex, 2004

_____. Arbitragem. Revista Jurídica Consulex. Ano V, nº 48, Brasília, Editora Consulex, março/2006

_____. Arbitragem. Revista Jurídica Consulex. Ano XI, nº 240, Brasília, Editora Consulex, janeiro/2007

TANNURI, Rodrigo. Jurisdição estatal e a arbitragem. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7519>, acesso em 19/10/05

TAQUELA, Maria Blanca Noodt. Convenciones y acuerdos de arbitraje. Qué tratado hay que aplicar en el Mercosur? In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997

TARUFFO, Michele. Lezione sul processo civile. Bologna, II Mulino, 1998

TASSE, Adel Al. A crise no Poder Judiciário. Curitiba: Juruá, 2001

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A evolução do Direito. Coleção Ajuris, 1978

_____. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, São Paulo. Revista dos Tribunais, n. 735, Revista Consulex, jan., 1997

TEIXEIRA, Sálvio Figueiredo (coord). As garantias do cidadão na justiça. São Paulo: Saraiva, 1993

_____. O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 8ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991

TUCCI, José Rogério Cruz. Garantias constitucionais do processo civil. 1ª ed., 2 tir, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999

URY, Willian. Como chegar à paz, resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia. Rio de Janeiro: Ed. Campus, 2000

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. Arbitragem no direito brasileiro: Lei nº 9.307/96. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004

VAZ, Tatiana. Mais rápido e mais barato. Como a arbitragem, uma espécie de tribunal alternativo, facilita a vida das pequenas e médias empresas na solução de conflitos. Revista Exame PME. 3ª ed. Jul-Agosto de 2006, São Paulo: Editora Abril

VELLOSO, Adolfo Alvarado. El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses. Revista de Processo 45/95-96

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. v. II. São Paulo: Atlas, 2003

VERDE, Giovanni. Profili del processo civile: parte generale, p. 66, apud Carlos Alberto Carmona. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96, São Paulo: Malheiros, 2004, p. 51.

VIECELI, Maria Cristina. Cartilha de normas ABNT. Londrina/PR, 2006

WALD, Arnaldo. O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Intrenacional – CCI. Revista do Advogado – Arbitragem e Mediação, nº 87, ano XXVI, São Paulo: AASP, 2006

_____. “Os meios judiciais do controle da sentença arbitral”. In: Revista de arbitragem e mediação, nº 1, São Paulo: ed. RT, 2004

WARAT, L. A. O ofício de mediador. Florianópolis: Habistus, 2001

WATANABE, Kazuo. Participação e processo (coletânea de estudos coordenados por Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. Acesso à Justiça e sociedade moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico. São Paulo: Alfa Omega, 2001

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montigelli. “A crise da justiça e do processo e a garantia do prazo razoável” in Revista de Processo, nº 112, São Paulo: Ed. RT, 2003

ZEREU, Gilberto. Administrador, Coordenador da Câmara de Mediação e Arbitragem do Conselho Regional de Administração do Rio Grande do Sul (CMA-CRA/RS) 03/2005. Disponível em: <www.cacb.org.com> Acesso em 30/08/2007

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)