

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive um momento histórico em que as relações comerciais rompem as fronteiras territoriais dos países, fazendo surgir o fenômeno da globalização da economia. As inúmeras transformações registradas nos tempos atuais não se harmonizam com a lentidão e a burocracia da justiça. A chegada do novo milênio veio calcada por velozes mudanças. Paralelo a isto, continuou-se a presenciar a inércia dos processos judiciais.

Diante desse quadro de impulso na velocidade de transformações sociais, observa-se que não basta apenas aparelhar o Judiciário para dar conta dos conflitos decorrentes desse processo. A morosidade processual ainda é um grande entrave à modernização do Judiciário.

O Judiciário teria que se modernizar numa rapidez muitas vezes superior àquela que a programação das verbas orçamentárias permite. Não obstante os enormes esforços em reverter o quadro, configurados em criação de juizados especiais e a reforma do processo, a ineficiência dos tribunais se mantém.

Tais iniciativas, merecem o reconhecimento social, entretanto, mesmo tendo representado medidas ousadas e inovadoras, mostraram-se insuficientes para estancar a entrada de processos no judiciário, bem como para promover uma real agilização nos trâmites formais que ainda são utilizados. Em razão de o Poder Judiciário não suportar a demanda de ações propostas a cada dia, a lei nos disponibiliza novas alternativas como: a mediação e a arbitragem, ambas de conteúdo eminentemente privado, com árbitros nomeados em comum acordo pelas partes e reconhecidas pelo Direito.

Este trabalho traz a proposta de reflexão sobre a Lei de Arbitragem, ao tempo em que oportuniza a sociedade conhecimentos acerca de um meio alternativo para solução de conflitos no âmbito patrimonial, fato concretizado com edição da Lei nº 9.307/96, também conhecida como “Lei Marco Maciel”, que vem a lume como fruto de um esforço tendente a revitalizar o instituto do juízo arbitral.

No novo Código de Processo Civil, a Lei de Arbitragem continuou a manter as principais características que a constituiu como uma alternativa para a solução de conflitos de forma mais célere, adverte Neves (2016).

A Lei de Arbitragem não se apresenta como um milagre para as partes litigantes, uma vez que oferece a estas a possibilidade de solucionar seus conflitos sem a intervenção do Judiciário de maneira rápida, pacífica, imparcial e segura, vez que todo o procedimento é conduzido com a observância dos princípios constitucionais, a citar os essenciais:

- I.o do contraditório;
- II.o da igualdade das partes;
- III.o da investidura;
- IV.o livre conhecimento do árbitro;
- V.o da autonomia da cláusula compromissória;
- VI.da Kompetenz;
- VII.o da acessibilidade ao judiciário.

Vale ressaltar que existem profissionais, especializados, atuando em suas distintas áreas como peritos, como forma de melhorar esse segmento do judiciário. Espera-se, contudo, que os profissionais que atuam em perícias forenses, possam transformar-se em vetores desta mudança, subsidiando o processo de assimilação do juízo arbitral com um novo segmento apto a participar desta nova realidade social.

Surge assim a oportunidade de quebra do paradigma do monopólio estatal da resolução de conflitos, que gera insatisfação, devido a sua comprovada morosidade, conduzindo ao anseio de soluções mais rápidas e eficazes ao processo, a exemplo do instituto da arbitragem.

Em razão de o Poder Judiciário não suportar o pleito de ações propostas a cada dia, a Lei nº 9.307/96 nos dá uma nova alternativa: a mediação e a arbitragem. A mediação é um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos no qual o terceiro imparcial orienta as partes para a solução da controvérsia, sem suggestionar. Na mediação as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções. Já a arbitragem, por sua vez, é um mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes.

Na tentativa de demonstrar a aplicação e eficácia da Lei de Arbitragem como instrumento de acesso à justiça e para uma melhor compreensão do objeto de estudo proposto, este trabalho monográfico encontra-se dividido em quatro capítulos, onde consta um breve estudo sobre a etimologia do processo, a história e origem da Lei de

Arbitragem, a sua atuação no Brasil, a aplicação no instituto da arbitragem como instrumento de acesso à justiça, a resistência cultural de sua aplicação no contexto brasileiro, bem como a utilização deste instituto como instrumento de pacificação de conflitos internacionais.

Torna-se relevante destacar que a metodologia aplicada para subsidiar e dar maior robustez teórica a este trabalho foi a Revisão de Literatura por meio da consulta sistematizada às informações constantes nas doutrinas nacionais e estrangeiras, literatura especializada, legislações atuais, além do método histórico, aplicado para apresentar a evolução do juízo arbitral.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM

A primeira fase da arbitragem tem as suas notícias originadas nas fontes romanas clássicas, que se referem ao *compromissum*, constituído por dois negócios jurídicos distintos: por um lado, o *pactum* ou *conventio*, isto é, o acordo através do qual as partes confiavam a resolução de qualquer conflito entre elas ao *arbiter*, que consistia em recíprocas promessas unilaterais de indenização em caso de inadimplemento do veredicto arbitral.

Ao longo da Idade Média, ocorreu uma crescente intensificação das trocas comerciais (sobretudo internacionais), as quais atingiram o seu auge no período pré-mercantilista. Tal intensificação conferiu aos mercadores e comerciantes preferência à arbitragem, isto é, a árbitros privados, normalmente seus pares, como meio de garantia que lhes seriam aplicados os seus próprios usos, costumes e práticas.

Contudo, conforme observado por Figueira Júnior (1999), até ao século XVIII, em toda a Europa a arbitragem raramente era admitida fora do âmbito comercial. Com a Revolução Francesa ampliou-se o âmbito direto de aplicação da arbitragem.

A segunda fase da arbitragem que teve seu início marcado a partir do período napoleônico e estende-se até os tempos atuais. Esse novo momento na evolução histórica da arbitragem consistiu na centralização do poder, através da criação da legislação, pela qual, os vários Estados impunham a sua autoridade nacional e afirmavam a superioridade da administração pública da Justiça sobre qualquer outra forma de tutela dos interesses por parte dos particulares.

Só no período entre - guerras é que, com a aprovação do Protocolo e da Convenção de Genebra, de 1923 e de 1927, respectivamente, a tendência centralizadora da administração da Justiça começou a inverter, conferindo à arbitragem um instituto preferencial para resolução de conflitos.

É inegável que o Poder Judiciário está sofrendo uma crise, a nível mundial, levando os operadores do direito refletirem sobre a forma como aplicar as soluções dos conflitos, buscando novos mecanismos mais céleres e menos ortodoxos.

A tendência do direito processual para o novo milênio requer a busca de um direito e uma justiça mais facilmente acessível. Esta busca de uma consciência

jurídica para a sociedade é objeto de estudo de muitos juristas nacionais e estrangeiros.

As formas alternativas de solução de controvérsias não visam o enfraquecimento do Poder Judiciário. A possibilidade de escolha entre essas formas oferece uma maior diversidade colocada à disposição dos jurisdicionados para a solução dos seus litígios.

No Brasil, os primeiros passos para este contexto de mudanças na socialização do processo, foram a criação dos Juizados Especiais, a edição da nova Lei de Arbitragem e a crescente utilização da Mediação. A cultura de utilização destes meios alternativos de solução de controvérsias não é difundida em nosso país, mas podemos observar uma forte tendência do desenvolvimento destes institutos, com o incentivo a sua utilização, proposto pelo projeto de lei, iniciativa isolada de Tribunais e Juízes na divulgação do modelo arbitral para a pacificação de interesses opostos.

2.1 CONCEITO

A Arbitragem pode ser definida 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 à 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 (CARMONA, 2004, p.51)¹.

Existem três modalidades de arbitragem que não se confundem, segundo dita o Direito comparado: contratual, jurisdicional e em sentido amplo. O Direito comparado serve como uma referência para o estudo da arbitragem frente à investigação nacional, já que a realidade que nos circunda se funda apenas na experiência e é insípida exatamente pela falta da visualização das vantagens deste meio alternativo de resolução de conflitos.

¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n. 307/96 - 2. ed. ver., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

2.1.1 Arbitragem Contratual

Este tipo de arbitragem constitui a modalidade mais antiga que se tem conhecimento, e teve no Direito romano dois tipos desenvolvidos. As partes envolvidas no litígio podiam confiar a um “*arbiter*” sob forma de uma recíproca promessa - *com-promissum*. A desconsideração ao acordo leva uma das partes a apresentar a poena, uma soma de dinheiro. O outro tipo de arbitragem contratual depositava na pessoa do arbitrador a responsabilidade de fixar pontos duvidosos que ocasionou o litígio, e sua decisão era inserida no contrato, devendo ser honrada pelas partes como lei (CARMONA, 2004).

2.1.2 Arbitragem Jurisdicional

Muito embora a arbitragem tenha sua origem contratual reconhecida, ela se caracteriza por sua função jurisdicional. A escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsia, é consequência do anseio que as partes envolvidas no litígio têm em atribuir efeitos jurisdicionais ao seu acordo, ou pacto. O fato de que é notório o reconhecimento da natureza contratual, não descaracteriza a jurisdicionalização da arbitragem, uma vez que o exercício dessa última não decorre da vontade das partes, e sim da lei (CARMONA, 2004).

A lei atribui o caráter jurisdicional à arbitragem, quando lhe faculta a opção de versar sobre os litígios sem a intervenção do Estado. A arbitragem, no seu exercício, propala a função jurisdicional quando respeita os limites da lei, e delega ao árbitro, a função indicada de proferir a decisão que vai levar o litígio ao desfecho.

2.1.3 Arbitragem em sentido amplo

A arbitragem em sentido amplo é caracterizada pela autonomia da vontade das partes, que podem optar pelo direito material ou processual aplicável à solução do conflito, assim como fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais do direito, nas práticas e costumes ou nas regras internacionais do comércio (CARMONA, 2004). Em todo caso em que a controvérsia seja solucionada por meio da decisão de uma

terceira pessoa, o árbitro, que não seja um magistrado, temos a ocorrência da arbitragem em sentido amplo, ora também chamada de justiça dos *expert* ou justiça privada.

É chamada de justiça dos *expert* devido a sua principal característica, que é a de propiciar às partes a escolha de um ou mais profissionais, altamente qualificado para resolver o conflito. Justiça privada porque a decisão será tomada por uma ou mais pessoas que não são magistrados, mas sob o controle do poder estatal (CARMONA, 2004).

A arbitragem se difere de arbitramento, pois este último representa o poder delegado a um terceiro de fixar, no lugar das partes, um elemento do contrato, obrigando-os a cumprir o acordo conforme a sentença arbitral.

2.2 A IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM

A arbitragem, que foi regulada pelo Código do Processo Civil de 1973, teve seu aperfeiçoamento implementado pela Lei n. 9.037 de 1996, que abriu uma nova era para a aplicação deste instituto em nosso ordenamento jurídico. Após dez anos da publicação da lei que institui as regras da arbitragem, a sua utilização ainda é muito tímida e isto se deve, principalmente, pela falta de informação deste instituto.

É importante destacar que a Arbitragem foi mantida no Novo Código de Processo Civil com as principais características que a fundamentou no antigo Código. Neves (2016)² destaca em seus estudos que a arbitragem é uma forma de solução de conflitos fundada em dois elementos:

- i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e,
- ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes. (NEVES, 2016, p.19).

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. De acordo com a Lei 13.256 de 04.02.2016. 8. ed. Volume Único. Salvador: JusPodivum, 2016.

O grande benefício que a arbitragem oferece é a possibilidade de opção de especialista na matéria do conflito. Por exemplo, existem conflitos próprios, tais como um conflito que trate sobre adulteração no meio ambiente, as partes envolvidas deverão eleger um Engenheiro Ambiental como árbitro, que terá mais condições, fundamentadas em conhecimento técnico, de determinar a causa do vício, a data da ocorrência etc., do que um juiz togado, que teria de delegar o perito para aferir tal prova. Temos, portanto, a arbitragem como uma forma alternativa de solução de conflitos e de ampliação do acesso à justiça, à medida que a utilização do instituto possibilita maior celeridade e efetividade das decisões judiciais estatais. A arbitragem não aparece no cenário jurídico para violar dispositivos constitucionais, mas, para assegurar direitos constitucionalmente garantidos (FIGUEIRA JUNIOR, 1999).

Cabe dizer que a arbitragem não veio para substituir ou competir com o Estado-juiz, e sim como forma alternativa de solução de conflitos. (FIGUEIRA JUNIOR, 1999). Apresenta-se como uma possibilidade de descongestionar o Judiciário e, por consequência, propiciar o seu fortalecimento e prestígio junto aos jurisdicionados, pela efetiva prestação jurisdicional. Objetiva-se, na verdade, uma resposta jurisdicional célere, segura e eficaz.

Outrossim, a importância da arbitragem, sob a análise de Figueira Júnior³:

[...] reside em ser mais um instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema para a busca da solução de conflitos de ordem interna ou externa (notadamente nos dias de hoje com a formação de grandes blocos econômicos e do incremento das relações comerciais internacionais), que serão conhecidos por profissionais especializados na matéria, objeto da controvérsia. O foro preferencial e a finalidade específica da arbitragem seriam em questões decorrentes de relações comerciais e as internacionais, em que há necessidade de conhecimentos específicos tanto de direito internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nessas hipóteses, seria bem mais suportável, e as vantagens mais visíveis (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, pp. 143).

Ainda para o autor, 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

³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996. São Paulo: Editora dos Tribunais, 1999, p.143-145.

estatal e a privada e, finalmente, optar pela que lhes for mais conveniente. O objetivo não é substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela; a base desse instituto é, conforme Figueira Júnior (1999):

[...] 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 (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, pp. 143).

Para Figueira Júnior (1999, p. 109-111), “a Lei n. 9.307/96 não representa apenas um novo sistema processual, mas uma verdadeira revolução na cultura jurídica, colocando lado a lado a jurisdição pública e a privada”, à escolha do jurisdicionado. Para este autor, 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 e, não resistir à inclusão da cláusula arbitral nos contratos, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional.

É importante destacar que essa nova forma de prestar jurisdição, privada, significa, antes de tudo, um avanço legislativo que vem a 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. Assevera o autor, tratar-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. Diz ainda, ser necessária a superação da crise jurídica e jurisdicional, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil através da rápida e eficiente solução dos conflitos. E, para que se obtenha êxito com a nova lei, as mentalidades precisam se adaptar aos novos tempos e exigências, haja vista não ser suficiente a ampliação do acesso à justiça torna-se imprescindível que se tenha, acima de tudo, uma justiça de resultados, a ser alcançada através da socialização do processo (SOARES, 1999).

Contudo, a institucionalização da arbitragem não é o suficiente, destaca-se a necessidade da superação da resistência pelo novo, amoldando-se às novas propensões do processo civil contemporâneo, de celeridade, segurança e eficácia na

resolução de controvérsias. A Lei n. 9.307/96 trouxe inovações ao instituto da arbitragem, o que propiciou aos jurisdicionados a possibilidade de opção na resolução de litígios, fortalecendo assim a ampliação do acesso à justiça e, como efeito, a preservação das garantias fundamentais e direitos da pessoa humana.

A arbitragem, com sua base legal, busca o entendimento entre as partes, definindo todos os procedimentos do processo que são envolvidos no conflito, em geral com o apoio de uma entidade arbitral e em comum acordo pelas partes, garantindo, assim, flexibilidade ao processo e facilitando o entendimento, já que antes de tudo, a arbitragem se caracteriza pela explícita manifestação da vontade dos envolvidos no impasse. Vale salientar que a arbitragem revela-se, assim, como o meio extrajudicial de solução de conflitos que pode contribuir decisivamente para o descongestionamento do Poder Judiciário (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999).

A importância e significado da arbitragem, como método heterocompositivo, ficam evidenciados na Exposição de Motivos da Lei espanhola de Arbitragem, de 23.12.1953:

A arbitragem apresenta muitas vantagens comparativas frente à jurisdição estatal, que a coloca hoje como a melhor alternativa ao congestionamento do Judiciário. Vejamos algumas dessas vantagens:

- **Celeridade:** a arbitragem é essencialmente mais rápida que o judiciário, que se caracteriza pela sua rigidez e morosidade;
- **Confidencialidade:** esse é um dos fatores que se leva a preferir a arbitragem. Ao contrário do que ocorre com o Judiciário, o conteúdo da arbitragem fica circunscrito às partes e aos árbitros, que estão obrigados ao sigilo profissional. As provas, a natureza da controvérsia, seu valor e a decisão através do laudo arbitral não são divulgados, como ocorre com o procedimento e a decisão judiciais;
- **Propicia a Conciliação:** a confidencialidade do procedimento cria uma atmosfera capaz de gerar um clima de colaboração entre as partes, dentro do qual elas podem autocompor o conflito através da conciliação ou mediação, encerrando, assim, elas mesmas, o problema;

- **Garantia de Tratamento Equânime:** esta vantagem fica evidente nos casos de arbitragens internacionais, envolvendo partes de países diferentes. A garantia de tratamento igualitário entre as partes, sustentada pela arbitragem, afasta a natural incerteza quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros domiciliados no exterior;
- **Especialização:** diferentemente do Judiciário, os árbitros podem ser técnicos na matéria controversa;
- **Possibilidade de Decisão por Equidade:** os árbitros desenvolvem o mesmo raciocínio lógico dos juízes, porém, se o compromisso o autoriza, eles poderão não ficar adstritos à aplicação do direito positivo e poderão decidir por equidade;
- **Confiança:** o juiz tradicional não é escolhido pelas partes, enquanto que os árbitros o são. Razão pela qual a arbitragem se baseia na confiança das partes, na possibilidade delas terem o conflito resolvido por alguém que elas mesmas escolheram (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999).

Vê-se, portanto, que a arbitragem, através de seus procedimentos mais simples e econômicos, pode ter um efeito direto e imediato no descongestionamento do Judiciário. Todavia, esse não é o único mecanismo que pode colaborar no processo de transformação e melhora do acesso à justiça, mas, com certeza, pode representar muito, atuando como filtro, retendo grande parte das situações litigiosas, deixando a justiça ordinária como o reduto final, reservado para os conflitos que não obtêm solução por arbitragem, conciliação ou mediação.

2.3 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que institui a arbitragem no Brasil, veiculou uma forma de solução alternativa para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis, independentemente do Poder Judiciário, introduzindo notáveis modificações no instituto jurídico anteriormente existente, tal como previsto inicialmente pelo Código Civil e Código de Processo Civil Brasileiros. Tal diploma foi

objeto de projeto apresentado pelo então eminente Senador Marco Maciel⁴, que buscou inspiração na moderna regulamentação da arbitragem, bem como prevista no âmbito dos países desenvolvidos, e levando em consideração as diretrizes adotadas pela comunidade internacional, a exemplo das contidas na Convenção de Nova York, de 1958, e na Convenção do Panamá, de 1975.

É de se destacar, de início, que a nova lei sobre arbitragem é uma das mais importantes medidas legais - no campo dos métodos alternativos ao Poder Judiciário para solução de disputas - adotadas nos últimos anos.

É de relevância fundamental ao aprimoramento dos negócios internacionais, uma vez que os países desenvolvidos há muitos anos praticam rotineiramente a arbitragem. É, destarte, assunto de amplo interesse econômico, empresarial, social e sindical - e também do Poder Público, que poderá, com isso, diminuir o dramático acúmulo de ações nos tribunais (que, assim, tenderão a dedicar-se a questões que não possam ser solucionadas pela arbitragem). É perceptível a inexistência de métodos alternativos eficazes para a solução de disputas repercutiu sensivelmente no país, concentrando nos tribunais judiciais um número imenso de demandas. Atualmente, consta existirem tramitando cerca de 8 milhões de processos (LEITE, 2005)⁵.

Neves (2016) salienta, com bastante propriedade, que;

⁴ LEITE, Ida Regina Pereira. **Linhas Gerais da lei de Arbitragem**. Portal Egov.Ufsc, 2005. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=792. Acesso em 16 agosto de 2017. Dispõe a autora que: "O arbitramento, como se chamava anteriormente, foi instrumento largamente utilizado, por diferentes países nas controvérsias internacionais relativas a questões históricas de posse e domínio de territórios. Se o instituto da mediação e da arbitragem pode ser solução viável, rápida e exequível para os Estados, com muito mais razão pode ser útil, eficaz e de baixo custo para os particulares. Paralelamente a estes benefícios, há uma outra grande vantagem na criação do Juízo Arbitral: a busca de soluções em litígios de comércio internacional, envolvendo empresas, firmas, fornecedores e consumidores de diversos países. O Tribunal Arbitral é o caminho mais justo e mais barato igualmente nesses casos, em especial quando sabemos que o Brasil está intensificando seu comércio exterior e ampliando suas relações econômicas e financeiras, com a abertura econômica que vem trilhando. Não é demais lembrar que o Protocolo de Brasília, de 17 de dezembro de 1991, recomenda o processo arbitral para a solução de controvérsias no âmbito do Mercosul. A arbitragem tem, portanto, caráter amplo, difuso e abrangente como instrumento de solução não só de controvérsias jurídicas, mas também de toda natureza. País emergente, às portas da modernidade, o Brasil não pode prescindir do Juízo Arbitral.

A Lei nº 9.307 constitui-se, na verdade, em uma legislação avançada sobre arbitragem, extirpada de empecilhos e formalidades inúteis, e estribada no que há de mais moderno a respeito dos princípios e garantias dos litigantes. Essa lei tem todas as características para trazer sensível benefício à sociedade, pois pode colocar à sua disposição um meio ágil de resolver controvérsias, com árbitros escolhidos pelos litigantes, especialmente para matérias técnicas, tudo com garantia de sigilo, brevidade e grande informalidade".

⁵ Há cerca de oito anos, existiam por volta de 100 mil processos apenas nos tribunais superiores do Distrito Federal - STF, STJ, TSE, TST e STM. No mesmo ano, somente na Justiça Federal foram distribuídos cerca de 1 milhão de novas causas. Trata-se de um número bastante considerável, por isso a necessidade de se dar maior celeridade à resolução do conflito e a Arbitragem propicia isso.

Após alguma vacilação na doutrina e jurisprudência, venceu a tese mais correta de que a arbitragem não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da CF. O Supremo Tribunal corretamente entendeu que a escolha entre arbitragem e a jurisdição é absolutamente constitucional, afirmando que a aplicação da garantia constitucional da inafastabilidade é naturalmente condicionada à vontade das partes (NEVES, 2016, p. 19).

O autor, continua sua dissertação, destacando que nesse sentido é elogiável o art. 3.º, caput, do Novo CPC quando este prevê que não excluirá da apreciação jurisdicional a ameaça ou lesão a direito, salvo os conflitos de interesses voluntariamente submetidos à solução arbitral.

Nesse diapasão, o autor, anteriormente citado, conclui que ainda que seja apenas a consagração de uma realidade atualmente incontestável, é “interessante o dispositivo explicitar tal realidade” (NEVES, 2016, p.19).

O crescimento dos recursos aos tribunais foi potencializado pela tradicional tendência pátria de procurar lastrear em textos legais um sem número de disposições normativas e regulatórias da vida em sociedade, para o que também concorreu o inadequado detalhamento da Constituição de 1988. Além de se tratar de um texto constitucional "ordinarizado" (no sentido de que parcela substancial de suas disposições poderiam ser deixadas para tratamento pela legislação ordinária), foi ampliada a complexidade da sistemática jurisdicional, com a criação de um terceiro grau de jurisdição o Supremo Tribunal de Justiça (STJ), e a possibilidade, ainda, das mais variadas questões serem levadas à apreciação da Corte Suprema (Leite, 2005).

O Brasil há muito se ressentia, no âmbito do comércio internacional, da existência de uma legislação sobre arbitragem adequada à dinâmica das relações empresariais, notadamente em face da rápida regionalização e globalização da economia.

Em se tratando da solução dos conflitos comerciais internacionais, a experiência estrangeira informa que a proporção substancial das controvérsias se dá, preferencialmente, por via da arbitragem, mas são utilizados outros métodos alternativos ao Poder Judiciário, como a mediação. Diversas entidades concorreram de forma substancial para a implementação dos métodos alternativos para a solução de disputas através dos programas designados por Alternative Dispute Resolutions

(ADRs), entre elas a American Arbitration Association (AAA), sediada em Nova York e com filiais em grande parte do território dos Estados Unidos e em algumas localidades estrangeiras, a Câmara Internacional do Comércio - CIC, de Paris (com arbitragens usualmente levadas a efeito em dezenas de países, envolvendo partes e árbitros das mais variadas nacionalidades), e a própria Organização das Nações Unidas (ONU). No âmbito acadêmico, os programas de ADR da Harvard Law School se destacam como dos mais avançados e respeitados em todo o mundo (LEITE, 2005).

A arbitragem traz inúmeras vantagens à solução de litígios comparativamente aos tribunais judiciais, especialmente em função da prevalência da autonomia da vontade das partes, da rapidez, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do (em tese) menor custo (o que, todavia, não significa pequeno) e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate. Este aspecto da confidencialidade é de especial interesse em matérias da órbita comercial. Tendo em vista que o árbitro (ou corte arbitral) deverá ser escolhido livre e responsabilmente pelas partes, assim como modelada a estrutura procedimental a ser utilizada, a arbitragem é um instituto extremamente democrático e legítimo. A economia na arbitragem, por sua vez, não se dá somente para as partes, mas para toda a sociedade, que não vê mobilizado o aparato judiciário estatal para solução de controvérsias patrimoniais limitadas a particulares (LEITE, 2005).

Ademais, o árbitro pode decidir com base na equidade - ou seja, fora das formas e regras expressas de direito - o que o juiz, na órbita do processo judicial, não pode, ou, quando muito, a utiliza com substancial limitação. Tal fato se dá em face da lei ser, para o Poder Judiciário, a matéria prima da atividade jurisdicional e o limite de atuação do magistrado. Mas não para o árbitro, que uma vez autorizado pelas partes, poderá decidir com base no direito positivado pátrio ou estrangeiro ou na equidade e nos usos e costumes e também, se for o caso, nas práticas internacionais de comércio.

Quando o magistrado afasta-se da lei (constitucionalmente válida, é evidente) para a solução de litígios, e fora dos padrões excepcionais autorizados pela legislação vigente, dá nascimento a uma das piores deformações da atividade judicante, representada pelo chamado "direito alternativo". Transforma-se o juiz de direito, nesse caso, em autêntico tirano instantâneo, criando normas não albergadas ou inexistentes

para o direito positivado, com o que se sobrepõe à função legiferante típica do Poder Legislativo, cujos representantes, pelo exercício da democracia representativa, são legitimamente eleitos (LEITE, 2005).

Assim, não obstante deva ser interpretada segundo os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum, a lei é o objeto e o limite do labor jurisdicional, notadamente nas disputas entre particulares. Quando se envolve o poder público, o juiz excepcionalmente pode analisar as questões numa órbita mais ampla, à luz do princípio constitucional da moralidade administrativa.

O árbitro ou corte arbitral, pelo contrário, é eleito pelas partes, que igualmente podem deferir-lhe, conforme visto anteriormente, o uso de instrumental para decisão do conflito fora do direito positivado, na medida em que não sejam violados os bons costumes e a ordem pública, que se espelha, basicamente, na manutenção dos princípios materialmente constitucionais resguardados pelo regime jurídico pátrio e nas leis inferiores que os implementem.

A experiência norte-americana também demonstra que, mesmo em se tratando de violação à matéria de ordem pública por decisão arbitral, as cortes judiciais devem construir sua jurisprudência de forma restritiva, buscando privilegiar, na maior extensão possível, os termos da decisão arbitral, quanto ao seu mérito.

Em 1991, foi fundado o Mercosul (Mercado Comum do Sul), com o propósito de integrar economicamente os países-membros, gerando, dessa forma, um intercâmbio de produtos entre eles e favorecendo a obtenção de maior e melhor inserção dos produtos da região no mercado mundial (LEITE, 2005)

Essa nova realidade, amparada no crescente fluxo de pessoas transitando entre esses países (Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai) tornou necessário, uma valorização no quesito referente à arbitragem, pois essa forma de resolução pode vir a se tornar em uma alternativa rápida e eficaz para a solução dos conflitos originados entre comerciantes e empresários da região, locais e de terceiros países.

Um aspecto importante, e que já foi retratado, trata das diferenças existentes entre as legislações dos quatro países. O que denota numa diversificada forma de interpretações da lei e a diferente formação profissional de advogados e juízes.

A legislação que se reporta à arbitragem, aqui no Brasil, está muito atrasada se comparadas com a dos países europeus. Esse processo se dá devido à escassa

utilização do instituto e/ou pela falta de conhecimento do mesmo, levando o nosso país a disposições anacrônicas que desestimulam o uso da arbitragem.

Quanto aos direitos interno, a arbitragem está prevista nos códigos processuais da Argentina, do Brasil, do Paraguai e do Uruguai; e, em nível internacional, esses países são signatários da maioria das convenções internacionais existentes sobre a matéria.

Assim, dentro do que poderíamos chamar de convenções de caráter mundial, a Argentina e o Uruguai ratificaram a Convenção de Nova York, de 1958, sobre Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras; o Brasil ratificou a Convenção de Genebra sobre Arbitragem, de 1923. No âmbito interamericano, a Argentina, o Paraguai e o Uruguai ratificaram a Convenção sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideú, de 1979; o Brasil aprovou-a através do Decreto Legislativo n. 93, de 20 de junho de 1995, e, segundo consta, ainda não foi promulgada por meio de decreto presidencial. Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai ratificaram a Convenção sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 1975 (LEITE, 2005).

Uma análise das regulamentações e interpretações da cláusula compromissória e do compromisso arbitral mostrará as semelhanças e diferenças legais e de jurisprudência atualmente existentes entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em relação à arbitragem.

A submissão à arbitragem opera-se mediante a inserção de uma cláusula arbitral no contrato ou mediante de um compromisso arbitral.

Define-se a cláusula arbitral como um dispositivo em virtude do qual as partes, vinculadas por um contrato, estabelecem que as possíveis controvérsias que surjam por ocasião dessa organização sejam resolvidas pela arbitragem.

Por outro lado, o compromisso arbitral é um instrumento pelo qual as partes, ainda que não tenham pactuado anteriormente (mediante uma cláusula compromissória) a submissão de suas pendências a árbitros, suscitando o conflito, decidem submeter o litígio à arbitragem para sua instrumentalização. Ambas são formas conhecidas também como “acordos de arbitragem”.

Tanto na Argentina como no Uruguai e na nova lei sobre arbitragem no Brasil, a cláusula arbitral goza de força vinculante. Em caso de recusa por uma das partes

perante a decisão do tribunal de arbitragem e optar-se por socorrer-se do judiciário para resolver a pendência, os tribunais desses países declarar-se-ão incompetentes para conhecer da referida controvérsia, uma vez pactuada a arbitragem mediante uma cláusula arbitral ou mediante um compromisso. Os efeitos dessas ações nesses países permitem o afastamento do judiciário no que diz respeito ao conhecimento da controvérsia e podem se apresentar como exceções, caso uma das partes se recuse a submissão da arbitragem e tente valer-se da justiça tradicional (PUCCI, 1997).

Nesse quesito, a legislação do Paraguai supera as dos demais membros do bloco, já que, não distingue cláusula compromissória e compromisso arbitral. Já na Argentina, no Uruguai e no Brasil, segundo a nova lei, se uma das partes solicitar o uso da arbitragem como via e tendo a outra parte recusado a instauração da mesma, o solicitante poderá recorrer ao Judiciário que ordenará à parte inadimplente a assinatura do compromisso. Obtendo-se uma nova rejeição, o contrato será outorgado em nome da parte ausente (PUCCI, 1997).

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 (Art. 7º, Lei n. 9.307, Nova Lei sobre Arbitragem no Brasil).

No Paraguai, a lei vai um pouco mais longe. O juiz togado, a pedido da parte, poderá ordenar a instauração do tribunal arbitral, se uma das partes recuse submeter-se à arbitragem; desde que haja uma cláusula arbitral.

Antes da publicação da Nova Lei, no Brasil, só se era válida a submissão à arbitragem com a oficialização do compromisso arbitral. Sendo prevista uma cláusula arbitral, caso uma das partes procurasse o Judiciário, o juiz brasileiro aceitava a controvérsia e declarava-se competente, sobrepujando a competência originalmente dos árbitros na cláusula arbitral.

Segundo análise de Pucci (1997):

Dentro do âmbito do direito internacional brasileiro, cumpre salientar que a tradicional interpretação dada pela jurisprudência dos tribunais aos efeitos da cláusula arbitral, inserida nos contratos internacionais, sofreu uma importante mudança a partir do julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça na causa "Lloyd Brasileiro contra Ivarans-Rederi", em 1990 (PUCCI, 1997, p.45).

Até essa data, as cláusulas arbitrais nos contratos internacionais eram avaliados na mesma forma do direito interno. Logo, num contrato internacional, onde haja uma cláusula arbitral pactuada, caso a parte brasileira recorra ao juiz brasileiro, esse por sua vez, declarava que no Brasil essa cláusula não tinha poder para instaurar a arbitragem.

Conforme ratificando no Protocolo de Genebra de 1923, o Brasil não distingue entre os efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, embora ambas tenham os mesmos efeitos para obrigar as partes a se submeterem à arbitragem.

No voto proferido pelo Ministro Gueiros Leite pode-se ler: “[...] Da mesma opinião comunga José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista (1986)”⁶. Ressaltam eles que no Direito brasileiro, exatamente por força do Protocolo, também, se distinguem os contratos sobre arbitragem em internos e internacionais, submetendo-se a regimes jurídicos diversos. Nos contratos internos, a cláusula arbitral constitui obrigação de fazer e não importa na instituição automática do juízo arbitral, que ficará na dependência do compromisso, formalizado de acordo com os termos do art. 1.039 do CC, e do art. 1.074 do CPC.

Nos contratos internacionais, submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta para instituir o juízo arbitral. Essa diversidade é acolhida internacionalmente nos tribunais franceses e americanos, que têm considerado válidas cláusulas arbitrais em contratos internacionais. O mesmo autor, secundado por Luis César Ramos Pereira, é de opinião que até mesmo nos contratos internacionais não sujeitos ao Protocolo há que conferir validade plena à cláusula arbitral, pelo simples fato de que deve prevalecer o princípio da boa-fé”⁷.

Por isso, mudou-se a interpretação dos contratos internacionais, na qual, consiste em negar que uma contratante após pactuar uma cláusula arbitral, volte atrás e negue a decisão inquirida na arbitragem, amparando-se nas disposições internas

⁶ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

⁷ PUCCI, Adriana Noemi. A arbitragem nos países do Mercosul. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 738, abril 1997. 86 ano. p. 45.

do direito brasileiro. Portanto, a previsão de uma cláusula compromissória em um contrato obriga as partes a se submeterem à arbitragem.

Quanto ao procedimento adotado, o mesmo poderá ser escolhido pelas partes ou pelos árbitros. O procedimento é denominado *ad hoc*, quando o mesmo é criado pelas partes ou pelos árbitros. Existe também a previsão da adoção de procedimentos oriundos das instituições arbitrais.

Existem, no âmbito regional e nacional, diversas instituições arbitrais. A exemplo na esfera americana, a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), no âmbito do Mercosul, o Tribunal Internacional de Conciliación y de Arbitraje del Mercosur (Ticamer), e, nos demais países, a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo, da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (Fiesp), o Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, o Centro de Conciliación y de Arbitraje de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

No caso dos países em análise, todos deixam à vontade das partes a escolha do procedimento. O ordenamento jurídico do Paraguai é o único que regula um procedimento específico para o caso da arbitragem. As leis da Argentina, a do Brasil e a do Uruguai não determinam procedimento especial, no caso de ausência de manifestação das partes. As mesmas são remetidas aos procedimentos Sumários.

A nova lei do Brasil, no seu art. 21, prevê que o procedimento obedecerá ao estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se ainda às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Existe nos países uma forte tendência em valorizar a utilização dos diversos meios de solução pacífica de conflitos. A arbitragem é o meio de pacificação de controvérsias entre particulares, podendo ser muito útil na rápida e eficaz solução de pendências oriundas do comércio globalizado.

Na atualidade, após a reforma da lei de arbitragem brasileira, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, Chile e Bolívia que compõem o Mercosul, todos estes ordenamentos jurídicos encontram-se relativamente equiparados com relação aos conceitos básicos deste instituto.

Houve uma relevante mudança na legislação brasileira, modernizando os dispositivos vigentes deste instituto, facilitando a inserção da arbitragem nos contratos elaborados em conexão com a lei brasileira.

Nos contratos internacionais, no âmbito do Mercosul, elaborados por países vizinhos, pode ser conveniente, dependendo da negociação, que, frente a um conflito, o oportuno seja resolver a controvérsia, mantendo a relação de parceria comercial.

Nesse contexto, a arbitragem desponta como uma brilhante solução de pacificação de conflitos, mantendo as partes negociantes unidas em prol de seus interesses econômicos comuns, fruto das relações globalizadas.

2.4 A LEI DA ARBITRAGEM

2.4.1 Generalidades

O atual Código Civil admite o compromisso – judicial e extrajudicial, para resolver controvérsias entre pessoas capazes de contratar – e a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.

Maristela Basso (apud Villaça, 1988)⁸ sinaliza que, pouco antes da edição da Lei n. 9.307/96, já se detectava o ensaio para revigorar a arbitragem no Brasil, com a promulgação do Decreto Presidencial 1.902, de 09 de maio de 1996. A nova lei aniquilou diferenças entre a arbitragem nacional e a internacional, estando submetidas, assim, ao mesmo regulamento. Portanto, o juízo arbitral tanto pode existir com compromisso quanto com a cláusula arbitral ou compromissória. Há muito tempo acumulam-se processos em nossos tribunais, o que demanda de uma forma rápida e razoável de solução de problemas de natureza contratual.

As questões a serem resolvidas judicialmente, muitas vezes levam os juízes a buscarem ajuda técnica, frente a esta realidade tornou-se melhor transformar esses técnicos em árbitros escolhidos pelas partes e aceitar suas decisões.

⁸ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Arbitragem*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT v. 753, julho 1988. 87º ano. p. 1.

Carlos Alberto Carmona (apud Villaça, 1988)⁹, enfatiza que não é possível contestar que a arbitragem tenha condições de ultrapassar o processo estatal, falando-se em rapidez. Neste contexto pode-se vislumbrar a simplificação de muitos atos, uma vez que as partes poderão escolher o procedimento a ser seguido, evitando assim a demora inútil.

Com a subtração dos custos e a aceleração dos trâmites de execução, há uma relevante redução nas hipóteses de contrariedade (embargos etc.) e diminui a incidência de ônus ao executado (depósitos para recorrer etc.), acarretando uma maior rapidez de julgamento até mesmo para as matérias que serão julgadas pelo Poder Judiciário.

Para utilizar esta alternativa de resolução de conflitos, as partes devem firmar uma convenção de arbitragem, via cláusula compromissória, contratada anteriormente ao litígio, ou através do compromisso arbitral, que é firmado quando surge a controvérsia. Esta opção pela arbitragem, que somente pode ser adotada sobre direitos patrimoniais disponíveis, baseia-se no princípio da autonomia de vontade das partes, que podem estipular o rito a ser seguido pelos árbitros, observando os princípios processuais do devido processo legal.

Muito embora preservadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, a rapidez na solução do conflito é a primeira vantagem à arbitragem, que se diferencia da notória morosidade da justiça estatal, comprometedora de sua eficácia.

Outro aspecto relevante é o sigilo, que se opõe à justiça convencional, onde qualquer cidadão pode ter acesso aos detalhes do litígio, muitas vezes levando as partes ao constrangimento da publicidade em determinados processos judiciais.

O maior ônus imposto pela justiça estatal tem sido justamente o demasiado tempo de duração das ações judiciais, e é aí que surge mais um ponto favorável da arbitragem, uma vez que da sua opção resulta custos menores, especialmente em função do prazo para definição do litígio, estabelecido pela lei.

⁹ *Id Ibidem.*

2.4.2 Regras Arbitrais

No art. 2º da Lei nº 9307/96, existe ampla autorização para que os árbitros julguem por equidade ou por direito, diferindo do Código Civil de 1916, já que este último abria precedente apenas para julgamento por equidade, fora das regras e formas de direito.

Portanto, as partes podem escolher as regras de direito a serem aplicadas na solução arbitral, respeitando os bons costumes e a ordem pública. As partes podem optar ainda que a solução do conflito seja fundamentada nos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Quando a arbitragem for de direito, devem ser observadas pelo árbitro, as regras jurídicas escolhidas pelas partes, que serão aplicadas na solução do conflito, sejam de direito escrito (artigos de códigos ou de leis especiais), sejam em relação à essência jurídica contida nos princípios gerais de Direito, ou no Direito consuetudinário (usos e costumes), ou ainda de regulamentos internacionais de comércio.

Não existe caráter taxativo dessas regras jurídicas enunciadas na lei. As partes escolhem qualquer das formas pelas quais se expressa o Direito.

2.4.3 Cláusula Arbitral

Atualmente, existem algumas espécies de convenção de arbitragem, conforme disposto na cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral, constantes no art. 3º da Lei n. 9.307/96.

Conceitua-se convenção de arbitragem como sendo o acordo feito entre as partes, em um contrato, através do qual os conflitos de interesses que possam surgir entre elas, futuramente, em razão da mencionada contratação, devam ser solucionados em juízo arbitral.

O acordo, no qual, as partes adicionam ao contrato ou ao documento, nacional ou internacionalmente lavrado, comprometendo-se a submeter ao juízo arbitral as controvérsias de interesses que possam originar da contratação, chama-se cláusula compromissória ou, como também é conhecida, cláusula arbitral.

A Lei n. 9.307/96 é muito clara, no seu art. 4º § 1º, ao permitir que a cláusula compromissória possa constar em documento apartado do contrato, mas que a ele se refira.

Embora seja nulo o contrato em que conste a cláusula arbitral, se houver a relação jurídica entre as partes, permanece eficiente a cláusula compromissória, portanto a relação jurídica entre as partes tem que estar comprovada, ou por contrato ou por documento, para que exista a cláusula arbitral, devendo ser estipulada por escrito.

As cláusulas gerais objetivam a constituição de um conteúdo que celebre uma obrigação recíproca entre as partes litigantes, e desempenham também uma função normativa para regular, de modo homogêneo, a conduta das mesmas e os seus interesses no curso da negociação.

A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver anexada, de tal sorte que quando o contrato se anula não garante com isso a nulidade da primeira, como cita o art. 8º da Lei n. 9.307/96.

A atual solução legislativa chegou a tempo, pois, é melhor um técnico escolhido pelas partes resolver suas pendências que o Poder Judiciário, quando este necessitar de técnicos para decidir. Muitas vezes, as questões a serem dirimidas judicialmente levam os juízes a consultarem técnicos e, embora não fiquem adstritos aos laudos destes, melhor transformar esses técnicos em árbitros escolhidos pelas partes e aceitar suas decisões.

Na oportunidade de não haver acordo sobre a maneira de instituir a arbitragem, deverá a parte interessada acordar com a outra para dar início ao arbitramento. Qualquer documento seguro, a citar, a carta do Cartório de Títulos e Documentos, poderá convocar a outra parte para firmar o compromisso arbitral em dia, local e hora. O local do encontro deve ser, sempre, um tabelionato, com a presença de algum de seus integrantes oficiais, para que se possa, lavrar escritura pública de não-comparecimento do interpelado ou de seu comparecimento e recusa de firmar a obrigação.

A entrega por cartório ou com recibo na cópia do original entregue é sempre mais aconselhável, pois o convite por via postal ou outro meio de comunicação é

perigoso, mesmo com Aviso de Recebimento (AR), pois sempre será difícil comprovar o conteúdo da mencionada carta.

Uma audiência será marcada com intuito de promover a conciliação. No caso de fracasso desta, o juiz deverá obter solução a partir de comum acordo. Se não comparecer o réu à audiência, sem justa causa, extinguir-se-á o processo sem julgamento o mesmo.

2.4.4 Compromisso Arbitral (Judicial ou Extrajudicial)

O compromisso arbitral pode acontecer quando as partes contratantes já estejam a litigar ou na iminência de fazê-lo. O contrato escrito, ao qual chamamos de compromisso arbitral, para resolver controvérsias, originados de um outro contrato anteriormente existente entre as partes interessadas, denomina-se de compromisso arbitral.

Há duas espécies de compromisso arbitral: o judicial e o extrajudicial. Se o conflito é objeto de demanda judicial, podem as partes resolver a pendência no próprio processo perante o juízo ou tribunal em que estiver em curso a demanda. Se essa lide existir fora do processo, ou se houver iminência de litígio entre as partes interessadas, estas podem compor a lide por meio de documento particular, firmado também por duas testemunhas, ou por escritura pública.

No compromisso arbitral deve constar o nome, profissão, estado civil e domicílio do(s) árbitro(s), ou, se for o caso, identificação da entidade responsável pela indicação de árbitros; e ainda a matéria em questão na arbitragem e o lugar em que será realizada a sentença arbitral (art. 10 da Lei n. 9.307/96).

Três causas de extinção compromisso arbitral são citadas no art. 12 da Lei n. 9.307/96: se houver escusa por qualquer dos árbitros, antes de aceitar sua nomeação e tendo as partes declarado não aceitar substitutos; se falecer ou ficar qualquer árbitro impossibilitado de dar seu voto, havendo declaração expressa das partes de não aceitar substituto; se tiver expirado o prazo constante do art. 2º, inc. II, e o prazo complementar de dez dias concedido ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, por interpelação feita ao árbitro, para prolação e entrega da sentença arbitral.

2.4.5 Inexistência de recurso de decisão arbitral e hipóteses de nulidade desta

O decisório do árbitro não está suscetível à homologação pelo Poder Judiciário, segundo o art. 18 da Lei nº 9.307/96. A lei atual declara nula no seu art. 32 que ainda, a sentença arbitral quando ficar comprovado que houve prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro e quando não forem respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

De acordo com as citadas hipóteses, a nulidade poderá ser solicitada ao Poder Judiciário no prazo de até noventa dias, a contar do recebimento da notificação da sentença arbitral.

2.4.6 Árbitros

O árbitro decide, por sentença arbitral, sobre a lide entre contratantes, que nele confiam, de acordo com a lei sobre arbitragem e com as normas contratuais estabelecidas pelas partes interessadas.

É importante ressaltar que as funções que os árbitros devem desempenhar enquanto técnicos, são atribuições decorrentes da Lei, cabendo-lhes exercê-las com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (§ 6º do art. 13).

Em caso de impossibilidade de exercício das funções, ou recusa do árbitro, escusa, falecimento, assumirá seu substituto, na forma que dispuserem o compromisso.

2.4.7 Procedimento Arbitral

O procedimento inicia-se quando aceita a nomeação do árbitro ou dos árbitros, conforme o caso. Havendo vários árbitros, o início ocorre a partir da aceitação do último.

Podem as partes reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, ou, ainda, delegar ao próprio árbitro ou tribunal arbitral a regulamentação do procedimento.

Sendo a convenção arbitral um instrumento democrático, elaborado pelas partes, para a solução da controvérsia, é na essência, a renovação da *lex privata*, ditada pelas próprias partes, na solução de seus próprios conflitos.

Por possibilitar às partes a escolha das normas e os árbitros para a resolução de seus problemas, a arbitragem confere maior grau de justiça na solução dos conflitos particulares.

Nas questões arbitrais, não só na elaboração da convenção arbitral, o advogado representa peça de real importância, principalmente em razão da constante presença de aspectos jurídicos e da necessidade de orientação dos interessados. Em muitas oportunidades, em que as questões forem de caráter jurídico, sua presença como árbitro escolhido pelas partes é fundamental, de acordo com a especialidade de cada um.

No procedimento arbitral devem ser observados os mesmos princípios do procedimento judicial, tais o do contraditório, o da igualdade das partes e o do livre convencimento do árbitro, como assentado no § 2º do art. 21.

2.5 CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 9.307/96

A lei de arbitragem representa um avanço, na medida em que coloca o Brasil em posição de igualdade com os países mais desenvolvidos; significa a realização mais rápida de justiça, beneficiando aqueles que necessitam da rápida solução de seus conflitos, utilizando-se de árbitros gabaritados para o julgamento dessas lides.

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal¹⁰ assenta que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário quando há lesão ou ameaça a direito; porém, no caso da arbitragem, ela é escolhida pelas partes interessadas, preferência à solução judicial.

¹⁰ BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Quando é dito que o árbitro é juiz de fato, não quer dizer com isso que ele esteja usurpando a função jurisdicional. As partes sempre resolveram melhor as suas controvérsias, por meio de transação, compondo-se pacificamente. Pelo revogado compromisso, os interessados elegiam árbitros para a solução de seus problemas quando não queriam ou não podiam resolvê-los, por si mesmos.

Assim, ou os interessados resolvem eles próprios seus conflitos de interesses (transação) ou os resolvem por meio de árbitros particulares (arbitragem), ou perante o Poder Judiciário, pois este está sempre vigilante para evitar lesões e descumprimentos da convenção arbitral.

Com esse entendimento, o legislador de arbitragem não afastou a participação do Judiciário, como facilmente se nota pelo disposto nos arts. 7; 11, parágrafo único; 13, § 2º; 16, § 2º, em confronto com o art. 20, §§ 1º e 2º; 22, §§ 2º e 4º; 25 e 33, *caput* e parágrafos; e 35.

Nesses dispositivos legais, respectivamente, pode haver requerimento ao Poder Judiciário – que seria competente para julgar, originariamente, a causa – para a instituição de arbitragem, quando houver resistência de uma das partes, existindo cláusula arbitral ou compromissória; para fixar honorários dos árbitros; para nomear árbitro desempatador, quando os árbitros forem em número par, sem acordo nesse sentido; para nomear árbitro substituto, se as partes não tiverem dele prescindido em sua convenção arbitral; para substituição do árbitro em caso de acolhimento de arguição de suspeição ou impedimento, de incompetência, bem como de nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral; para ouvir judicialmente depoimentos da parte ou de testemunhas, quando desatendida a convocação arbitral; para obtenção de medidas coercitivas ou cautelares, quando necessárias; para dirimir controvérsia acerca de direitos indisponíveis questionados no juízo arbitral; para decretação de nulidade da decisão arbitral; como, ainda, no caso de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para reconhecimento ou execução, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira.

Sálvio de Figueiredo Teixeira¹¹ apropriadamente considera injustificadas as manifestações, embora de respeitáveis juristas, sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Ressalva o mesmo que o art. 33, § 3º, da nova lei, permite-se

¹¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 735/48, janeiro 1997. 86º ano. p. 26.

requerimento ao juiz togado sempre que for necessário decretar a nulidade da sentença arbitral. Com a arbitragem, acrescenta, o Poder Judiciário limita sua manifestação a situações em que se verifica lesão de uma das partes interessadas ou descumprimento do acordo arbitral.

Afirma, ainda, que a execução coativa da decisão arbitral só ocorre perante o Judiciário. O risco de ser contrária ou favorável a decisão arbitral é o mesmo originado do julgamento pelo Poder Judiciário.

Em caso de ilicitudes, vícios e irregularidades, o Poder Judiciário sempre estará presente para evitar ou reparar as lesões, ou para reprovar o inadimplemento das obrigações arbitrais.

As convenções arbitrais são oriundas dos acordos entre as partes, tendo seus limites na lei, que assegura a presença do Poder Judiciário para evitar que a liberdade contratual possa, por excesso de uma parte, subjugar a outra. Ao Poder Judiciário, na arbitragem, não cabem as decisões, mas a intervenção para coibir abusos, nos casos indispensáveis, previstos na lei.

3 RESISTÊNCIA CULTURAL À ARBITRAGEM NO BRASIL

A Constituição de 1946 já previa que nenhuma lesão a direito individual poderia ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário. No texto constitucional de 1988, o legislador repetiu a mesma premissa no artigo 5º, inciso XXXV. Partindo desse pressuposto, torna-se difícil para muitos, conceberem a solução de litígios através de pessoas estranhas à justiça estatal, nem mesmo sendo estes profissionais do direito, valendo-se do instituto da arbitragem onde o(s) árbitro(s) prolatando desta forma sentença arbitral, por mera equidade; pode dirimir controvérsias na esfera dos contratos privados não deixando opção para que a parte vencida recorra à instância superior em caso de descontentamento com relação à decisão proferida colocando um ponto final na lide (TEIXEIRA, 1997; GUERREIRO, 1993).

O instituto da arbitragem a partir deste ponto de vista, na concepção de muitas pessoas parecia incompatível com o ordenamento constitucional e processual brasileiros, os quais consideravam inaceitável que o Poder Judiciário não estivesse presente na resolução de conflitos.

Constata-se que em várias negociações de contratos internacionais, encontra-se presente a cláusula de solução arbitral de controvérsias, caso ocorra conflitos acerca de direitos estipulados no contrato.

Podemos inferir que a busca de meios alternativos para se resolver conflitos acerca dos direitos patrimoniais disponíveis, não é objetivada apenas pela jurisdição estatal brasileira, mas, também por vários países industrializados, figurando-se como causa desta procura: a morosidade, o formalismo excessivo e perplexidade do juiz diante de situações não rotineiras, traços comuns em várias jurisdições estrangeiras¹².

A preferência pela arbitragem deve-se, portanto, ao fato de que, ao contrário da jurisdição estatal, o árbitro podia ser um especialista no tema objeto da controvérsia, e dedicava-se à solução da mesma de forma concentrada. Também aliado a estes fatores, no caso dos contratos internacionais a parte estrangeira temia não receber o tratamento devido pelo Judiciário da outra parte¹³.

¹² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. In **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 735/48, janeiro 1997. 86 ano. p. 46.

¹³ José Alexandre Tavares Guerreiro reproduz a observação de Yves Derains antigo secretário-geral da corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris, para quem os tribunais estatais não serão jamais neutros, pois têm em comum com os seus nacionais uma mesma herança cultural, seja no plano linguístico, econômico, ou sobretudo jurídico, resultando numa abordagem comum de problemas que cria um desequilíbrio em detrimento do estrangeiro. Cf. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 118.

Contudo, a arbitragem não era muito utilizada como solução de litígios entre particulares. Não por desconhecimento dos operadores do direito, pois já há muito se aplicava o compromisso arbitral para solucionar pendências, judiciais e extrajudiciais.

Uma das principais razões para o pouco uso da arbitragem privada no Brasil, diz respeito quanto à presença da cláusula arbitral (ou compromissória) que muitas vezes inutiliza a submissão das partes às resoluções impostas pela arbitragem¹⁴. Isso só poderia acontecer caso as partes não demonstrassem espírito de colaboração, o que acarretaria na inclusão da cláusula arbitral específica no contrato, desde que as partes concordassem em adotá-la. Se em determinado estágio do processo, as partes apresentassem posições antagônicas seria difícil satisfazer o requisito mínimo de cooperação necessário para se celebrar o compromisso arbitral (TEIXEIRA, 1997; GUERREIRO, 1993).

Para que o laudo imposto pela arbitragem fosse válido era necessário que este fosse homologado pelo Poder Judiciário¹⁵, o que tirava o prestígio da solução arbitral. Embora o processo de homologação não pudesse interferir no mérito da questão, já servia para desencorajar a solução arbitral, uma vez que, dava ensejo à discussão de aspectos procedimentais e de ordem pública capazes de postergar por longo tempo a confirmação da decisão dos árbitros pelo juiz de direito e, conseqüentemente, a executoriedade do laudo arbitral.

A nova Lei de Arbitragem¹⁶ surgiu para solucionar esses problemas. Primeiramente, a nova lei tornou obrigatório o cumprimento da cláusula arbitral inserida no contrato, impedindo que, por ocasião do surgimento da controvérsia, uma das partes simplesmente se recuse a celebrar o compromisso arbitral. Agora, a parte que houver contratado a cláusula arbitral e, posteriormente, resistir à instituição da arbitragem pode ser citada judicialmente para celebrar o compromisso; caso não compareça ou se recuse ao compromisso, o juiz poderá nomear árbitro único para solucionar o litígio¹⁷.

Em segundo lugar, não mais se requer a homologação da sentença arbitral como requisito de sua executoriedade. A nova lei conhece à sentença arbitral, no

¹⁴ "Cláusula Compromissória ainda que não é o compromisso constitutivo do juízo arbitral, mas obrigação de o celebrar. Trata-se de obrigação de fazer que se resolve em perdas e danos e que, como pacto de ordem privada, não torna incompetente o juiz natural das partes, se a ele recorrerem" (RE-58.696/SP, ac. un., relator MIN. Luiz Galloti, j. 02.02.1967, RTJ 42-1/212).

¹⁵ CPC de 1973, art. 1.097.

¹⁶ Lei 9.307, de 23.09.1996.

¹⁷ Lei de Arbitragem, art. 7º e seus parágrafos.

tocante às partes e a seus sucessores, natureza idêntica à da sentença judicial, constituindo título executivo, se for condenatória¹⁸.

É facultado à parte interessada recorrer ao Judiciário para obter a decretação de nulidade da sentença arbitral, em caso de nulidade do compromisso, incapacidade jurídica do arbitro, falta de fundamentação da decisão, prevaricação, concussão ou corrupção passiva, desrespeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do arbitro e de seu livre convencimento. Além disto, pode a parte interessada, também arguir a nulidade da sentença arbitral mediante embargos de devedor, se houver execução judicial¹⁹.

Antes da promulgação da nova lei, no Brasil, as sentenças concernentes aos laudos arbitrais proferidos no estrangeiro deveriam ser homologadas em duas fontes: tanto pelo Poder Judiciário do país onde foi proferido, quanto pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro²⁰. Atualmente, não mais se faz essa exigência. Para tanto, basta que a sentença arbitral estrangeira seja homologada pelo STF.

Através da nova lei foi possível ultrapassar essas barreiras que serviam unicamente para tornar inseguro e ineficaz um instituto que, na sua íntegra, deveria ser prático e veloz.

O campo mais fértil para a arbitragem é, efetivamente, o dos contratos privados. Sem excluir os entes de direito público da possibilidade de adotarem a arbitragem como forma de solução de litígios em suas relações de *jure gestionis*²¹, é nos contratos

¹⁸ Lei de Arbitragem, art. 31.

¹⁹ Lei de Arbitragem, arts. 32 e 33.

²⁰ “Sentença estrangeira: inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não cancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente; precedentes; reafirmação de jurisprudência.

1. É da jurisprudência firme do STF que *sentença estrangeira*, suscetível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral, ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham cancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (cf. SE 1.982 – USA, Plen., 03.06.1970, Thompson, *RTJ* 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.1971, Inglaterra, Trigueiro, *RTJ* 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.06.1979, Neder, *RTJ* 91/48; SE 2.476, Plen., 09.04.1980, Inglaterra, Neder, *RTJ* 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 01.07.1983; SE 2.768, França, sent., 19.01.1981, Neder, *DJ* 09.03.1981; SE 3.236, França, Plen., 10.05.1984, Buzaid, *RTJ* 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.09.1988, Néri, *RTJ* 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.09.1988, Néri, *RTJ* 137/132).

2. O que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no *fórum*, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada” (Ac. un. STF, Pleno, SEC-4724/IN, 27.04.1994, relator Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 19.12.1994).

²¹ “Incorporação, bens e direitos das empresas Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária.

3. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

4. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.

5. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414 de 1964.

6. Correção monetária concedida, pelo tribunal *a quo*, a partir da publicação da Lei 4.686, de 21.06.1965. Decisão correta.

entre particulares que predominam os litígios sobre direitos patrimoniais disponíveis, verdadeiros alvos da arbitragem.

Em casos onde os contratantes tenham poder econômico ou experiência muito desiguais, a parte fraca ou menos experiente poderá ter mais dificuldades em defender-se num procedimento extrajudicial do que se recorrer ao Poder Judiciário. Logo, a arbitragem não deve ser encarada como a única alternativa viável nesses casos.

Há situações em que estipulação da cláusula arbitral só terá eficácia se a parte aderente manifestar livremente sua vontade de se submeter a ela, o que somente se verifica por meio de menção expressa e por escrito, em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especial para a cláusula arbitral²².

Considerando-se as relações de consumo, a Arbitragem não surge com o efeito de contrariar os direitos do consumidor ao acesso dos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais ou morais (art. 6º, VII), e que declara nula de pleno direito a cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos ou serviços que determine a utilização compulsória da arbitragem (art. 51, VII)²³.

Parece certo, tanto pela natureza da arbitragem como pela experiência observada em países onde tem tradição de uso, que os destinatários deste instituto são, em primeiro lugar, as empresas comerciais e industriais e, em segundo lugar, as pessoas que celebram certos tipos de contrato de natureza comercial, como, por exemplo, os contratos societários, os contratos de venda mercantil e os contratos de franquia comercial. É aí que se revelam as virtudes da arbitragem, mais ágil, mais especializada, mais sigilosa e, acima de tudo, menos formalista do que a via tradicional do Poder Judiciário.

Em resumo, os benefícios da Arbitragem estão associados à forma como nos é proporcionado resolver os litígios patrimoniais complexos e vultosos com maior presteza e menor solenidade, bem como, com a devida consideração às práticas consagradas do setor econômico em causa ou do tipo de negócio celebrado, e com

7. Agravo de instrumento a que se negou provimento (Ac. STF, Pleno, AI 52181/GB, 14.11.1973, relator Min. Bilac Pinto, DJ 15.02.1974).

²² Art. 3º, § 2º.

²³ Cf. Silvio Luís Ferreira da Rocha, para quem “[a] cláusula compromissória apresenta-se como manifestamente abusiva por, antes mesmo de formado o litígio, privar o consumidor de obter uma decisão futura do juiz natural, obstando deste modo a execução da Política Nacional das relações de Consumo [...]” “A cláusula compromissória prevista na Lei 9.307, de 23.09.1996, e as relações de consumo” Repertório IOB de Jurisprudência 6/97, caderno 3, p. 112.

resguardo do sigilo²⁴. No caso específico dos contratos internacionais, que a crescente internacionalização do comércio produz hoje em grande quantidade, o receio das partes de faltar imparcialidade à jurisdição estatal assume proporções importantes.

Obviamente, a Arbitragem de forma alguma tem a sua utilização limitada apenas a esses setores. Os cidadãos comuns também podem fazer uso desse meio na busca pela resolução de suas controvérsias, desde que sejam conhecidos o seu conteúdo e limites, salientando a ambas as partes que lhes convém recorrer à solução extrajudicial de suas diferenças, em face das circunstâncias peculiares do negócio. Neste caso, poderão celebrar o compromisso arbitral, ainda que não exista cláusula arbitral em seu contrato (Lei de Arbitragem, arts. 10 e 11).

É importante lembrar que a nova lei obriga que a cláusula arbitral esteja presente nos contratos, a fim de eliminar a possibilidade de que uma das partes recorra diretamente ao Judiciário para decisão sobre seu direito material. É o que resulta da nova redação dos arts. 267, VII, e 301, IX, do CPC, dada pela Lei de Arbitragem, segundo os quais a existência da convenção de arbitragem é causa de extinção do processo, quando arguida pelo réu em sua contestação (CARMONA, 1993).

Destarte, não se deve adotar indiscriminadamente a cláusula arbitral em contratos sem que estejam presentes os fatores que a recomendam, conferindo desta forma, maior previsibilidade e celeridade ao processamento dos conflitos entre os partícipes do processo de produção.

Antes de incluírem a cláusula arbitral no contrato, as partes devem estar em comum acordo quanto à adesão da mesma ou não, pois ao fazê-lo estarão excluindo a via tradicional do Poder Judiciário para a solução de suas controvérsias.

A credibilidade da arbitragem como meio idôneo de solução de litígios depende, fundamentalmente, da confiança que as partes – e, naturalmente, seus advogados – puderem depositar nos árbitros, bem como, na certeza de que a condução do procedimento arbitral não acabará prejudicando o princípio fundamental do devido processo legal. A Lei de Arbitragem procurou dar solução a estes dois aspectos

²⁴ Para Carlos Alberto Carmona são relativas as propaladas vantagens de rapidez, economia e sigilo, lembrando que são possíveis expedientes protelatórios tanto para a sentença como para a execução, que as despesas do processo arbitral frequentemente ultrapassam as do processo estatal, e que a confidencialidade vai sendo relegada em favor da divulgação dos precedentes. Cf. **A arbitragem no processo civil processo**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 72.

fundamentais, na medida em que as partes são livres para nomear arbitro ou árbitros de sua livre escolha (art. 13 e seus parágrafos), e que foi assegurado o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre conhecimento (art. 21, § 2º, e art. 32 VIII). Nem sempre, contudo, a prática da arbitragem se conterà dentro dos limites ideais no tocante a essas duas questões cruciais.

Também pode-se salientar como uma resistência cultural à arbitragem no Brasil, a posição adotada por alguns advogados que se sentem vulneráveis na questão da não obrigatoriedade da participação do advogado no processo de arbitragem, porquanto se deu facultatividade nessa atuação (art. 21, § 3º). Tal conclusão deriva da afirmação segundo a qual a arbitragem tolheria o mercado advocatício, pois a rigor inexistente qualquer obrigação de se contratar advogado.

Observando como Demóstenes, no discurso contra Médius, referiu-se à arbitragem:

Se as partes têm divergência concernente a suas obrigações privadas e desejam escolher árbitro, é lícito que designem quem entenderem, mas, quando escolherem o árbitro de comum acordo, é de rigor que se atenham rigidamente ao que ele decidiu, não apelando da sentença a outro tribunal, pois a decisão deve ser definitiva, suprema.

Também a razão desse tribunal de eleição já era defendida no século XVIII, para fugir às dificuldades, à demora, aos encargos e às incertezas do pleito ordinário.

Na atualidade, Mauro Cappelletti, ao imaginar métodos alternativos para decidir casos judiciais aponta a arbitragem como meio alternativo²⁵.

Segundo Miguel Reale, enaltecedor da nova Lei, o Estado abre mão dos poderes antes considerados indelegáveis, porque necessita dessa transferência para melhor atender ao jurisdicional²⁶.

Observa-se que a resistência à aplicação do instituto da arbitragem deve-se ao fato de que nunca tivemos o necessário amadurecimento para a arbitragem, um atraso científico e jurídico dos mais notáveis, donde o pequeno número de casos jurisprudenciais, mesmo possuindo controvérsias vultuosas, circunscrevem em um único ponto: na inclusão da cláusula arbitral no juízo arbitral, quando ocorre o litígio.

²⁵ *Apud* CAPPELLTTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 82.

²⁶ *Apud* ROSAS, Roberto. Arbitragem: Importância do seu Aperfeiçoamento. O Papel do Advogado. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT. v. 746, dez. 1997. 86º ano. p 78.

Toma-se como referência o caso mais importante de juízo arbitral do Brasil, a famosa questão Minas *versus* Werneck, onde Rui Barbosa excelente no exame do juízo arbitral, envolvido como advogado observou sobre a ofensa à ordem publica:

Se, com efeito a jurisdição dos árbitros deriva do compromisso arbitral, a ordem pública, fundamentalmente interessada no principio geral do respeito à lei das jurisdições, não pode abandonar este assunto à discricção dos particulares. Nulidade, como esta é, de ordem publica, não seria licito deixá-la à mercê das vontades individuais (ROSAS, 1997, p.78).

O caso concreto descrito relata o acordo realizado entre Américo Werneck e o Estado de Minas Gerais, pelo arrendamento da Estância Hidromineral de Lambari. O arrendatário demandou um pedido de perdas e danos contra o Governo mineiro, acusando-o de inexecução do contrato. No decorrer do processo, estabeleceu-se, em 1915, um compromisso arbitral entre Werneck e o Estado. Para tal, criou-se o tribunal arbitral, composto do Des. Mineiro Edmundo Lins, mais tarde Ministro do STF, José Xavier Carvalho de Mendonça, indicado por Werneck, ilustre comercialista e o desempataador, o Des. José Soriano de Souza Filho, que não atuou, porque ambos os peritos acordaram numa opinião, com a sentença arbitral de 1916.

A sentença arbitral condenou o Estado de Minas Gerais a pagar a Américo Werneck a indenização, e em compensação, valor a ser indenizado por Werneck.

Houve recurso dessa sentença arbitral para o STF. Foi advogado do Estado Rui Barbosa, e de Werneck, Rodrigo Octávio. O STF, em 1917, manteve a decisão arbitral, sendo o relator o insigne Min. Pedro Lessa. Houve embargos e novamente a Corte Suprema manteve o juízo arbitral (ROSAS, 1997).

Rui Barbosa procurou demonstrar a deficiência do juízo arbitral questionando sobre a escolha do árbitro. O mesmo fazia as seguintes indagações:

Onde estará, no processo arbitral, a sua superioridade, na presteza do curso, na barateza do custo, na segurança da conclusão? E responde: “Um desses vícios fundamentais, uma dessas insanáveis nulidades, contra as quais não vale a renuncia a quaisquer recursos, pode obrigar a desandar-se todo o caminho andado, para se regressar à justiça dos tribunais que se trocara pela dos juízes privados²⁷.”

Como lembra Calmon de Passos (*apud* Rosas, 1997, p.80), a propósito da distinção entre jurisdição legal ou momentânea, “toda jurisdição tem assento na lei, apesar de os árbitros não terem poder jurisdicional”. O compromisso nasce no direito material, mas se projeta no processo, visto que o estabelecimento dos árbitros para

²⁷ Apud ROSAS, Roberto. Arbitragem: Importância do seu Aperfeiçoamento. O Papel do Advogado. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. v. 746, dez. 1997. 86º ano. p. 80.

resolver as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, naquilo que admite transação, terá seus efeitos no campo processual.

A arbitragem é direito a equidade. Assim, o advogado estará presente na indicação de parâmetros legais e jurídicos. Na equidade impõem-se a demonstração das regras com base jurídica.

A arbitragem surge de convenção, por termos nos autos (judicial) ou por escrito particular (extrajudicial). Certamente ninguém entrará em aventura jurídica sem a presença de advogado. Na hipótese judicial, é indispensável a presença de advogado. Se a parte não quiser implementar a arbitragem, será compelida em juízo (art. 7º § 3º). Também a homologação da sentença arbitral estrangeira será efetuada por meio de advogado perante o Supremo Tribunal Federal

Também no procedimento arbitral acentua-se a atuação do advogado nos depoimentos, testemunhas e perícias.

Existe, na lei, uma série de hipóteses de presença indispensável de advogado, sempre que realizadas em juízo. A citar: nulidade da convenção da arbitragem (art. 20, § 1º); ação incidental sobre direitos indisponíveis (art. 25); nulidade da sentença arbitral (art. 33); quando a sentença condenatória arbitral é título executivo (art. 30).

Destarte, a prudência imporá às partes na arbitragem o socorro a advogado. A formação jurídica da discussão arbitral sempre deixará margem à convocação do advogado, porque ainda sem recurso, ou homologação do laudo em juízo, o debate caminhará para o campo do judiciário.

Mister se faz entender, uma advertência oportuna: o juízo arbitral amplia o campo de trabalho dos advogados, indispensáveis à administração da Justiça (CF de 1988, art. 133), e de outros profissionais. Frequentemente, as causas submetidas à arbitragem são complexas e de difícil solução, como já foi dito acima, e as partes necessitam de acompanhamento técnico.

Pode-se, portanto, fazer alusão à posição de alguns juristas que se mantêm resistentes quanto à aplicação do instituto da arbitragem no que concerne a qualificação dada à sentença arbitral como título executivo judicial, onde se colocam no entendimento de que houve uma suposta impropriedade do legislador, ao conferir à sentença arbitral, os efeitos de título executivo judicial.

Nessa linha de raciocínio, José Carlos de Magalhães assim se expressa acerca do assunto:

Essa lei [Lei nº 9.307/96], ao disciplinar inteiramente a arbitragem no Brasil, inclui o laudo arbitral, com evidente impropriedade, entre os títulos executivos judiciais, ao alterar a redação do inciso III do art. 584 do CPC.

Ora, o laudo arbitral não é título executivo *judicial*, mas *extrajudicial*, pois proferido por árbitro, pessoa privada não-integrante do Poder Judiciário, nem a ele equiparado ou equiparável. O fato de se conferir ao laudo arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial não o torna judicial, pois não provém do Poder Judiciário. Da mesma forma, ao conferir à transação os efeitos de coisa julgada, o art. 1.030 do CC não a transforma em sentença judicial. Note-se que todos os demais títulos executivos judiciais previstos no art. 584 do CPC são sentenças judiciais, condenatórias (I e II), homologatórias (III e IV) e constitutivas ou homologatórias (V), todas, portanto, providas do Poder Judiciário, não se justificando a confusão ora estabelecida. Aliás, a lei, ao invés de denominar a decisão arbitral de *laudo arbitral*, observando, dessa forma, a tradição jurídica brasileira sobre o tema, prefere *sentença arbitral*, à semelhança do que se faz na França e na Suíça.

Essa confusão é grave, porque desconsidera o fato de que a arbitragem é meio privado de solução de controvérsias, com afastamento da intervenção do Estado, ou, como reconhecida PONTES DE MIRANDA, que na arbitragem há a renúncia à processualidade estatal [...] ²⁸.

Outros autores, como Juliana Kalichsztein, influenciaram-se a partir desta ponderação:

Excelente a observação do Prof. JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES na qual afirma que a lei de arbitragem inclui com 'evidente impropriedade' o laudo arbitral entre os títulos executivos judiciais, pois que este deveria figurar como título extrajudicial, uma vez que é derivado de pessoa privada não integrante do poder Judiciário. E o fato de se conferir ao laudo os mesmos efeitos da sentença judicial não o torna judicial. ²⁹.

Porém a crítica não se restringe aos internacionalistas. Também o processualista Teori Albino Zavascki assim se posiciona a respeito da matéria:

Sob o ponto de vista do sistema classificatório adotado pelos arts. 584 e 585 do CPC é inapropriada, destarte, a inclusão da sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais. Em primeiro lugar porque, ao contrário dos demais títulos judiciais arrolados no art. 584 do CPC, a

²⁸ MAGALHÃES, 1997, p. 4 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Impropriedade do Legislador? REVISTA SINTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Porta Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20.

²⁹ KALICHSZTEIN, 2002, p. 183 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Impropriedade do Legislador? REVISTA SINTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Porta Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20.

sentença arbitral é produzida sem a participação do Poder Judiciário. Note-se que, no sistema original do Código, o 'laudo arbitral' só ganhava eficácia executiva depois de homologado judicialmente, de modo que o título executivo não era o laudo em si, mas sentença que o homologava. E em segundo lugar porque o âmbito material da ação de embargos destinada a atacá-la é bem mais amplo que o estabelecido no art. 741 (que trata dos embargos à execução fundada em título judicial). Além da matéria ali prevista, os embargos à execução fundada em sentença arbitral podem versar sobre outros temas, relacionados com a legitimidade formal e substancial do procedimento da arbitragem e da sentença que nele se proferir. [...] Os embargos à execução de sentença arbitral admitem, [...] que o devedor invoque fatos tanto anteriores como posteriores à formação do título o que, do ponto de vista estritamente sistemático, é, em princípio, incompatível com os outros executivos judiciais, importando configuração de título extrajudicial [...] ³⁰.

Alguns entraves legais impediram o desenvolvimento e utilização plena do instituto. Sendo, o primeiro deles, a exigência de se estabelecer o compromisso arbitral para a instituição da arbitragem, não se conferindo à cláusula arbitral ou compromissória, para utilizar a denominação da lei, o poder de instituí-la ³¹.

O segundo obstáculo se refere à necessidade de homologação judicial do laudo arbitral para que pudesse surtir os efeitos de uma sentença judicial, cuja maior consequência era o desaparecimento de todas as vantagens que acompanham a arbitragem: sigilo, celeridade, diminuição de tempo e custos.

Com a intenção de minimizar estes entraves legais, conferindo a prática da arbitragem um maior respaldo, a nova lei de arbitragem trouxe soluções que equipararam a legislação brasileira a convenções internacionais e a legislações de outros países.

Foram introduzidas inovações para fazer face aos obstáculos acima mencionados. Onde, a convenção de arbitragem instruída no art. 3º da referida lei, abarcou os conceitos de cláusula compromissória e de compromisso arbitral, ambos possuindo a capacidade de instituir a arbitragem, com a diferença que a cláusula

³⁰ ZAVASCKI, 1999, p. 90-91 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Improriedade do Legislador? REVISTA SINTESE DE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - Porta Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20-21.

³¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à Lei n.º.307/96. São Paulo: Atlas, 2004, p. 22-23, referindo-se a este obstáculo, pondera que a cláusula compromissória foi transformada de *pacto de contrahendo* em *pacto nudum*, tendo em vista que "foi totalmente desprestigiada no direito interno brasileiro até o advento da Lei n.º. 9.307/96, de tal sorte que o CPC não permita a instauração do juízo arbitral a não ser na presença do compromisso arbitral, único instrumento a autorizar a exceção de que tratava o art. 301, IX, do Estatuto de Processo, em sua versão original. Nesta esteira, entendiam os tribunais pátrios que o desrespeito à cláusula arbitral não permitia a execução específica de obrigação de fazer, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos, reconhecidamente de difícil liquidação".

compromissória comporta a partir da promulgação da lei, execução específica, conforme seus arts. 7º e 3º.

Voltando ao segundo entrave legal, a lei atribuiu ao laudo arbitral a mesma eficácia da sentença judicial (art. 31), dispensando, a necessidade da homologação judicial do laudo para que possa produzir os mesmos efeitos.

Segundo Carmona, “o legislador preferiu não utilizar na Lei de Arbitragem a expressão ‘laudo arbitral’, substituindo-a por ‘sentença arbitral’, tudo a demonstrar que pretendeu atribuir à decisão dos árbitros eficácia plena de sentença”³².

Independentemente de ser contratual ou jurisdicional, a natureza jurídica da arbitragem, a sua eficácia e seus efeitos são aqueles conferidos pela lei. Desta forma, por uma questão de coerência com a própria existência do instituto de arbitragem, a lei conferiu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial.

Começa por chamar a decisão do árbitro de sentença arbitral (art. 23 e ss), que deverá obedecer a estrutura da sentença judicial (relatório, motivação e dispositivo - art. 26), sendo emitida em um processo que observará, necessariamente, algumas das garantias básicas do devido processo legal, como a imparcialidade, isonomia e contraditório (art. 21, § 2º).

Diante disto pode-se concluir que incorrem em equívoco os autores que acreditam haver uma impropriedade do legislador quando atribui à sentença arbitral como título judicial. O legislador utilizou-se da técnica da equiparação, visando a conferir maior efetividade ao instituto da arbitragem, sendo perfeitamente coerente dispensar a homologação da decisão da arbitragem, e conseqüentemente atribuir-lhe eficácia de título executivo judicial.

Destarte, as razões pelas quais o legislador conferiu o efeito de sentença judicial, são razões de política legislativa. É conveniente que os processos terminados em virtude de auto composição fiquem imunizados pela coisa julgada material. Como

³² CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei nº. 9.307/96. *Revista de Processo*, n. 99, jul./set. 2000, nota 1, p. 85. Sobre a mesma questão, WELBER BARRAL assim se manifesta, op. cit., p. 92: “Ora, a Lei equipaleu os efeitos da sentença judicial e da sentença arbitral, optando desta forma pelo caráter jurisdicional da arbitragem. A mudança terminológica, de laudo para sentença, teve justamente o escopo de asseverar esta equivalência, não só para os efeitos internos, mas ainda para as decisões proferidas no estrangeiro, seja por um órgão estatal, seja por um árbitro”.

só as sentenças de mérito fazem coisa julgada material, a solução adequada, dentro do sistema processual, foi enquadrá-las entre as sentenças de mérito.

Não existem razões dessa forma para acreditar que o legislador se equivocou ao enquadrar a sentença arbitral entre os títulos executivos judiciais. O legislador conferiu status equivalente a uma sentença judicial ao instituto da arbitragem.

O argumento utilizado de que haveria uma incompatibilidade com a figura do título executivo judicial pelo fato dos embargos à execução de sentença arbitral admitir.

Não houve errônea da parte do legislador ao tratar a sentença arbitral como título judicial. é perfeitamente coerente com o sistema de arbitragem implantado a partir da lei n.º 9.307/96, destinado a remover os óbices jurídicos presentes na regulamentação anterior do instituto, permitindo seu mais amplo desenvolvimento.

Podemos a partir dos comentários acima, concluir que um dos obstáculos à disseminação da arbitragem no Brasil era a exigência da decisão arbitral por parte do Judiciário; para afastar esse impedimento, o legislador equiparou a decisão arbitral à sentença judicial, o que, por uma questão de coerência, deve se apresentar caráter condenatório, ensejará naturalmente execução como se sentença judicial fosse, vale dizer, execução por título judicial; o enquadramento da sentença arbitral como título judicial (art. 584, III, CPC) não torna, por si só, jurisdicional; a conclusão sobre a natureza jurídica da arbitragem depende, naturalmente, de premissas conceituais, o que, todavia, não interfere na possibilidade de o legislador atribuir-lhe efeitos equivalentes aos da sentença judicial; ademais, o fato de a sentença arbitral ser considerada título executivo judicial acarreta como consequência que os embargos à execução nela fundada terão limite cognitivo as matérias do art. 741, CPC (mais o caso de nulidade da sentença arbitral - art. 33, § 3º, da lei 9.307/96), o que é perfeitamente adequado se pensarmos que o conflito já foi decidido através de um processo, com garantias mínimas e com força de coisa julgada material.

Enfim, o próprio sistema de arbitragem, adotado entre nós a partir da vigência da Lei n° 9.307/96, que implica configurar a sentença arbitral como título executivo judicial. Esse novo sistema encontra-se em vigor, exigindo de todas as pessoas reflexões sobre ideias e conceitos já consagradas.

3.1 SENTENÇA ARBITRAL

A decisão escrita dos árbitros, por assim chamar de sentença arbitral, produz o mesmo efeito, entre as partes litigantes, da sentença judicial.

Salvo determinado prazo diferente pelas partes na comunicação arbitral, o tempo que leva para ser lavrada a sentença arbitral é de seis meses.

A controvérsia sobre os direitos disponíveis representa o objeto da decisão arbitral, no caso de ocorrer um impasse relacionado com a existência, ou não, de direitos indisponíveis que possa exercer influência na decisão arbitral, a matéria será devidamente encaminhada para decisão do Poder Judiciário, ficando o procedimento suspenso até o julgamento definitivo da questão.

Tenha-se presente, entretanto, que os árbitros deverão ater-se, primeiramente, ao que dispuser a convenção dos interessados, a qual contém as normas a serem seguidas.

É necessário que seja enviada às partes por via postal ou por outro meio de comunicação Aviso de Recebimento (AR) que comprove recebimento, a cópia da sentença arbitral, fazendo-se primordial que este comprovante fique em poder do(s) árbitro(s), para que fique evidente que as partes foram informadas do conteúdo da decisão.

A partir da comunicação da sentença arbitral, inicia-se o prazo de cinco dias para que a parte interessada solicite ao árbitro ou ao tribunal arbitral possíveis correções de erros materiais e esclarecimento sobre dúvida, da decisão. Essa solicitação deverá ser decidida no prazo de dez dias, promovendo-se, se for o caso, as alterações e aditamentos necessários; sempre com amplo conhecimento das partes (art. 30).

3.2 SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

A sentença arbitral estrangeira é conceituada pela lei de arbitragem como sendo aquela proferida fora do território nacional.

No período anterior a essa lei, era exigido que a homologação desta da sentença arbitral estrangeira fosse feita pelo órgão judiciário competente estabelecido no país em que a mesma tenha sido proferida, para então ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Pela lei atual, para que essa mesma sentença seja reconhecida ou executada no Brasil, basta, unicamente, que a homologação seja requerida pela parte interessada, nos moldes do art. 282 do mesmo Código processual, devendo ser instruída conforme art. 37 da lei de arbitragem.

As situações em que poderá ser negada a homologação são citadas nos arts. 38 e art. 39.

3.3 PRINCIPIOS QUE REGEM A ARBITRAGEM BRASILEIRA: entraves e avanços

Há muito tempo que os homens se vêm diante da necessidade de uma ordem vigente capaz de regularizar as normas de conduta sociais. Uma vez que, os limites impostos por essas normas venham a ser infringidos, faz-se necessária a presença de um órgão competente a fim de lidar com esses problemas. O poder judiciário surge como grande detentor dessa responsabilidade e o juiz torna-se figura indispensável no quadro social.

René David relata que na China do Séc. VII, o imperador, no exercício de suas funções, expediu o seguinte decreto:

Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração de tal forma que se desgostem tanto da ideia do direito quanto se apavorem da perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente. O que ocorreria se inexistisse o temor de ir aos tribunais? O que ocorreria se os homens concebesssem a falsa ideia de terem a sua disposição uma Justiça acessível e rápida? O que ocorreria se pensasse que os juízes são sérios e competentes? Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade³³.

O Estado sempre foi o principal mantenedor da ordem, uma vez que os diversos conflitos, inclusive os de natureza particulares, só se resolviam através de sua

³³ *Apud* FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

intervenção. Contudo, devido à imensa demanda de casos a serem resolvidos e a falta de eficiência das organizações sociais modernas torna-se inevitável à procura por alternativas mais eficazes.

Os métodos alternativos de solução de conflitos vêm adquirindo prestígio cada vez maior no mundo contemporâneo, sobretudo nas últimas duas décadas, como instrumentos hábeis a atingirem os objetivos para os quais têm sido idealizados pela ciência jurídica. Esses métodos tendem a descongestionar os tribunais tradicionais e solucionar conflitos jurídicos no menor tempo possível (FIGUEIRA JÚNIOR, 1997).

Uma brilhante forma encontrada pelos especialistas para acessar a justiça³⁴ e colocá-la ao alcance das partes, é a utilização da arbitragem como método eficiente na redução da demanda de litígios no Poder Judiciário. Este recurso permite de forma mais rápida do que a jurisdição estatal tradicional, a obtenção de êxito na dissolução dos conflitos acerca dos direitos patrimoniais disponíveis.

A ideia central da arbitragem circula em torno da conciliação. O fundamento principal de uma ação elaborada nesses moldes é que, entre ambas as partes, exista um consenso quanto à resolução do conflito. Na maioria das vezes, os litigantes se dão por satisfeitos com a decisão tomada pelo(s) arbitro(s) e desistem de remeter a lide aos tribunais. Outro fator determinante que favorece a adesão desse sistema é a garantia que o litigante terá de possuir os mesmos tratamentos que a outra parte (CAPPELLETTI, 1988).

Especialmente nos contratos econômicos e no mundo comercial, o recurso à arbitragem é progressivamente encarado não mais como um meio a que lançar mão quando da existência de relações controvertidas, mas sim como o meio por excelência de resolução de litígios. E, tanto assim, é que se verifica uma sempre crescente frequência da inclusão nos próprios textos dos contratos de cláusulas compromissórias de recurso à arbitragem em caso de eventuais divergências .

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. A expressão acesso à justiça possui 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 individuais e socialmente justos.

Preservadas as garantias da ampla defesa e do contraditório, a rapidez na solução do conflito é a primeira vantagem da arbitragem, que se diferencia da notória morosidade da justiça estatal, comprometedora de sua eficácia.

Outro aspecto relevante é o sigilo, que se opõe à justiça convencional, onde qualquer cidadão pode ter acesso aos detalhes do litígio, muitas vezes levando as partes ao constrangimento da publicidade em determinados processos judiciais (CAPPELLETTI, 1988).

O maior ônus imposto pela justiça estatal tem sido justamente o demasiado tempo de duração das ações judiciais, e é aí que surge mais um ponto favorável para a arbitragem, uma vez que da sua opção resulta custos menores, especialmente em função do prazo para definição do litígio, estabelecido pela lei (CAPPELLETTI, 1988).

Contudo, o centro da questão reside na busca desses mecanismos que sejam hábeis a satisfazer a pretensão dos jurisdicionados e, num segundo plano, na aceitação dos novos instrumentos, das novas técnicas para a obtenção de resultados substancialmente efetivos.

Não basta para o jurisdicionado envolvido numa lide judicial que o Estado diga o direito; torna-se totalmente necessário que esse direito seja conferido materialmente a quem tem razão, isto é, que a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais. Para tanto, imprescindível se faz, que o acesso à justiça como meios diversos de pacificação de conflitos, seja amplo e irrestrito, assim como a ordem jurídica oferecida deve necessariamente ser justa, capaz de oferecer mecanismos hábeis à consecução rápida, segura e justa de uma pretensão resistida ou insatisfeita.

Ocorre que, para que se alcance o acesso à ordem jurídica em toda a sua plenitude, dentre outros fatores, é imprescindível que se estabeleça uma conscientização coletiva, capaz de formar e aprimorar sócio-culturalmente, politicamente e juridicamente, os consumidores do direito. Como consequência desse fenômeno da conscientização coletiva, um dos efeitos reflexos mais perceptíveis vem a ser o aumento da procura da tutela jurisdicional para a solução dos conflitos intersubjetivos não resolvidos consensualmente (CAPPELLETTI, 1988).

Ao contrário do que se imaginam os jurisdicionados não são os únicos interessados na rápida solução do litígio. Numa outra intensidade e em nível

diferenciado, ao Estado interessa também proporcionar essa tutela com agilidade, presteza, rapidez e efetividade, porquanto lhe é imprescindível à manutenção do equilíbrio das relações fáticas e jurídicas, sob pena de correr o risco indesejável de originar-se um clima de instabilidade tal que possa vir a representar, em último estágio, até mesmo uma convulsão sócio-política.

Por isso, não basta apenas a previsão normativa constitucional e principiológica do acesso à Justiça; faz-se necessário a existência de mecanismos geradores da efetivação dos direitos subjetivos, cuja 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 (CAPPELLETTI, 1988).

No contexto da justa composição do litígio encontra-se o requisito temporal consubstanciado na rapidez da prestação da tutela jurisdicional, e como expectativa no plano subjetivo de ambos os litigantes, à medida que o autor deseja obter êxito em sua pretensão no menor espaço de tempo possível, e, por outro lado objetiva o réu, via de regra, livrar-se daquela situação incômoda de sujeito passivo na demanda.

Está evidente na relação tempo *versus* rapidez que o jurisdicionado defronta-se com o maior obstáculo à obtenção de suas pretensões, porquanto seja esse talvez o principal ponto de estrangulamento do Poder Judiciário brasileiro. Todavia, não se trata de um fenômeno encontrado só no Brasil, mas em muitos outros países, inclusive nos do chamado primeiro mundo.

A justiça do processo consiste em assegurar para todos os sujeitos a possibilidade de recorrerem à tutela jurisdicional e de exercerem de modo livre e completo o direito de defesa, diante de um juiz natural, independente e imparcial, comportando desta forma, a garantia de independência e autonomia da magistratura; a garantia de exercício da ação civil a todos os cidadãos, retirando eventuais obstáculos de caráter econômico, que limitem ou impeçam o livre exercício desta ação e o exercício do direito de defesa, além do mais pleno exercício do contraditório (CAPPELLETTI, 1988).

Contudo, a atual conjuntura do sistema judiciário não atende às necessidades de seus usuários e aplicadores do direito, como também não atende a demanda de justiça dos cidadãos consumidores do direito.

Porém, é inegável a constatação da procura cada vez maior ao Judiciário pelas pessoas das mais diversas classes sociais, com o intuito de solucionarem os seus conflitos. Isso demonstra, de maneira decisiva, amadurecimento e conscientização quanto à existência dos seus direitos e à necessidade de vê-los sanados pela atuação concreta e efetiva do Estado-juiz, contra qualquer lesão ou ameaça a direito, numa de cidadania, além de representar confiança no poder legalmente constituído.

Em contrapartida, diante da carência de estrutura material, instrumental, tecnológica e pessoal, na qual se encontra inserido o nosso poder judiciário, inegável que se verifica um comprometimento parcial do direito ao amplo acesso aos tribunais e à ordem jurídica justa.

Inúmeros são os obstáculos que impedem o bom funcionamento do serviço judiciário. A ausência de agilidade na resolução dos processos, por exemplo, é sem dúvida um dos maiores entraves do campo jurídico. Toda a burocracia e complexidade existentes no ramo dificultam uma ação rápida e direta.

Em “Notas sobre a Garantia Constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou a inafastabilidade do poder judiciário”, Didier Júnior (2002) inicia seu artigo sobre Doutrina Nacional citando o que prescreve o inciso XXXV do art 5º da CF do Brasil, dizendo que: “a Lei não excluirá da apreciação do poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão A direito”, explicando que trata-se de um dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao poder judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que estando proibida a autotutela privada, assumiu o estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um Direito, estabelece-se um dever – que é o do Estado; prestar a jurisdição.

O autor enfatiza que, a ação e a jurisdição são institutos que nasceram um para o outro, pois, citando Moreira (1980, p.21) “desde que o Estado assumiu a justiça, assumiu para com os cidadãos o grave compromisso de tornar realidade a disciplina das relações intersubjetivas previstas nas normas por ele editadas”. Complementando com a afirmação de Fagundes (Rev. Forense, 173/109), “se tornam intoleráveis às vias oblíquas, de que se queira valer o Congresso para subtrair certas controvérsias à análise e dirimção judicial.”

Didier Júnior (2002) busca delimitar a abrangência do seu foco de estudo, tendo em vista tratar-se de um assunto abrangente, e diz que quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou de ameaça de lesão quer referir-se na verdade, à impossibilidade de exclusão de lesão ou de ameaça, tendo em vista o direito de ação existir independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; trata-se do direito abstrato.

Para o autor, esse princípio não atinge somente o legislativo, impedido de suprimir ou restringir o direito à apreciação jurisdicional, pois, segundo Aragão (1999, p. 202), “se a lei não pode nenhum ato ou autoridade de menor hierarquia poderá [...]”. Sendo assim, considera Didier Júnior em suas “notas” que é incoerente a concepção de um direito de ação condicionado apenas se justifica para aqueles que o entendam como direito a um provimento sobre o mérito, e a jurisdição, com a prestação jurisdicional que compoñha a lide. Então, afirma o autor que não concorda ou segue esta linha de raciocínio, pois para ele a sentença que declara inadmissível o exame do mérito (visão processual) é tão sentença quanta aquela que declara inexistente o direito material invocado.

Ressalva a situação de arbitragem, na qual os próprios contendores optam por retirar do poder Judiciário o poder de solucionar os conflitos que advenham de determinado negócio jurídico, e acrescenta que a Constituição é peremptória, cf. Watanabe (1980) não há matéria que possa ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, ressalvadas raríssimas exceções por ela mesma postas como a do processamento e julgamento de certas autoridades em certas hipóteses (art. 52, I e II, CF/88).

Considera ainda um abuso, tal desconsideração, evocando até uma arbitrariedade, ao analisar a fala de Calmon de Passos. Questiona, por fim, quem disse isso? Onde está escrito e como podemos chegar a essa conclusão? Acrescenta, portanto, que é falso afirmar que o processo só tenha por fim realizar o direito material; ele procura realizar o direito objetivo, material ou formal. Para ele, aceitar-se integralmente a doutrina de Liebman, ter-se-ia processo sem ação, muito embora não iniciado de ofício. Acrescenta, pois, citando a fala de São Paulo em Coríntios 3:6, dizendo que “a letra mata, mas o espírito vivifica”.

Lamenta Didier Júnior (2002) que houve época, em nosso passado recente, que se tentou excluir do exame do Poder Judiciário a apreciação dos atos

administrativos baseados nos atos institucionais do Golpe Militar de 1964, a exemplo do AI-5 de 1968, o qual estipulou em seu art. 11, esta exclusão, muito embora violasse a CF de 1967 (art.150, parágrafo 4º) pela EC 1/69, configurando-se para alguns como uma outra Constituição. Neste ponto, o autor evidencia a contradição as normas constitucionais de grau superior, que asseguravam os direitos e as garantias individuais, infringindo um direito supralegal positivado no texto constitucional, no qual se fundamenta, segundo Nelson Nery Júnior (1997, p. 90) o direito de ação.

O autor afirma em sua reflexão que a Constituição passada permitia que se impusesse o esgotamento obrigatório das instâncias administrativas antes do ingresso no Judiciário – art. 153, § 4º, da CF/69, que funcionava como uma espécie de condição de procedibilidade, com a redação da EC 7/77, na qual consta que “a lei não poderá excluir da apreciação do poder Judiciário qualquer lesão do direito individual”. Surge, o que o autor considera uma grande evolução, ou seja, constitucionalização da tutela preventiva ou de urgência, ou ainda a tutela contra o perigo. Sendo assim, afirma Didier Júnior (2002) o direito de ação pertence a todos quantos aleguem ter sido lesados em seus direitos ou que estejam em vias de, incluindo os indivíduos e as pessoas jurídicas e as entidades despersonalizadas, a exemplo do Procon, etc., todos tem o direito de formular pretensão perante o poder judiciário.

Didier Júnior (2002) continua sua explanação dizendo que o princípio da inafastabilidade garante uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material, subproduto do princípio da tutela jurisdicional; princípio que pode ser visualizado em dois momentos: a) o pré-jurídico e b) o processual.

Em suma, acrescenta Didier Júnior (2002) que para o cidadão obter aquilo que tem direito, precisa submeter-se a uma série de medidas estabelecidas pelo legislador, ou seja, não de estar previstas expressamente, pois a previsibilidade e a anterioridade do procedimento é que conferem à decisão judicial dos penhores de legalidade e legitimidade, sendo dele segundo Dinamarco (1980) requisitos inafastáveis.

Considera o autor como uma grande evolução, a proliferação das cautelares satisfativas, que são medidas urgentes de mérito concedidas mediante o

procedimento cautelar, sendo uma adequação à uma situação de urgência e uma resposta da comunidade jurídica à ausência legislativa de uma medida adequada à tutela dos direitos em estado de periclitção. Sendo assim, através do controle jurisdicional das decisões administrativas, da constitucionalidade de exigência de conciliação prévia para a instauração do processo trabalhista e da arbitragem compulsória por força de lei, se consegue compreender os problemas que incidem sobre a garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Dias (2001) ao levantar a problemática acerca da demora da prestação jurisdicional, evoca as seguintes questões: a duração do processo como índice de eficiência ou não do serviço judiciário; da inviabilidade da rígida fixação de “prazos razoáveis”; dos dados comparativos sobre a duração de diversos países; das principais causas da lentidão do processo judicial brasileiro, levantando fatores de ordem institucional, de ordem técnica e de ordem material e humana; e, propostas para a minoração do problema.

Quanto à morosidade da justiça, Dias (2001) considera que se constitui num dos pontos mais importantes da crise, em vigência em 2001, centrada no controle externo ou não do Poder Judiciário, dada a sua morosidade. Para o autor, o desempenho na administração da justiça do país encontra-se muito aquém de atender às expectativas e aos anseios sociais. Acrescenta que para José Rogério Cruz e Tucci, vulnera a garantia do devido processo legal. Desprestigia os tribunais. [...] perpetua a angústia e produz enorme prejuízo, material e moral, àqueles que protagonizam o combate judiciário.

Para Dias (2001), a duração do processo é utilizada como índice de eficiência ou não para aferir a eficiência do serviço judiciário, tornando-se um problema, porém, acrescenta o autor citando Dínio Garcia (1966, p. 154) que “poderia parecer que a melhor justiça seria a que decidisse a causa de imediato, assim que formulada a queixa pela parte lesada”. Porém, assegura o autor a impossibilidade desta ocorrência, haja vista a necessidade de, no direito processual, preservar-se o princípio da bilateralidade da audiência, um dos pilares da justiça organizada, com exceção dos casos em que a oitiva prévia do demandado possa tornar ineficaz a atividade judicial.

Sendo assim, afirma o autor, que não basta a oitiva do demandado, pois é rigor que ambas as partes possam demonstrar os fatos por elas invocados, assim como entre as partes existem aqueles interessados em recorrer pelo menos a uma segunda

instância, e isto constitui-se em atos que demandam tempo, mesmo que existam prazos fixados para a realização dos atos, quase nunca são respeitados, seja pela saturação dos órgãos judiciais, seja por razões outras.

Quanto a inviabilidade da rígida fixação de “prazos razoáveis”, Dias (2001) considera ser um direito de todos à tempestividade da tutela jurisdicional, sendo assim, evoca o conceito de prazo razoável, que foi adotado pela Convenção Europeia para Salvar os Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais, em 1950, e que prescreve em seu art. 1, que “toda pessoa tem direito a que sua causa seja examinada equitativamente e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida”.

No Brasil, segundo o autor, têm-se entendido impossível a fixação apriorística de uma regra específica do que venha a ser prazos razoáveis, razão pela qual a Corte Europeia dos Direitos Humanos estabeleceu três critérios, segundo as circunstâncias de cada caso concreto, que devem ser considerados para o seu estabelecimento: a) a complexidade do problema; b) o comportamento das partes e de seus procuradores, no processo civil, ou da acusação e da defesa no processo penal; e, c) a atuação do órgão judiciante.

Quanto aos dados comparativos sobre a duração de diversos países, Dias (2001) considera que diante da indeterminabilidade, por impossível, do conceito de prazo razoável, torna-se difícil aferir uma eficácia ao trabalho da justiça, como um todo, mostrando-se aplicável, somente, aos casos concretos. Diante do exposto, o autor, julga oportuno fazer a comparação com os processos de outros países de cultura jurídica análoga.

Sendo assim, mostra e compara os quantitativos de estudos desenvolvidos na Itália, na França, na Alemanha, no Cantão de Zurique, onde foram encontrados os melhores resultados, e no Brasil, especificamente no estado de São Paulo, aonde o Departamento de Informática do Tribunal de Justiça, no ano de 1989, em conjunto com o Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, através de um trabalho conduzido por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Wanatabe, calculou segundo a mesma fórmula aplicada pelos italianos, a duração média de 677 dias de nossos processos civis e 488 dias de nossos feitos criminais.

Neste comparativo, chegou-se à conclusão que, no tocante ao andamento dos processos, São Paulo é mais célere que na Itália, ficando evidente que as justiças francesa e alemã, se destacaram por resolver seus processos em um prazo médio de seis meses.

As principais causas da lentidão do processo judicial brasileiro podem ser atribuídas à intempestividade da tutela jurisdicional no Brasil, que evidenciam três fatores distintos: os de ordem institucional, os de ordem técnica e os de ordem material e humana. Quanto aos primeiros: de ordem institucional, segundo o autor, é o resultado do inescandível desequilíbrio de forças existente entre os poderes constituídos da República. Dias, Pontua ainda Zafaroni ao dizer que existe uma má vontade para a democratização deste ramo do Estado. Outrossim, acrescenta o autor, é fato constatável que todas as instituições proclamam a independência do poder judiciário, mas nenhum governo se dispôs seriamente a concretizá-la.

Para Carlos Alberto Oliveira citado por Dias, não raro, “para esses litígios criaram-se, simplesmente, procedimentos especialíssimos, [...] gerando-se com isso, dupla desigualdade: desigualdade de procedimento e desigualdade no procedimento (DIAS, 2001).

Quanto aos fatores de ordem técnica, Dias assinala o excesso de formalidades nos procedimentos judiciais como importante obstáculo ao bom funcionamento da justiça e, na opinião de 90,2% deles, a redução de tais formalidades é imperativa para a agilização dos processos. Acrescenta Dias, citando Sálvio de Figueiredo Teixeira, Carlos Mário Velloso e José Rogério Cruz e Tucci, que seja corrigido tal equívoco, atribuindo-se como regra, exequibilidade provisória à sentença do juízo singular, tal como ocorre na sistemática processual italiana.

Assim, acrescenta o autor, salvo as exceções previstas na lei, a parte apelante que pretendesse emprestar efeito suspensivo a seu recurso haveria de postulá-la junto ao órgão jurisdicional superior, através de ação cautelar, como ocorre v.g., com o recurso especial junto ao STJ, que tem sido criterioso no deferimento de tais pretensões.

Ademais, as apelações é o que não faltam como recursos dos operadores do direito brasileiro, desta maneira no processo civil não faltam, segundo Dias (2001): a) das decisões interlocutórias cabem agravo – retido ou por instrumento, além de

embargos declaratórios; b) da sentença [...] dão margem a apelação para o grau superior de jurisdição; c) a parte que não apelou pode manejar recurso adesivo; d) julgada a apelação(ões), cabem embargos declaratórios do acórdão; e, se o acórdão resultar de decisão não unânime, por maioria de votos, cabem embargos infringentes; f) se a decisão divergir de outras do mesmo tribunal, cabe ao pedido de uniformização de jurisprudência. Existem ainda os embargos infringentes, embargos de divergência, agravo regimentais de decisões e recurso ordinário ou extraordinário, por conta disso, acrescenta o autor, é que se arrasta por anos e até por décadas, um processo judicial no Brasil.

Quanto aos fatores de ordem material e humana, Dias (2001) afirma existir um verdadeiro abismo entre a legislação codificada e a realidade do serviço judiciário, desta forma amplia-se o problema da demora na prestação jurisdicional ultrapassa os limites da ciência processual para avançar sobre o terreno da organização judiciária e da administração pública. O autor evidencia a necessidade de equipamentos e instalações, assim como juízes e auxiliares que lhes deem vida. O grande sacrificado por essa discriminação contra a primeira instância, motivada, sobretudo pela acomodação ou indiferença das cúpulas judiciárias, é o povo, afirma Dalmo de Abreu Dallari, em nome de quem o Poder Judiciário decide e é quem paga a despesa para instalação e manutenção dos serviços judiciais. Dias apresenta um exemplo do Rio Grande do Sul, que carece de prédios funcionais para o trabalho judiciários, do incipiente uso da informática, e da obsolescência dos demais equipamentos.

O autor faz um demonstrativo da desproporção de juízes para cada grupo de jurisdicionados: na Alemanha, há um juiz para cada grupo de 3 mil jurisdicionados; na Argentina, há um juiz para cada grupo de 17.000 e, no Brasil, há um juiz para cada grupo de 29.000 jurisdicionados, porém, há comarca no país que apresentam uma relação de um juiz para cada cinquenta mil habitantes. Como evidências da deterioração subjetiva, o autor, fala da falta de estímulo à criatividade, acrescentados à reprodução dos valores ideológicos dominantes ao longo do tempo introjetados nas estruturas mentais do juiz (DIAS, 2001).

Quanto às propostas para a minoração do problema, Dias (2001) apresenta duas, conforme a saber: a primeira, versa sobre a necessidade de mudança de mentalidade dos operadores do direito, pois segundo o autor, existe um grande mito acerca da neutralidade do juiz, e acrescenta que, a revisão de determinados

conceitos, conduziria à compreensão de que o processo é um mero instrumento da realização de direitos materiais, e que por trás dos invariavelmente volumosos cadernos que o veiculam há dramas essencialmente humanos à espera de soluções igualmente humanas; a segunda proposta, consta da aplicação, na estrutura judiciária, de conceitos empresariais de qualidade do serviço.

O Programa dos Cinco “S”, os quais contemplam o senso de utilização, senso de ordenação, senso de limpeza, senso de saúde e senso de autodisciplina. Fatores diferenciais do Programa cinco “S”, que contribuiria segundo o autor para a melhoria dos serviços judiciários, que na esteira dos experimentos do autor, é um programa que teria fácil aceitação por parte dos envolvidos, caracterizam-se como um programa participativo e não requer praticamente nenhum investimento de ordem pecuniária, centrado fundamentalmente na questão comportamental humana.

Concluindo sua análise acerca dos princípios arbitrais, Dias (2001), enfatiza que diversas são as causas da lentidão dos processos judiciais, mas dentre elas destacam-se, em sua gênese, fatores de ordem instrumental, de ordem técnica e de ordem material e humana, diante destes fatores encontra-se o forte desequilíbrio das forças econômicas e estatais da América Latina.

Porém, acrescenta o autor, há uma luz no final do túnel, ou seja, se dispostos, os operadores do direito promoverão em si mesmos um saneamento mental, pois, a minoração começa, no entanto, finaliza o autor, dentro de cada um de nós.

Verificou-se no âmbito desta pesquisa que mesmo com todas as reformas que vêm sendo feitas nos últimos anos, como por exemplo, o remanejamento de pessoal e aumento do número de juízes; o problema do acesso mais célere ao judiciário não será sanado enquanto existir a delonga dos ritos processuais, que serve apenas para colaborar com a ineficiência e lentidão da tutela jurisdicional.

Outro fator que contribui para a ineficiência da jurisdição estatal figura-se no alto nível de formalismo de todos os atos que integram o sistema e os procedimentos engessados, contidos nos nossos códigos, fazem com que o processo perca seu objetivo, que seria o de conhecer a verdade dos fatos e determinar, em função disso, os direitos que cada uma das partes em litígio possui, afastando qualquer medida proletória ou conduta intolerável.

O aumento no número de cartórios, as modificações nos códigos processuais, a redistribuição de competências por matéria, a informatização da justiça, dentre outros, não conseguiram impor melhoria no sistema, visto que, ainda é grande o número de processos que aguardam distribuição e apreciação dos juízes.

Também o alto custo que requer uma ação judicial, mostra-se como uma dificuldade de acesso à justiça. Manter um processo em andamento chega a custar, algumas vezes, muito mais do que o ganho que um veredicto favorável possa trazer ao litigante.

A procura é por um método útil e de fácil controle, que permita solucionar conflitos jurídicos no menor tempo possível e com a maior eficiência, além de requerer o menor custo possível ao litigante. Sendo assim, não basta a oportunidade e conveniência da nova Lei de Arbitragem, é preciso adquirir uma visão realista, prática e dinâmica, onde a realização do homem é o principal objetivo; tornando-se essencial uma mudança de paradigma por parte do operador do direito.

3.4 O NOVO CPC E A ARBITRAGEM

Sandoval (2016)³⁵ num editorial publicado na *home page* Migalhas de Peso, destaca enfaticamente que:

O novo CPC formalizou a arbitragem como jurisdição no Direito Brasileiro. A nova norma foi inserida no §1º do artigo 3º do Novo Código. Como é conhecido e notório, este instituto já é regulamentado por lei própria, a lei 9.307/96 com as atualizações trazidas pela lei 13.129/15, mas subsidiariamente se submete as Normas do Novo CPC, a partir da data da sua entrada em vigor. Nem por isso, ao Poder Judiciário, através de seus membros, é autorizado a discussão quanto ao mérito das decisões arbitrais. Tratam-se de jurisdições paralelas, ambas reconhecidas constitucionalmente: a jurisdição estatal, que é regulada pelas normas processuais civis, e a jurisdição arbitral, que é regulada por lei extravagante (SANDOVAL, 2016, s/p).

³⁵ SANDOVAL, Ana Flávia Magno. A cláusula arbitral e as normas do novo CPC. In Migalhas. 2 de março de 2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>. Acesso em 25 de agosto d 2017.

Neves (2016), já citado nesta pesquisa, observa que o Novo Código de Processo Civil é claro em seus artigos 3º e 42, a saber:

Art. 3º

Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No artigo 43, observe-se que o disposto ratifica o anteriormente citado:

Art. 42 As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Vale ressaltar que este último artigo, substituiu o art. 86 do CPC de 1973. Bueno (2015)³⁶ esclarece com bastante propriedade que:

O art. 42, que abre o Título III, prescreve competir aos órgãos jurisdicionais processar e decidir as causas cíveis nos limites de sua competência. Ressalva expressamente a possibilidade de as partes instituírem o juízo arbitral 'na forma da lei', que é, por ora, a Lei n. 9.307/96.”.

Sandoval (2016), citada anteriormente, contribui para esse esclarecimento ao dizer que a harmonização entre ambas as jurisdições, nos termos do Novo CPC, se dá através de um novo instituto inserido no Novo CPC, que é a Carta Arbitral. Para a Advogada é:

Através deste instrumento jurídico é que formalmente se darão os pedidos de cooperação entre os juízes e árbitros. Este instrumento vem previsto no artigo 237, do Novo CPC. Importante salientar que este instrumento jurídico não autoriza a juízes e desembargadores a revisão do mérito das decisões proferidas no âmbito arbitral. Os atos de cooperação se limitam as determinações e prática de atos definidos em arbitragem (SANDOVAL, 2016, s/p).

Contribui para esta pesquisa, a mesma autora, ao explicar que:

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella – **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69

Uma das grandes novidades trazidas pelo Novo CPC é a regulamentação da alegação pelo réu, da existência de convenção de arbitragem. Primeiramente, cumpre esclarecer que convenção de arbitragem é um fato jurídico que órgão jurisdicional não pode conhecer de ofício. Ou seja, é necessário e requisito a interpelação de uma das partes para que o juiz se manifeste a esse respeito. Ao réu, cabe a alegação da existência de convenção de arbitragem, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos. E caso não o faça, o seu silêncio será considerado como aceitação da jurisdição estatal e conseqüentemente, renúncia ao juízo arbitral.

O artigo 485 do Novo CPC que substituiu o art. 276 do antigo Código, corrobora com essa reflexão ao dispor que:

Art. 485 O juiz não resolverá o mérito quando:

[...]

VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência; [...]

Nesse sentido, depreende-se que essa cláusula arbitral é uma cláusula negocial firmada por pessoas capazes, que contempla direitos disponíveis. Nesse caso, se um dos entes desobedecer com o contratado e ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, compete ao outro entre reclamar o descumprimento contratual, evidenciando ao juiz, a existência da convenção de arbitragem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após se percorrer de modo evolutivo as mudanças que visam a celeridade do processo, no Brasil, percebeu-se que tais ações, ainda que tenham ocorrido sutis mudanças com o advento de novas Leis e do acesso às Novas Tecnologias da Informação e Comunicação, o tempo razoável do processo ainda é longo, não raro, esbarrando naquilo que pode ser denominado como o “carrancismo” da práxis jurisdicional.

Como recomendações, muito embora não se tenha aqui trabalhado, podem ser elencados alguns princípios que, se postos em prática, decerto contribuiriam para que houvesse uma maior dinâmica no tempo de tramitação do processo, são eles: a) O Princípio da oralidade: que busca a existência de um maior contato entre julgador e as partes, seja por intermédio dos Procuradores, seja pela manifestação autônoma das partes; b) O Princípio da economia processual/informalidade dos atos processuais, o qual se assemelha ao princípio da celeridade, de modo mais informal busca o melhor aproveitamento da lei em um ato processual. c) O Princípio da concentração e da imediatidade, onde esse subprincípio pode contemplar outros dois princípios, exteriorizando a interdependência entre o princípio da oralidade e o da concentração, estabelecendo uma regulamentação para as provas que deverão ser apresentadas na própria audiência, promovendo maior celeridade nas ações em curso. d) O Princípio da irrecurribilidade das decisões interlocutórias que visa promover a celeridade processual, aumentando a sua rapidez no trânsito, ao tempo em que desestimula a prática procrastinatória dos comentes agravos às decisões interlocutórias.

Destaca-se que, não raro, os próprios juízes deixam de orientar a sua práxis em conformidade com os princípios constitucionais que visam a tramitação dos processos com maior eficácia (em prol de um justo e equânime deslinde do feito) e eficiência (celeridade e técnica). Observa-se, que a prática de tais magistrados não se configura uma exceção do judiciário brasileiro. Eles respaldam aporias jurídicas devido a sua observância cega e, por isso, muitas vezes incoerente e discrepante dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, como se buscassem postergar a difícil, mas inafastável tarefa de julgar o caso concreto.

Existem, também, os (pseudo) cidadãos que utilizam-se da máquina pública desonrosamente, com vistas a obtenção de vantagens indevidas e, nestes casos, obstaculizam o fluxo natural do processo e, por conseguinte, a resolução da problemática.

De tudo o que se tem ouvido, dito e registrado, a suma é: faz-se necessário que a Carta Magna, como o Diploma Constitucional maior, seja verdadeiramente respeitada, sobretudo no tocante às normas e princípios. A Lei Maior existe para uniformizar procedimentos e garantir a igualdade formal entre as partes, bem como a garantia de um processo probo em que a prestação jurisdicional se dê de forma plena, útil e tempestiva, ou seja, enquanto o bem/*subjudice* ou direito discutido "ainda" existe em sua integralidade e a sua titularidade "ainda" interessa as partes litigantes.

Muito embora, algumas mudanças venham ocorrendo no tocante ao tempo razoável do Processo, ainda percebe-se a existência de uma grande lacuna entre a realidade e o desejável nessa relação, com vistas à preservação da dignidade da pessoa humana e a sua plena satisfação.

Em suma, a celeridade processual e o uso da arbitragem são elementos que se complementam e caminham na mesma direção. Pode-se perceber que se bem aplicada, a lei será capaz e eficaz de pacificar os conflitos comuns dos cidadãos.

Contudo, não se vislumbrou como isso pode ocorrer sem que haja ampla divulgação das possibilidades do célere procedimento e do baixo custo do juízo arbitral. Como forma de minimizar a questão, a estratégia pensada durante a fase de pesquisa, seria a implementação de uma ampla campanha institucional, tal como se faz para que as pessoas usem vacina, porque a justiça é tão essencial quanto à saúde.

No âmbito da justiça, pode-se ver que a realidade demonstra uma insatisfação generalizada com a ineficiência da solução jurisdicional estatal, o que tem levado cientistas e usuários do direito, a buscarem soluções, investindo em pesquisas e em meios alternativos de resolução de conflitos.

Entretanto, nenhum desses mecanismos alternativos tem a eficácia, a aceitação e a tradição da arbitragem, destinada a composição de litígios referente a direito patrimonial disponível, tendo como virtudes a informalidade, o sigilo, a celeridade, a possibilidade do julgamento por equidade e a especialização dos árbitros.

A nova lei de arbitragem mostra-se tímida e pouco conhecida no Brasil como solução de controvérsias, porém, de inegável sucesso nos países mais desenvolvidos. Os textos legais apresentam um formalismo exacerbado, e ineficaz, gerando uma demora na resolução dos conflitos na via judicial estatal, originando uma necessidade de vias alternativas de acesso à justiça.

Destarte, a realidade social vivida no Brasil não permite mais a operacionalização do modelo individualista das soluções judiciais existentes. Exigindo-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. Certamente, com o advento do Novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor há aproximadamente um ano, vislumbra-se uma luz para que a dinâmica do Judiciário assumira outra dimensão e que a celeridade processual passe a ser um fato real.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT v. 753, julho 1988. 87 ano. p. 12.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de Processo Civil**: processo de conhecimento, volume 1, 5. ed. Ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000
- BASSO, Maristela. Lei Nova Revitalizada a Arbitragem no Brasil como Método Alternativo-extrajudicial de Solução de conflitos de Interesses. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT v. 733, novembro 1996. 85º ano.
- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL, Lei nº 9.307, de 23 novembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em nov. de 2014.
- BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**. Monografia, Dissertação e Tese. São Paulo: Atlas, 2004.
- BUENO, Cassio Scarpinella – **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 69
- CAPPELLTTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, p. 82.
- CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei nº. 9.307/96. *In: Revista de Processo*, n. 99, jul./set. 2000, nota 1, p. 85.
- _____. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei n.º307/96 - 2. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 51.

DIAS, Rogério A. Correia. A Demora da prestação Jurisdicional. *In: Revista dos Tribunais*. Ano 90. Vol. 789. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, julho de 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a Garantia Constitucional do acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou a inafastabilidade do poder judiciário. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. Ano 27, outubro a dezembro de 2002. (Repro.108). p.20 a 31.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *et. al.* **Curso de Direito Processual Civil**. Execução. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13.ed. reescrita de acordo com o Novo CPC. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº 9.307 de 23.09.1996**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Manual da arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 78.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao Processo Civil**. Conceito e Princípios Gerais à luz do código revisto. Coimbra: Coimbra Editora Ltda., 1996. p. 113.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da Arbitragem Comentada: breves comentários à Lei 9.307/96 de 23-9-1986**. 2 ed. rev. e atual. -São Paulo: Saraiva, 1998.

GREBLER, Eduardo. Arbitragem nos Contratos Privados. *In: Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT v. 745, novembro 1997. 86º ano.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos. *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre: Síntese v. 1, n. 26, novembro/dezembro 2003. V ano.

HOFFMAN, Paulo. **Razoável Duração do Processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

KALICHSZTEIN, 2002, p. 183 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Impropriedade do Legislador? **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** - Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: conceito e pressupostos de validade. São Paulo: RT, 1998.

LEITE, Ida Regina Pereira. **Linhas Gerais da lei de Arbitragem**. Portal Egov.Ufsc, 2005. Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=792. Acesso em 16 agosto de 2017.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de Processo Civil Interpretado**. 6.ed. ver. e atual. Barueri-SP: Manole, 2002.

MAGALHÃES, 1997, p. 4 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Impropriedade do Legislador? **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** - Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MARINONI, Luiz Guilherme. Efetividade do Processo e Tutela Antecipatória, in MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). **O Processo Civil Contemporâneo**, Curitiba: Juruá, 1994.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. 7. ed. rev. e atual. com as leis 10.352/2001 e 10.358/2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. De acordo com a Lei 13.256 de 04.02.2016. 8. ed. Volume Único. Salvador: JusPodivum, 2016.

PUCCI, Adriana Noemi. A arbitragem nos países do Mercosul. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 738, abril 1997. 86 ano. p. 45.

_____. **A arbitragem Comercial nos países do Mercosul**. São Paulo: LTr, 1997.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Questões de direito público**. São Paulo: Saraiva, 1997
PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A Jurisdição como Elemento de Inclusão Social**. São Paulo: Manole Ltda, 2002.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do Instituto da Arbitragem. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 743, julho 1997. 86º ano.

ROCHA, José de Albuquerque. **A Lei de Arbitragem**. São Paulo: Malheiros, 1998.

ROSAS, Roberto. Arbitragem: Importância do seu Aperfeiçoamento. O Papel do Advogado. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. v. 746, dezembro 1997. 86 ano. p. 78.

_____. Arbitragem: Importância do seu Aperfeiçoamento. O Papel do Advogado. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT. v. 746, dezembro 1997. 86 ano. p. 80.

SANDOVAL, Ana Flávia Magno. A cláusula arbitral e as normas do novo CPC. In Migalhas. 2 de março de 2016. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234968,21048-A+clausula+arbitral+e+as+normas+do+novo+CPC>>. Acesso em 25 de agosto d 2017.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 2003.

SILVA, José Anchieta da. **Arbitragem dos contratos comerciais no Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In* **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 735/48, janeiro 1997. 86º ano. p. 29.

_____. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. *In* **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT v. 735/48, janeiro 1997. 86º ano. p. 46.

SÃO PAULO (Estado). **Decreto-lei 15.229** de 23 de novembro de 1945.

SOARES, Guido. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil – vicissitudes, *RT 641/30 apud* FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo do Conhecimento. 50. ed. Comemorativa. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**: Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário); Leis 10.444/2002; 10.358/2001 e 10.352/2001, 3. ed., rev., atual., ampl. da 2. ed. da obra *Breves Comentários à 2. fase da Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

ZAVASCKI, 1999, p. 90-91 *apud* ASSIS, Carlos Augusto de; TANAKA, Áurea Christine. Sentença Arbitral como Título Judicial: Impropriedade do Legislador? **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil** - Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, set./out. 1999, p. 20-21.