

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 03/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32532-a-arbitragem-como-forma-de-solu-o-de-conflitos-no-processo-civil-aspectos-pr-ticos-cr-ticos-e-te-ricos>

Autori: Carolina Amancio Togni Ballerini Silva, Júlio César Ballerini Silva

A arbitragem como forma de solução de conflitos no processo civil – aspectos práticos, críticos e teóricos.

**JÚLIO CÉSAR BALLERINI SILVA , CAROLINA AMANCIO TOGNI BALLERINI
SILVA,**

**A ARBITRAGEM COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS NO PROCESSO CIVIL – ASPECTOS
PRÁTICOS, CRÍTICOS E TEÓRICOS.**

PRÉVIAS NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Busca-se, com o presente trabalho uma análise acerca dos fatores que levaram à alteração do regime jurídico da arbitragem no direito brasileiro, ante o advento da Lei nº 9.307/96 e o papel do instituto, com esta nova disciplina, na busca pela efetividade do processo, observando se o mesmo será, ou não, útil na solução do problema apontado como crise do Poder Judiciário, sendo certo que, intimamente ligado a tal questionamento se acha aquele referente à própria constitucionalidade do novo regime jurídico, posto que, como sabido, são apontados alguns óbices à plena aplicação da nova lei, e, caso tais óbices pudessem ser considerados como inconstitucionalidades, pelo óbvio, haveria a perda da aplicabilidade prática das novas normas, eis que se teria como possível o retorno da questão aos Tribunais, acabando com a principal vantagem do instituto que seria a celeridade decorrente da possibilidade de não se remeter o litígio ao exacerbado e esgotado sistema judicial estatal.

Serão, portanto, confrontados princípios processuais clássicos, de índole constitucional, tais como o princípio do contraditório, o do duplo grau de jurisdição, o devido processo legal, a publicidade dos atos processuais e a proibição dos Tribunais de exceção (princípio do juiz natural), com orientações trazidas pela nova Lei de Arbitragem, tais como a restrição da possibilidade de revisão da sentença arbitral, a privacidade dos atos procedimentais arbitrais, a livre escolha da lei a ser aplicada, inclusive no que tange a procedimento perante o juízo ou tribunal arbitral, dentre outras devidamente destacadas na introdução do presente trabalho.

Qualquer questionamento que se faça, no mundo do Direito, em tempos modernos, a respeito do modelo de arbitragem será de grande relevância, por se cuidar de tema em voga, tanto na mídia, em face dos problemas de morosidade do Poder Judiciário,

constantemente alardeados nos meios de comunicação de massa, quanto no meio acadêmico jurídico, em face da preocupação com a efetividade do próprio ordenamento jurídico.

Isso porque o paradigma jurídico vigente, em sua acepção mais formal, esgotou-se, tal como preconizado por José Eduardo Faria¹. E tal se deveu ao fenômeno da globalização, que, com a evolução tecnológica uniu o mundo, o que ocorreu em velocidade recorde, fazendo com que o número de negociações, transações e contratações também crescesse com a mesma velocidade.

Basta que se verifique que, com o acesso a um meio de comunicação rápido e acessível (por exemplo, como a internet), um número cada vez maior de pessoas passou a interagir, em escala global, fazendo com que, dessas interações, um grande número de situações jurídicas (seja lícitas, seja ilícitas) surgisse.

E, na mesma proporção, também cresceu o número de demandas judiciais (fato mais do que público e notório). Basta, aliás, que se verifique que o Código Civil de 1.916 (o chamado Código Bevilácqua que regrou a vida privada no Brasil por décadas em período relativamente recente) falava em contratações por correspondência (obviamente de índole postal), o que acaba por perder o sentido num mundo em que grande parte das pessoas já se comunica por telefones, inclusive celulares, e-mail, ou utiliza a linguagem *www* (fenômeno recente vez que tal linguagem surgiu na Suíça, em meados de 1.991 – contando, atualmente, com pouco mais de dez anos).

Mas, a par disso, outros fatores, até de índole histórica, às mais das vezes relacionados a problemas econômicos e políticos, contribuíram para o aumento do número de demandas judiciais.

¹ FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, Brasil, 2.001, p. 39.

Conforme adverte Boaventura de Souza Santos², com o fim da Segunda Guerra Mundial, no chamado “Mundo pós-guerra”, grupos sem tradição de uma ação coletiva mais eficaz e de confrontação, como os estudantes, os negros, as mulheres (recém chegadas, de forma efetiva, no mercado de trabalho, ocupando postos de serviços dos homens em guerra) e setores da pequena burguesia, passaram a se organizar e a buscar uma redefinição do imaginário político e social, sobretudo, no que tange ao reconhecimento da igualdade de direitos.

A par disso, o acesso mais fácil, e relativamente mais barato, às informações (primeiro com o rádio, depois com a televisão e, atualmente, com a internet), propiciou, e vem propiciando, o desenvolvimento da educação, o que, obviamente, contribui para a formação de uma consciência mais crítica, mais apurada, e, com isso, um número cada vez maior de jurisdicionados passou a ter uma melhor compreensão de seus direitos, desmistificando as formas de como obter uma melhor prestação dos serviços judiciais.

E tal fenômeno faz com que a sociedade se organize melhor, aumentando o rol dos direitos formalmente reconhecidos (consequências desta mesma democratização da informação), fazendo com que o número potencial de demandas também aumente, como reflexo do fenômeno de ampliação do acesso ao Poder Judiciário (a Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988, foi um dos exemplos práticos deste fenômeno), o que se revela como dado altamente positivo num país que pretende ser reconhecido como um Estado Democrático de Direito.

E obviamente não se pode pretender conferir um caráter meramente formal ao conceito de democracia, eis que, como adverte Norberto Bobbio, a mesma não é uma situação meramente formal,

² FARIA, José Eduardo (ORG.). Introdução à sociologia da administração da Justiça. In Direito e Justiça, a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, Brasil, 1.989, p. 42-44.

em que apenas e tão somente o povo escolha seus representantes, eis que, ao contrário, seria a busca por um conceito real, de modo que se possa imitar efetivamente o povo no poder.³

Podem ser destacados como exemplos de resultados desta democratização da informação, os questionamentos em relação ao direito de propriedade, e o acesso à mesma pela sua função social, o agravamento das limitações ao exercício desta mesma propriedade, para assegurar a preservação do meio ambiente e das relações de vizinhança, o surgimento de limitações à contratação (direitos nas relações de consumo e suas decorrências numa economia globalizada).

Para agravar a situação, na década de 1.970, sobretudo após a chamada “Crise do Petróleo”, induzida pelo Cartel da OPEP, gerou-se um clima de recessão mundial, no qual o próprio papel do Estado, até então um Estado-Providência passou a ter que ser revisto, em virtude da diminuição de seus recursos disponíveis, redução essa que se fez sentir em todos os setores de sua atuação, inclusive no Poder Judiciário, o que ajudou a redundar num hiato entre o que se espera da administração da Justiça e o que efetivamente se aplica no dia a dia dos Tribunais.⁴

Assim, esse novo rol de direitos coletivos do “Mundo pós-guerra”, susomencionados, acabou sendo denominado como direitos humanos de terceira geração⁵, acabando por ter como característica básica, a sua transindividualidade.

E, sob tal ótica, esses novos grupos de direitos acabaram sendo vistos como pertencentes não mais ao indivíduo, mas são tratados como pertencentes a toda uma coletividade (são os direitos dos

³ BOBBIO, Norberto. Entre Duas Repúblicas. São Paulo: Imprensa Oficial, Brasil, 2.001, p. 36.

⁴ FARIA, José Eduardo (ORG.), p. 45.

⁵ LOCHE, Adriana A. et alii., Sociologia Jurídica. Porto Alegre: Síntese, Brasil, 1.999, p. 89.

consumidores, ao meio ambiente hígido, à preservação de um patrimônio histórico, etc ...).

E toda essa nova situação deve ser assegurada, sob pena de que ocorra o que Cândido Rangel Dinamarco⁶ denominou como vazio processual, ou seja, a impunidade em relação ao descumprimento ou violação desses novos direitos.

A par de tudo isso, ainda contribuindo para a ocorrência de um esgotamento do paradigma do pensamento jurídico vigente, deve ser destacada a existência de certas atividades que podem, momentaneamente, trazer prejuízos ao interesse de um número muito grande, e até, indeterminado de pessoas.

E, como consequência direta desse aumento de demandas, surge um problema decorrente do descompasso entre o crescimento de tal procura pelo acesso ao Poder Judiciário e a própria estrutura deste mesmo Poder (fenômeno, aliás, que não é exclusividade nacional, eis que detectado em vários países do mundo, como, por exemplo, a Itália).⁷

Devido à existência de tal falha estrutural, denominada “crise do Poder Judiciário”, passa-se a buscar as soluções dentro do instituto da arbitragem, como forma mais célere e eficaz, o que demonstra, mais uma vez, a atualidade do tema. O tema, portanto, da arbitragem está intimamente ligado a essa situação.

Pontuada a contextualização do tema, ou seja, a forma como o mesmo se insere no mundo globalizado já mencionado, insta que se realize a sua delimitação formal, até para que o leitor se oriente no sentido exato daquilo que se pretende analisar neste trabalho.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, APUD MARINONI, Luiz Guilherme et alli., Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 2.000, p. 687.

⁷ CAPPELETTI, Mauro. *Aspetti sociali e politici della procedura civile*, APUD TUCCI, José Rogério Cruz e, Tempo e Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 1.998, p. 55.

Como todo instituto jurídico, a arbitragem, estará sujeita a uma série de requisitos previstos pelo legislador ordinário, ou seja, estará adstrita a um modelo legal estabelecido, daí a importância de se aferir como tal modelo se relaciona com o texto constitucional.

A aludida disciplina se insere na matéria direito processual civil, que é ramo do direito público, e, mais especificamente, se relaciona à teoria geral do processo civil de conhecimento.

Tem-se, ainda, que se pretende demonstrar como o instituto da arbitragem pode ser utilizado no direito brasileiro, e como poderá ser utilizado como contribuição para a solução do problema da morosidade do Poder Judiciário, não sem passar, contudo, por uma análise crítica do instituto, com aspectos interdisciplinares pertinentes ao tema.

Isso porque, como frisado linhas atrás, os limites da arbitragem dependerão da verificação de seus requisitos fundamentais, de modo que, para que se apure a eficácia da arbitragem na solução do grave problema apontado.

Assim de se analisar como objetivos do presente trabalho as vantagens e desvantagens do instituto e a viabilidade de sua inserção no contexto constitucional brasileiro.

O presente trabalho deverá responder a algumas questões referentes à abrangência do instituto, notadamente, como apontado acima, pois seguimentos doutrinários mesmo admitindo a alternativa da arbitragem para solução de conflitos apresentam uma série de problemas constitucionais para sua viabilidade, o que já vem sendo enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência.

De se analisar ainda, se tal posicionamento não teria desdobramentos éticos com a monetarização dos interesses jurídicos o que se pretende analisar, até porque pretende-se atribuir um caráter elitista à arbitragem.

Ademais, outras indagações referentes à própria utilização do modelo jurisdicional estatal com as alterações decorrentes da nova lei, passando por uma análise de aspectos dialéticos que permeiam o ordenamento jurídico como um todo (o direito é um fenômeno altamente dialético, no qual inúmeras variáveis influem), num mundo globalizado, que exige cada vez mais do profissional do direito, em um momento em que o Estado tem gasto cada vez menos recursos com a atividade jurisdicional.

Será utilizada como fonte de pesquisa, a bibliográfica, somente. Buscar-se-á materiais na legislação, na doutrina, na jurisprudência pátria, em revistas e periódicos especializados ou não, sem menosprezar qualquer conteúdo que, por ventura, seja apresentado em jornais e pela internet. Será relevado qualquer discurso que trate do assunto apresentados por colegas e professores, além de métodos analíticos-dedutivos.

Portanto, como questões a serem resolvidas, de se destacar a referente à própria indagação acerca da constitucionalidade da arbitragem, como preconizada pela Lei nº 9.307/96, como forma de resolução de conflitos de interesses, o que passa pela análise do próprio caráter jurisdicional, ou não do instituto, para que se saiba se os princípios constitucionais da jurisdição seriam, ou não aplicáveis ao instituto da arbitragem.

Do mesmo modo, de se questionar, se o árbitro seria, ou não, considerado um juiz de direito, e, como tal, se seria, ou não, dotado dos poderes e prerrogativas dos membros do Poder Judiciário nacional.

NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR DO INSTITUTO

Observa-se, atualmente, uma tendência entre os juristas de entenderem o instituto da arbitragem como uma das soluções mais eficazes para o fenômeno denominado "crise do Poder Judiciário"⁸, que, aliás, não é exclusividade brasileira, sendo raro encontrar-se vozes divergentes a esse respeito o que será melhor analisado nos capítulos posteriores (num primeiro momento o instituto se apresenta como uma forma rápida, e politicamente correta, sob uma ótica neoliberal, de solução de conflitos).

Mas é importante que se destaque, que tal como demonstrado pelo cientista Edgar Morin⁹, na sua célebre análise do paradigma da complexidade, o pensamento científico não mais pode prescindir da perquirição interdisciplinar na busca de soluções aos problemas a serem enfrentados, posto que inexistiria campo de estudos completamente estanque das demais áreas do pensamento.

Isso porque a ciência deixou de ser um conhecimento absoluto, calcado, apenas e tão somente na verificação empírica, de leis e postulados sem exceção, eis que, em qualquer campo de análise, de se analisar o feixe de fatores a ele relacionados, cujos reflexos poderão influenciar no resultado final.

Daí a necessidade, até mesmo científica, sob tal ótica, de uma análise crítica do instituto da arbitragem no Brasil, forma técnica de resolução de conflitos como será abordado nos capítulos que se seguem (e seria um equívoco trata-la como algo novo na história processual mundial ou mesmo brasileira), que tem seus novos contornos no ordenamento jurídico pátrio, conferidos pela Lei nº 9.307/96, mas que, se de um lado, trará benefícios, de outro, numa

⁸ Cuida-se de fruto decorrente do avanço tecnológico, em que milhares de transações são feitas em velocidade muito rápida (v.g., como ocorre na internet), gerando, proporcionalmente, um grande número de demandas, sem que se verifique o investimento necessário em relação à infraestrutura judiciária, permitindo o acompanhamento.

⁹ MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1.999.

análise crítica como a proposta, trará sérios problemas sócio-políticos, econômicos e jurídicos, se aceita sem sérias reservas na ordem jurídica nacional.

Tal análise crítica, portanto, deve se socorrer de questionamentos e princípios informativos das outras ciências humanas, sobretudo a sociologia, a economia e a ciência política, posto que, conforme resta mais do que cediço, o direito é uma disciplina que se relaciona diretamente ao exercício do poder, fenômeno influenciado pelas relações sociais e de capital.

E, dentro de uma análise crítica, na qual, inclusive, se buscará fornecer elementos de técnica que permitam ao interessado argumentação de defesa (o conhecido direito de exceção da disciplina processual civil) em relação ao instituto.

Do mesmo modo, muito embora no passado, este mesmo autor já tenha se manifestado frontalmente contrário ao instituto¹⁰, até porque, como magistrado, manifesta-se o amor e a profissão de fé à instituição, que, não obstante, como toda criação humana, acabe por ter mazelas e virtudes, com o amadurecimento típico da idade e da própria vivência acadêmica, passou-se a perceber que posturas maniqueístas não são possíveis em relação a objetos dialéticos como o direito (do mesmo modo, se for permitida a analogia, que tratamentos radicais de saúde, como a radioterapia e a quimioterapia podem ter sintomas adversos como a perda de cabelos, enjôos e outros incômodos, podem, em muitos casos, implicar em evitar a morte do paciente, o que justificaria uma análise mais isenta da questão de que se cuida).

De tal forma, muito embora se pretenda, num primeiro momento, advertir o leitor acerca dos perigos do acolhimento indiscriminado e acrítico do instituto com sua nova versão legislativa

¹⁰ SILVA, Júlio César Ballerini. Críticas ao Modelo da Arbitragem no Brasil. CDROOM Dominus Legis. Belo Horizonte: Editora Dominus Legis, 2.001.

(atende a fatores econômicos externos que são impostos ao modelo econômico nacional), por outro lado, não se pode negar que o mesmo tenha aspectos positivos para a ordem jurídica interna.

Como se disporá adiante, no entanto, tal instituto passou a ser analisado, pelo Pretório Excelso (o Supremo Tribunal Federal), como um instituto constitucional, em relação a alguns princípios (duplo de jurisdição, publicidade e acesso à Justiça, por exemplo), mas, em relação a outros princípios, a questão deverá passar a ser enfrentada por doutrina e jurisprudência.

Restará ao leitor sopesar entre os prós e contras do instituto, de modo a buscar a melhor forma de sua utilização, não se esquecendo, reitere-se, de destacar aspectos práticos da sua utilização, na técnica jurídica, buscando, ainda que de forma modesta, trazer-se aos operadores do direito, uma contribuição para a prática cotidiana do profissional do direito que pretenda atuar nesta área específica do processo civil.

1.1. – Alguns aspectos interdisciplinares relevantes

Como será melhor analisado no tópico referente a aspectos conceituais, não são poucos os que definem o direito como uma técnica de controle social, dado ao seu caráter normativo e sancionador da conduta humana¹¹, não se tendo, portanto, malgrado o dissídio a respeito do objeto da ciência do direito¹² (não se desconhecem os postulados kelsenianos referentes à desnecessidade de se estudar o conteúdo de uma norma jurídica, que bastaria por si só, desde que tivesse obtido sua validade em decorrência de outra

¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1.988.

¹² DINIZ, Maria Helena. *A ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1.996.

norma)¹³, como analisar o instituto sem se referir àquilo que com o mesmo se relaciona, embora objeto de estudo de outras disciplinas.

Essas mesmas relações sociais e de capital mencionadas acima, são muito complexas, derivando de vários fatores históricos e culturais (antropológicos), que não podem mais ser ignorados.

À guisa de exemplificação, de se ponderar, no caso específico da arbitragem, que não se poderá desconhecer fatores como a flexibilidade do conceito de soberania que vem sendo imposto, em sede macrofatorial, pelo FMI e outros organismos internacionais de crédito, aos governos de países da América Latina e do Sudeste Asiático (não é desconhecida a Carta de Intenções denominada "Documento Técnico nº 319"¹⁴ firmada entre esses países e o *BIRD*, em meados de 1.996, no sentido de flexibilização dos Poderes Judiciários nacionais, pasme-se, sob o argumento de necessidade de facilitação da circulação de riquezas).

E tal ocorre em virtude do fato de que a aludida imposição somente se desenvolve porque os países destas regiões (e não se nega seu caráter globalizado) interessam aos grandes conglomerados econômicos, que investem maciçamente nas eleições dos governos dos países globalizados, enquanto mercados consumidores, e apenas como tal.

Caso assim não se entendesse, não haveria como explicar a quase total exclusão do continente africano do mercado mundial, inclusive com referências ao perdão de suas dívidas,¹⁵ e o total abandono em crises como a de Serra Leoa (país onde se verifica a total fragmentação política com uma guerra cruel perpetrada por guerrilheiros adolescentes que usam crianças como escudo, praticando inúmeros abusos contra a população civil – o que,

¹³ Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Lisboa: Calouste Gubenkian, 1.987.

¹⁴ SARAIVA, José Palmácio. *Globalização e Justiça, Caderno de Doutrina da Tribuna da Magistratura*. São Paulo: 1.997, p. 144.

¹⁵ Tal fato foi noticiado pelo Jornal "O Globo", na coluna "Opinião", assinada por Reginaldo de Castro, na edição de 14.07.2.000, p. 07.

lamentavelmente, é apenas um dos muitos exemplos que poderiam ser destacados sobre o tema).

Consideração, aliás, que se faz necessária porque quando a guerra eclodiu no coração da Europa, portanto em importante centro consumidor potencial, no conflito entre sérvios e bósnios, quando nem metade das atrocidades cometidas pelos guerrilheiros de Foday Sankoh¹⁶ se desenvolvia, os Estados Unidos e a ONU já se lançavam numa cruzada para que se firmasse um acordo de paz, inclusive com equipamentos e efetivos militares para imposição do acordo (e não é preciso ir mais longe, verificando-se inúmeros incidentes atuais em que ocorreram situações analógicas, tal como as duas guerras do Golfo).

Ou mesmo, modernamente, não é preciso muito esforço para que se possa vislumbrar o interesse norte-americano, abandonando por completo a noção de *soft power*, para retornar a uma republicana concepção de super-polícia mundial, na rápida intervenção militar no Iraque para salvaguardar, mesmo ignorando a orientação da própria ONU, em confronto com interesses de outros países globalizantes (como a França e outros países europeus), quando em jogo o controle de grande número de jazidas petrolíferas (aliás, isso já ocorreu na chamada primeira Guerra do Golfo de 1.991, envolvendo a situação do Kwait e ocorreu novamente, sob o pretexto de supostas bombas químicas, não encontradas até o momento).

Com isso, torna-se evidente que a nova concepção da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, ocorrida com tramitação recorde, no mesmo ano em que o Protocolo que o BIRD foi firmado, atende, antes de mais nada, a propósitos geopolíticos,

¹⁶ Líder de uma das facções guerrilheiras de Serra Leoa, em conflito no qual se disputam a posse e exploração de vastas jazidas de diamantes, o que seria o fundamento da revolta (o governo se dissolveu envolto em vastas denúncias de corrupção, tentando guerrilheiros e o exército obter o poder pela força).

atendendo a interesses maiores do que a agilização do trâmite de processos.

Não se nega, obviamente, que em tempos de globalização, o conceito de soberania deva ser repensado, pois existem inúmeras forças econômicas servindo de sustentáculo ao movimento neoliberal (de nada adiantaria, *v.g.*, pretender-se ignorar as disputas fiscais e a busca por tecnologia de ponta em áreas estratégicas como a telefonia e energia elétrica), mas um mínimo de coerência deve ser mantido até para que se confira alguma dignidade aos excluídos, pessoas que ficarão à margem do processo de globalização, justamente por não ostentarem a condição de consumidores exigida pela nova ordem mundial (o que recomenda algumas cautelas em relação ao total de alvíssaras lançadas em relação ao instituto, e, pela técnica jurídica processual, serão destacadas algumas alternativas para que incautos possam, ao menos, discutir a aplicação absoluta do instituto).

Dentro desta ótica, e partindo da célebre tríplice distinção doutrinária em razão da qual a jurisdição seria poder, função e atividade, sendo em seu facetado aspecto de poder um reflexo dessa soberania do Estado, de se tomar extremo cuidado com tentativas de flexibilização de seu conceito posto que, verificando-se a sua atomização, com criação de ordens judiciárias paralelas, será cada vez mais difícil conferir efetividade aos direitos fundamentais dos cidadãos (cláusulas pétreas dentro do estabelecido pela norma contida no artigo 60, § 4º, inciso IV da Carta Política de 05.10.1.988).

E não se pretende negar o aspecto ideológico da questão, posto que, como firmado linhas atrás, o objeto do presente texto é lançar uma discussão crítica a respeito do modelo de arbitragem que, embora tecnicamente até possa ter seus méritos, numa

abordagem mais reflexiva e menos imediatista, terá sérios e profundos reflexos negativos sobre a ordem jurídica nacional.

De nada adianta, portanto, um instituto que deixe à margem um grande número de cidadãos, implicando numa distribuição de Justiça célere para alguns privilegiados (não obstante, e isso será abordado adiante, a questão poderá ter implicações pertinentes com a situação da própria Assistência Judiciária gratuita), e, a partir do momento que a crise do Poder Judiciário deixar de tornar um problema para os grandes conglomerados econômicos, que dispõem de grande influência junto aos Poderes Executivo e Legislativo, obviamente não mais ocorrerão, com a mesma intensidade verificada atualmente (intensidade insuficiente como já fartamente alardeado pelos meios de comunicação de massa, os *mass media*), investimentos necessários ao Poder Judiciário convencional, repetindo-se o fenômeno já vivenciado por outros setores estratégicos do governo (não são desconhecidos o sucateamento da escola pública, da previdência pública, da segurança pública, da saúde pública, com sua transferência para uma ordem de escolas particulares, planos de saúde, segurança e previdência privadas, etc.....).

Aliás, conveniente tal discussão, posto que, nas lides forenses, anos após a evasão da classe média do sistema público de saúde para um sistema privado, tem-se repetido, com certa freqüência, um grande número de ações análogas, versando sobre reajustes abusivos do setor e alegações de formação de verdadeiros cartéis.

Muitos até poderiam entender que tratar-se-ia de sinal dos tempos, de um processo inexorável, mas não se pode esquecer que, embora para o governo de matiz axiológica neoliberal possa parecer sedutora a tese de resolução do problema do Poder Judiciário a custo zero, ou seja, favorecendo a criação de uma ordem jurisdicional

particular e paralela, que interessará a uma minoria, estará deixando de atentar para a missão constitucional do Poder Judiciário, expressamente assegurada no mister da garantia de análise de lesões e ameaças de lesões aos direitos das pessoas residentes e domiciliadas no Brasil (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 05.10.1.988).

Não se pode, simplesmente, ignorar a cidadania, inclusive dos excluídos, posto que não se vive num regime de matiz escravocrata, mas, ao contrário, se vive em um Estado Democrático de Direito, o que leva a uma nova reflexão a respeito da própria noção de cidadania.

E isso será essencial até para que se tenha uma harmonização com a hermenêutica constitucional a respeito do tema, podendo-se, sob tal ótica, estabelecer parâmetros para que se analise o acerto, ou eventual desacerto, com o qual a questão vem sendo analisado em sede doutrinária e jurisprudencial.

1.2. – A questão da cidadania e seu enfoque constitucional

Nestes termos, pondera-se que a expressão "cidadania", derivada da expressão latina *civitas*, corrente na Roma Antiga, designa, originariamente, uma versão anterior da expressão nacionalidade (é, aliás, bastante controversa, a existência de um direito internacional em Roma, posto que, segundo copiosa doutrina, somente se poderia vir a falar em Estados Nacionais, séculos após, com o advento da chamada "Paz de *Westphalia*").

Mas, originariamente, o termo cidadania se fazia acompanhar desta carga internacionalista, eis que se aproximava da noção de nacionalidade, aplicando-se, originariamente aos cidadãos romanos, membros do patriciato, embora, paulatinamente, com o decorrer do

tempo, passou a se estender aos outros povos (mais propriamente, com a extensão da influência do *jus genitum* em relação ao *jus civilis* ou direito quiritário).

Sobre o tema, aliás, interessante a opinião de Sílvio de Macedo, num dos verbetes da Enciclopédia Saraiva do Direito, para quem cidadania seria: "conceito análogo ao de nacionalidade, no direito constitucional e no direito internacional público e privado".¹⁷

Aliás, o não menos eminente internacionalista Haroldo Valladão¹⁸, traça um interessante ensaio histórico da utilização das expressões naturalidade e cidadania, em nosso direito pátrio, e, mesmo antes, no direito reinícola português (as Ordenações Filipinas já se utilizavam das expressões como sinônimas, gerando certa celeuma conceitual).

Mas, se num primeiro momento, tal confusão até poderia ter ocorrido, fruto de má técnica legislativa, ou, até mesmo, por não se haver evoluído a ciência constitucional da época, o fato é que, modernamente, autores como Maria Helena Diniz¹⁹, acabam por optar, mesmo na seara jurídica, pela utilização da expressão cidadania, na sua acepção emprestada da ciência política, por melhor abranger a idéia que se busca representar com o termo.

Não é por outra razão, que a douta civilista, em seu Dicionário Jurídico, já dedica um verbete ao assunto, definindo-a do seguinte modo:

"Ciência Política. Qualidade ou estado de cidadão; vínculo político que gera para o nacional deveres e direitos políticos, uma vez que o liga ao Estado. É qualidade de cidadão relativa ao exercício de prerrogativas políticas outorgadas pela Constituição de um Estado Democrático."²⁰

¹⁷ França, Rubens Limongi (Coordenador) – Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 14: São Paulo: Saraiva, Brasil, 1.977, p. 339.

¹⁸ op. cit. p. 341.

¹⁹ Diniz, Maria Helena - Dicionário Jurídico, v. 1., São Paulo: Saraiva, Brasil, 1.998, p. 575.

²⁰ op. cit. p. 575.

Observa-se, portanto, que, mesmo autores mais modernos, e adotando a acepção derivada da ciência política, apontam no sentido de que o vínculo de cidadania decorreria de uma ligação de um cidadão nacional para com um Estado (daí, por exemplo, a dificuldade de se negar nacionalidade a um indivíduo, o que, em muitos ordenamentos jurídicos poderia, inclusive, implicar na sua própria exclusão do sistema protetivo de garantias individuais).

Num primeiro momento, e em confronto com tudo quanto exposto nos itens anteriores, pondera-se que a atual Carta Política brasileira, de 05.10.1.988, com suas emendas, para evitar tais problemas estende várias destas garantias, não só aos cidadãos nacionais, mas a pessoas residentes e domiciliadas no país (ainda que não nacionais – observa-se, com isso que o legislador constituinte foi enfático em relação à proteção de uma cidadania de forma mais ampla do que a mera proteção de um estado de nacionalidade).

Daí resulta a primeira grande dificuldade do tema, concernente na aferição da garantia formal do Estado brasileiro, organizado nos termos preconizados pelo legislador constituinte como um Estado democrático de direito, garantindo direitos e garantias individuais não só a seus cidadãos (pessoas a quem se confere o atributo de cidadania), como também, por extensão analógica, a todos aqueles que se encontram domiciliados em território nacional (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal).

Com efeito, a cidadania implicaria, então, num feixe de direitos (e, portanto, de prerrogativas) típicos da condição de cidadão, numa acepção ampla (*lato sensu*), posto que, conforme é cediço, dentro de uma lógica rigorosa do ordenamento jurídico, cidadão seria somente o eleitor (nos termos preconizados pela Lei de Ação Popular, que se preocupou com o tema), ou pessoa dotada de

poderes políticos, enquanto que nossa ordem constitucional vigente foi mais além, estendendo a proteção a pessoas residentes e domiciliadas no país.

Para a delimitação da cidadania, destarte, deve-se ater não só a este aspecto lógico-formal, vez que seria contrasenso acreditar-se que somente os eleitores estariam protegidos pelo texto constitucional.

Ao contrário, tem-se que não só o legislador pretendeu incluir os eleitores, mas também todo e qualquer brasileiro, eleitor ou não, como ainda, por analogia e extensão, todas as pessoas residentes e domiciliadas no território nacional (ao menos é o que se permite defluir da norma contida no artigo 5º, *caput* da atual Carta Política, ao traçar o rol dos direitos e garantias fundamentais, prerrogativas típicas da cidadania).

E, se o constituinte assim deliberou, o foi em razão do fato de se pretender excluir toda e qualquer inclinação totalitária ou arbitrária que o governo da então chamada "Nova República", pudesse vir a ter (não é desconhecido o fato de que a Constituição vigente surgiu num clima de muita expectativa, decorrente do fim de um período de cerca de vinte anos de ditadura militar que suprimiu inúmeras garantias constitucionais, criando figuras anômalas que, inclusive, na kelseniana pirâmide normativa ocupavam posição superior à da própria Carta Política, os Atos Institucionais, os famigerados "AI").

Aliás, como assinala o eminente Celso Lafer²¹, tecendo comentários sobre a obra de Hannah Arendt, uma das marcas predominantes de um governo totalitário, que, inclusive, o diferenciaria de um governo arbitrário, seria a redução dos limites de proteção aos direitos e garantias individuais, chegando, inclusive, a

²¹ Lafer, Celso – A reconstrução dos Direitos Humanos. São Paulo: Companhia das Letras, Brasil, 1.991.

cometer uma das piores formas de abuso contra a dignidade da pessoa humana, que vai muito além da perda de sua cidadania, que seria a perda da sua nacionalidade, não mais se submetendo o indivíduo a qualquer regime político formal, dos países nacionais, ficando à margem do ordenamento jurídico e, portanto, da sua proteção.

Justamente com essa preocupação, se buscou, na redação da atual Carta Política, atentar para tal circunstância, estendendo-se a proteção do ordenamento jurídico, sobretudo, das conhecidas liberdades públicas (direitos e garantias fundamentais), corolário do arcabouço protetivo da cidadania (até porque, sob uma ótica formal, nosso Estado se organiza sob a forma de um Estado Democrático de Direito).

Deste modo, portanto, percebe-se que o conceito tradicional de cidadania, que se adota da ciência política, não esgota o feixe de pessoas abrangidas pela proteção que o texto constitucional pretende conferir à dignidade da pessoa humana, seja nacional ou estrangeira, o que impediria a caracterização de um regime totalitário de governo no país.

E isso desde que, obviamente, o texto constitucional não padeça do vício da falta de efetividade, o que seria outro problema, a ser enfrentado, e, nesse aspecto, peço vênias para retornar à questão da arbitragem posto que, como é cediço, ao se possibilitar a formação de uma ordem jurisdicional privada e paralela, sem maiores cautelas e de forma indiscriminada e tarifada, haverá flagrante violação desses postulados.

Mas, reitera-se, que o presente texto, não pretende discutir apenas e tão somente aspectos técnicos da questão (até porque o julgamento dos primeiros precedentes pelo Pretório Excelso, não se deu de forma unânime, não desprezando esses fatores, e, ao que tudo indica, a existência de votos divergentes, que foram vencidos,

indica que alguns dos argumentos não são frágeis, mas, ao contrário convincentes), mas, ao contrário, buscar uma análise crítica do instituto, servindo de alerta para novas reflexões a respeito do tema, com a abordagem, inclusive, de questões não suscitadas perante a Corte Constitucional nacional.

E, por mais que fatores econômicos, políticos e geopolíticos tenham influenciado a edição da nova lei de arbitragem, e, por mais que alguns princípios constitucionais tenham sido harmonizados com a mesma pelo Supremo Tribunal Federal, os postulados supramencionados não podem deixar de ser analisados, sob pena de total subversão da *mens legislationes*, a respeito da própria efetividade do texto constitucional, com formação de perigosos precedentes.

Ora, parece axiomático, por exemplo, que se pretenda resolver a questão apenas e tão somente sob a égide de disponibilização do objeto da arbitragem (direitos patrimoniais disponíveis), sem uma preocupação mais acentuada com o aspecto jurisdicional ou não jurisdicional do instituto, definindo-se com exatidão a natureza jurídica do instituto e do próprio árbitro (ou seja, seria mesmo um juiz de direito, a despeito de não compor o Poder Judiciário nacional, como assim preconizado na Constituição Federal), bem como, não obstante o reconhecimento da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, diante de alguns princípios processuais constitucionais, se tal constitucionalidade seria absoluta ou se não evitaria a jurisdicionalização do conflito, por outros meios (se isso ocorrer, e parece ser possível sob alguns aspectos a serem analisados no corpo do presente trabalho, a finalidade que se pretendeu conferir ao instituto restaria esvaziada, eis que ferida mortalmente a vantagem da celeridade da decisão).

Além disso, muitas outras questões polêmicas poderiam ser suscitadas, como *verbi gratia* a de que muitos interesses de

consumidores, por exemplo, são patrimoniais e disponíveis, mas haverá restrições sobre a possibilidade de sua discussão por meio de solução arbitral (dever-se-á compatibilizar dispositivos da Lei nº 8.078/90 com dispositivos da Lei nº 9.307/96), como também já se tem permitido a disposição sobre órgãos por doação *post mortem*, gerando a situação de disponibilidade, mas ainda não de comércio dos mesmos órgãos (o direito seria disponível por disposição de vontade que obterá efetividade após o passamento do *de cujus sucessionibus agitur*, o que impede a sua inclusão no patrimônio da pessoa), enfim, de modo que, sob a égide das postulações teóricas, muito ainda deve ser estudado sobre as implicações do tema, o que se procurará elaborar nos capítulos que se seguem.

ASPECTOS HISTÓRICOS

Parece conveniente que se inicie a abordagem do presente capítulo, de modo a dividi-lo em duas partes básicas, a primeira delas, visando detectar vestígios e traços da abordagem desde a Antiguidade, em caráter mais universal para que se tente compreender (ainda dentro de um caráter interdisciplinar que se busca conferir ao presente trabalho) os fatores que levaram ao surgimento do instituto.

E, num segundo momento, delimitadas, ainda que de forma breve (posto que o tarefa seria por demais ampla, podendo-se escrever um livro autônomo sobre o tema), as raízes do instituto, passar-se ao estudo da história da aplicação do instituto no ordenamento jurídico pátrio (o que, pelo óbvio, diante da tradição histórica nacional, passa por um período de vigência do direito português no território nacional).

Prestado tal esclarecimento, como forma de justificar um plano preliminar do capítulo, para a melhor compreensão do leitor, em

relação aos escopos visados pela separação, de se passar à abordagem dos aspectos históricos da arbitragem, pelos seus antecedentes mais remotos na história mundial.

E isso, obviamente, se faz, como em relação a qualquer instituto jurídico, eis que o direito é antes de mais nada, um fenómeno social, a partir do momento em que o homem passou a deixar registros de sua escrita, sendo prematuras conjecturas sobre a forma de solução de conflitos em períodos mais remotos (possivelmente usar-se-iam formas de auto-tutela e vingança familiar ou grupal – as conhecidas *vindictas privatas*).

2.1 – Abordagem geral

Convém que se destaque, antes de mais nada, que parece adequado situar-se o tema inicialmente numa abordagem de história geral, mais ampla, buscando-se as raízes mais remotas do instituto, para, depois, a partir do direito lusitano que foi aplicado no território nacional, e se fundou em tais premissas, passar-se ao exame de como o instituto foi inserido e se desenvolveu no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao contrário do que se possa supor, a arbitragem não é um instituto moderno, não obstante a nova configuração que o mesmo veio a ter no direito nacional, com a desnecessidade da homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário, tal como estabelecido pela nova lei (a Lei nº 9.307/96).

Existe segmento doutrinário, inclusive, que localiza a existência da arbitragem, até mesmo cerca de três mil anos antes de Jesus Cristo, fundada em preceitos basicamente costumeiros (direito consuetudinário), entre os povos babilônios e hebreus.²²

²² LÚCIO, Vicente Carlos. Comentários à Lei da Arbitragem (artigo por artigo). Ribeirão Preto: Legis Summa, 1.997, 2ª edição, p. 22.

Isso poderia ser explicado, partindo-se da constatação segundo a qual, há muito tempo, em virtude de um problema de base econômica, a sociedade convive com os conflitos de interesses, isso porque, como assevera parte da doutrina, os homens têm necessidades ilimitadas e um número de bens e recursos limitados, base do chamado problema econômico, surgindo daí, conflitos de interesses²³.

E, em se cuidando de um instituto de base civil, passível de ser aplicado aos conflitos de interesses envolvendo direitos disponíveis, inegável que possa ter como antecedente histórico a constatação de que seja aplicável à solução dos conflitos de interesses decorrentes da necessidade de solução do aludido problema econômico.

É bem verdade que, tal como também apontado pela doutrina, no início da vida em sociedade, o que se aplicava aos conflitos de interesse eram soluções diferenciadas, fundadas numa idéia de auto-tutela, com *vindictas privatas*, pois inexistia um Estado suficientemente forte, e tais vinganças privadas acabavam por não contribuir para a pacificação social (ao contrário, implicavam, geralmente, em retaliações do outro pólo atingido).²⁴

Surge a idéia de que existe a necessidade de estabelecimento de um terceiro, preferencialmente imparcial, que possa solucionar tais conflitos de interesse, e, neste contexto, de se destacar a origem da arbitragem.

.Como assevera outro segmento doutrinário, mais especificamente, Carreira Alvim²⁵, em consonância com o entendimento acima, no início inexistia Estado como poder político,

²³ GASTALDI, J. Petrelli. Elementos de Economia Política. São Paulo: Saraiva, 1.987, 13ª edição, p. 7.

²⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1.990, 7ª edição, p. 24.

²⁵ ALVIM, J. E. Carreira Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996). Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 1.

portanto, os conflitos de interesse eram resolvidos pelos próprios litigantes ou grupos a que pertenciam, o que já era feito na Roma Antiga.

Nesse contexto, se assevera que ocorreu o surgimento de uma justiça privada, que evoluiu para a justiça pública, de forma lenta e pode-se dizer que isto ocorreu em quatro etapas.

Na primeira delas, os conflitos eram resolvidos através da força, entre a vítima e o ofensor, o Estado apenas intervinha em questões religiosas, sendo certo, ainda, que os costumes aos poucos foram distinguindo violência legítima e ilegítima. Um exemplo que se enquadra bem nessa etapa é a pena de talião, em Roma, estabelecida pela Lei das XII Tábuas, na qual a vingança era privada “olho por olho, dente por dente”.

Na segunda etapa dessa lenta evolução, surge o arbitramento facultativo, no qual a vingança contra o ofensor cede lugar a uma indenização, a qual deve parecer justa para ambas as partes, podendo-se, inclusive, escolher um terceiro para fixá-la. Pode-se dizer que tal forma de arbitragem esteve presente durante toda a evolução do direito romano.

Após o arbitramento facultativo, que muitas das vezes acabava em violência por não haver um acordo, surge o arbitramento obrigatório, no qual o Estado obriga os litigantes a escolherem um árbitro, que determine o valor a ser indenizado e assegure a execução da sentença. Nesse modo de arbitramento surgem os sistemas das *legis actiones* e o *per formulas*, que compunham a *ordo iudiciorum privatorum*, ou seja, ordem dos processos civis.

Em tais sistemas a instância se dividia em duas fases, quais sejam, *in iure*, perante o *pretor* que seria o magistrado; e *in iudicio*, isto é, perante o *iudex* ou *arbiter*, que seria um particular.

Por fim, na última etapa, o emprego da justiça privada é afastado e os conflitos passaram a ser resolvidos por seus funcionários, sendo executados à força caso se fizesse necessário.

Segundo J. E. Carreira Alvim²⁶, no momento em que surge o arbitramento obrigatório, desaparecem a *in iure* e *in iudicio*, passando ao sistema da *cognitio extraordinária*, concentrando-se, assim, o processo numa única fase que se desenvolvia diante do pretor, sendo este um juiz, que era funcionário do Estado.

Outro segmento doutrinário já vislumbrava um ideal de arbitragem nas cidades gregas, eis que Platão (na sua obra Das Leis) já havia destacado a conveniência, como um ideal, de que as partes pudessem resolver seus conflitos de interesses, a partir da eleição dos juízes.²⁷

Durante a Idade Média a arbitragem teve grande importância no âmbito do direito internacional público, posto que, a partir da mesma, começou-se a evitar a utilização da solução militar para conflitos entre grupos rivais.²⁸

2.2. – Arbitragem no Brasil

No Brasil o instituto da arbitragem foi trazido da legislação portuguesa, sendo certo que as Ordenações Filipinas já disciplinavam o processo arbitral em seu Título XVI, Livro II, sob o título “Dos Juízes Árbitros”²⁹, tendo se mantido em vigência, segundo tal entendimento doutrinário, com a Independência em 1822 e, inclusive, possuindo expressão que irá coincidir com a Constituição de 1824 mais tarde.

²⁶ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p.3.

²⁷ PLATÃO. Das Leis, apud GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Arbitragem. São Paulo: Quartier Latim, 2.003, p.39.

²⁸ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 39.

²⁹ SANTOS, Paulo de Tarso. Arbitragem e Poder Judiciário. São Paulo: Ed. LTr, 2001, p.19.

Sobre o tema, bastante elucidativo o comentário de Sérgio Pinto Martins, para quem:

“Encontramos as raízes da arbitragem nas Ordenações do Reino de Portugal, do século XVII, em que se distinguia entre juízes árbitros e arbitradores. Os juízes árbitros deveriam conhecer não somente de coisas e razões, mas também do Direito. Os arbitradores somente conheciam das coisas, sendo que, se houvesse alguma alegação de Direito, deveriam remetê-la aos juízes da terra.”³⁰

E, nessa linha de raciocínio, a arbitragem veio a ser regulamentada no Brasil, por uma legislação nacional, com a vigência da “Constituição Política do Império do Brasil” em 1824, que já se referia ao instituto, em seu artigo 160, como destacado, por Carreira Alvim, com o seguinte teor:

“Entre nós, a Constituição Imperial de 1.824 dispunha que: “Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes”³¹.

Mas a questão não se resumiu ao plano constitucional, eis que, igualmente, o instituto veio a ser previsto na legislação infraconstitucional, no plano da legislação ordinária do Império.

Anos mais tarde, surgem o Código Comercial e o Regulamento nº 737, ambos de 1.850, que, respectivamente, em seus artigos 294 e 411, passaram a estabelecer a arbitragem, como forma de solução de conflitos, inclusive com natureza obrigatória, o que perdurou até o advento da Lei nº 1.350 de 14 de setembro de 1.866 que revogou expressamente os dispositivos que privilegiavam a solução arbitral que, a partir daí, passou a cair em desuso.³²

³⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. São Paulo: Ed. Atlas, 2.002, p. 82.

³¹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit. p. 3.

³² GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.39.

Inclusive, em vários trechos do mesmo Código Comercial, se encontram referências à solução arbitral em alusão a várias espécies de institutos mercantis, como se dá, por exemplo, em relação às questões de liquidação e partilha das companhias (artigos 294 e 348), aos litígios de direito marítimo (artigo 739) e versando sobre avarias, e, até mesmo, a contestação dos créditos nas quebras (falência), tal como verificado no artigo 846 deste mesmo Código.³³

A Constituição republicana de 1.891, por sua vez, não foi expressa em relação ao instituto da arbitragem, de modo que nela não se encontra nenhum artigo com teor análogo ao do artigo 160 da Constituição do Império, mas, nem por isso, se entendeu que a arbitragem estaria proibida no direito nacional.

Ao contrário, em uma época em que os Estados tinham autonomia para estabelecer Códigos Processuais próprios, vários Estados Membros passaram a prever, expressamente, sob a égide desta Constituição, a disciplina da arbitragem, de forma expressa, com destaque para os Estados de Minas Gerais, Bahia e Rio de Janeiro³⁴, em situação que perdurará, inclusive, com a posterior unificação processual civil, que viria a ocorrer em meados de 1.939.

Nesse período, no Estado de São Paulo, por exemplo, o Código de Processo Civil estadual de 14 de janeiro de 1.930, tratava da arbitragem nos seus artigos 1.139 a 1.160, e previa, por exemplo, a vedação de que analfabetos e incapazes pudessem ser árbitros.³⁵

No âmbito internacional, novamente, o Brasil vem a aderir ao Protocolo de Genebra de 1.923, o qual foi incorporado à ordem jurídica interna do país, em virtude do Decreto nº 21.187 de 22 de março de 1.932, prevendo a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias nos acordos internacionais entre Estados, e, no

³³ MAGALHÃES, José Carlos de E BAPTISTA, Luiz Olavo. Arbitragem Comercial. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1.986, p. 7.

³⁴ ALVIM, J. E. Carreira Op. cit., p. 5.

³⁵ SANTOS, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 23.

mesmo entendimento, veio a fazer parte da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, em 1.975.

Na Constituição de 1934 foi estabelecido em seu artigo 5º, XIX, que uma das competências da União seria legislar sobre “normas fundamentais da arbitragem comercial”, sendo certo que a Constituição decretada em 1937, permitiu aos Estados, em seu artigo 18, “d”, legislar sobre: “organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral”.

Todas as demais Constituições (1891, 1946, 1967 e 1969, com exceção da Constituição em vigor, a de 05.10.1.988 que, como se destacará abaixo, abriu um espaço para a desestatização do monopólio estatal de aplicação de Justiça) omitiram em seus textos qualquer menção mais específica sobre o instituto da arbitragem.

Destaca-se, ainda, que, no âmbito infraconstitucional, os Códigos de Processo Civil de 1.939 e 1.973 continuaram a prever e disciplinar o instituto da arbitragem, mas de modo a que dependesse da homologação do então laudo arbitral pelo Poder Judiciário, o que acabava por desestimular os interessados, uma vez que a questão teria que ser, novamente, avaliada pela jurisdição estatal (com isso, obviamente, a eventual vantagem da celeridade restava prejudicada).

Tal situação veio a ser alterada pelo advento da Lei nº 9.307/96 (para autores como Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme isso se deu para que o legislador atendesse aos anseios da população³⁶), que modificou a aplicação do instituto, trazendo inúmeras inovações que, inclusive, alteraram o sistema anterior, deixando de exigir a homologação judicial, estabelecendo que se cuidaria, não mais de um laudo, mas de uma sentença arbitral, o que será melhor examinado mais adiante, em outros capítulos.

³⁶ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit, p.39.

Vale acrescentar que não obstante a Constituição Federal de 05.10.1.988, em seu artigo 98, inciso I (ou mesmo a Emenda Constitucional nº 22/99 que autorizou a criação de Juizados Especiais Federais) tenha se referido à possibilidade de julgadores que não componham o Poder Judiciário Nacional, em referência a juízes leigos, diversos dos juízes togados, parece que não seria o caso de vislumbrar, neste aspecto, uma referência direta ao juízo arbitral, posto que esses juízes leigos destacados atuam, nos termos da Lei nº 9.099/95 (não se esquecendo que no âmbito federal o regime jurídico será dado pela Lei nº 10.259/01), que disciplina a questão, em condição próxima de mediadores e não de verdadeiros árbitros.

Sem dúvida, a Constituição de 1.988 lança as bases constitucionais para que o sistema de monopólio estatal de aplicação da Justiça seja superado, mas isso não se dirige especificamente à arbitragem, mas a todas as formas alternativas de heterocomposição de um conflito de interesses.

Convém, ainda, destacar que, para certo segmento doutrinário (inclusive um dos co-autores desta obra, como já restou manifesto em capítulo anterior), a globalização teria sido decisiva na implantação do modelo atual de arbitragem no país, tendo o governo pátrio cedido a pressões de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial (Bird).

Isso porque, pelo Documento Técnico nº 319 do referido Banco Mundial, elaborado pela economista Maria Dakolias, que contou a adesão do Brasil e outros países da América Latina e do Caribe, houve o compromisso de se atomizar o Poder Judiciário Nacional para facilitar a livre circulação de riquezas.³⁷

DIREITO ESTRANGEIRO

³⁷ SILVA, Júlio César Ballerini. Críticas ao Modelo da Arbitragem no Brasil. CDROOM Dominus Legis. Belo Horizonte: Editora Dominus Legis, 2.001.

Sem qualquer pretensão de se desenvolver um amplo estudo comparativo do instituto da arbitragem e outros conexos, entre sistemas de direito ou mesmo entre os ordenamentos de outros países, ou de outros tempos (não se pretende conferir um amplo destaque intertemporal ou extraterritorial), não se pretende dizer que se cuide de um capítulo referente a direito comparado, parecendo adequado nomear o capítulo como direito estrangeiro.

E isso é feito porque, ainda que sem maior pretensão comparativa, ao se destacar como o instituto é disciplinado em outros países, pode-se dizer, ao menos, que se lança uma pequena contribuição em sede de possíveis idéias para aprimoramento do instituto no direito nacional.

Convém ainda que se destaque, de modo a que se evitem celeumas, que não se pretende, neste capítulo, abordar o plano da arbitragem entre Estados, enquanto instituto do direito internacional público (com o exame de Convenções e Tratados Internacionais, como os destacados no Capítulo sobre aspectos históricos da arbitragem, a Convenção de Nova York sobre a arbitragem ou a *Uncitral* – Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, esta última de 21 de junho de 1.985, aprovada em sessão da Comissão das Nações Unidas para Direito Comercial, realizada em Viena³⁸), o que escaparia aos escopos preconizados na problematização da presente monografia, posto que, o que se pretende é uma abordagem sucinta e referencial de como o instituto da arbitragem, no âmbito do direito interno, é aplicado em outros países do Mundo.

Com relação a este aspecto, de se ponderar que a distinção presente no direito brasileiro, entre cláusula compromissória e compromisso arbitral, como componentes da chamada convenção de arbitragem, não se faz presente em alguns ordenamentos jurídicos

³⁸ SANTOS, Paulo de Tarso. Op. cit, p. 34.

européus, tal como se dá no processo civil alemão, em que apenas e tão somente, com ambas as funções, o compromisso arbitral.³⁹

Nesse país, a exemplo do que ocorre no direito brasileiro, a arbitragem somente será possível, no âmbito privado, em relação a direitos patrimoniais disponíveis (questões de direito civil determinadas por um contrato, denominado contrato arbitral⁴⁰), nos estritos termos da norma contida no artigo 1.025 e seus parágrafos do Código de Processo Civil alemão (o ZPO – *Zivilprozessordnung* de 1.989).

Detalhe interessante, do direito alemão, diz respeito ao fato de que, se o referido compromisso for silente a respeito da forma de composição do juízo arbitral, cada parte deverá nomear um árbitro, e esses dois árbitros, em conjunto, deverão nomear um terceiro⁴¹, o que, pelo óbvio, evita que se leve o dissenso para solução perante a jurisdição estatal.

Mas, diversamente do que se dá no direito alemão, outros países europeus adotam o critério de diferenciar entre os institutos da cláusula compromissória e o compromisso arbitral (institutos dos quais se cuidará nos capítulos que se seguirão), como exemplos desses países, de se destacar o Código Processual Civil do Cantão de Berna, na Suíça, em seus artigos 381 e seguintes, ou o Código de Processo Civil italiano, nos seus artigos 806 e 808, além do que ocorre no direito francês e no direito belga.⁴²

De início, ressalta-se que o ordenamento jurídico italiano prevê, na sua própria Constituição, a possibilidade de julgamento efetuados por cidadãos estranhos aos quadros do Poder Judiciário, justamente na parte do texto constitucional que proíbe os Tribunais de exceção.

³⁹ SCHÖNKE, Adolf. Direito Processual Civil. Campinas: Ed. Romana, 2.003, p. 490.

⁴⁰ SCHÖNKE, Adolf. Op. cit., p. 491.

⁴¹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 7.

⁴² SCHÖNKE, Adolf. Op. cit., p. 490.

Neste sentido, a norma contida no artigo 102 da Constituição da Itália:

"Art. 102 – A função jurisdicional é exercida por magistrados ordinários, instituídos e disciplinados pelas normas de organização judiciária. Não podem ser instituídos juízes extraordinários ou juízes especiais. Podem apenas se instituir, junto a órgãos judiciais ordinários, seções especializadas para determinadas matérias, também com a participação de cidadãos idôneos, alheios à magistratura. A Lei disciplina os casos e as formas de participação direta do povo na administração da justiça"⁴³.

Como peculiaridade do direito italiano, tem-se o fato de que, nos termos do regime preconizado pelo Código de Processo Civil em vigor (*Codice di Procedura Civile* de 1.994), as relações entre os árbitros e as partes são analisadas como um contrato de locação de serviços, do qual decorrem direitos e obrigações recíprocos, tal como preconizado nos artigos 813 e 814 do referido diploma legal.⁴⁴

Isso decorre, aliás, de forma expressa pelo teor deste último conseqüente, ou seja, a norma contida no artigo 814 deste diploma estrangeiro. Neste sentido, de se pedir licença para transcrevê-la na íntegra:

"Art. 814 – (Direitos dos árbitros). Os árbitros têm direito ao reembolso das despesas e aos honorários pelo serviço prestado, salvo se tiverem renunciado no momento da aceitação, ou com sucessivo ato escrito. As partes são mantidas solidariamente ao pagamento, salvo ressalva entre elas."⁴⁵

Outro dado interessante da forma como o ordenamento jurídico italiano analisa a questão da arbitragem é o fato de que o laudo arbitral deve ser proferido na Itália, sendo certo que se poderá

⁴³ ITÁLIA, Constituição da. 2.ed.,. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, Brasil, 1991, p. 35.

⁴⁴ SATTA, Salvatore. Direito Processual Civil, V. II, Campinas: Ed. LZN, 2.003, p. 465.

⁴⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. Código de Processo Civil traduzido e adaptado para a Língua Portuguesa. Campinas: Ed. Agá Júris, 2.000, p. 286.

promover ação própria para reconhecimento da nulidade, revogação ou oposição por parte de terceiros, sendo certo que as partes devem ser expressas, no estabelecimento da convenção no sentido de que tal possibilidade será vedada.⁴⁶

E, como disciplina dessas hipóteses de nulidade, revogação e oposição mencionadas acima, existe todo um Capítulo no Código de Processo Civil Italiano, ou seja, o Capítulo V (Das Impugnações), do Título VIII (Da Arbitragem) do Livro IV (Dos Procedimentos Especiais).

Tal Capítulo teve essa rubrica inserida pelo artigo 13 da Lei nº 25 de 05 de janeiro de 1.994⁴⁷, e contém, em seu bojo, um artigo específico, contendo as situações em que se admitirá a discussão sobre nulidade (as impugnações por nulidade), que seria o de número 829, com nove incisos.

Para que se entendam tais hipóteses, conveniente que se proceda também à transcrição do referido artigo de lei estrangeira. Neste sentido:

"Art. 829 – (Causas de nulidade). A impugnação por nulidade é admitida, não obstante qualquer renúncia, nos casos seguintes: 1) se o compromisso é anulado; 2) se os árbitros não foram nomeados com as formas e os modos prescritos nos Capítulos I e II do presente título, mesmo que tenha sido deduzida no julgamento arbitral; 3) se o laudo foi pronunciado por quem não podia ser nomeado árbitro pela norma do artigo 812; 4) se o laudo foi pronunciado fora dos limites do compromisso ou não se pronunciou sobre alguns dos objetos do compromisso ou contiver disposições contraditórias, salvo as do artigo 817; 5) se o laudo não contiver os requisitos indicados nos números 3, 4, 5 e 6 do § 2º do artigo 823, salvo o disposto no § 3º do artigo dito; 6) se o laudo foi pronunciado depois do vencimento do termo indicado no artigo 820, salvo o disposto no artigo 821; 7) se no procedimento não forem observadas as formas prescritas pelos juízes, sob pena de nulidade, quando as partes tenham estabelecido a observação da norma do artigo 816 e a nulidade não for sanada; 8) se o laudo for contrário a outro laudo precedente não mais

⁴⁶ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 7.

⁴⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues. Op. cit., p. 292.

impugnável ou a uma sentença precedente já passada por julgamento entre as partes, mesmo que a exceção relativa tenha sido deduzida no julgamento arbitral; 9) se não foi observado no procedimento arbitral o princípio do contraditório. A impugnação por nulidade é ainda admitida se os árbitros não observaram as regras de direito, salvo se as partes os tiverem autorizado a decidir segundo a equidade, ou tiverem declarado o laudo não impugnável. No caso previsto no artigo 808, § 2º, o laudo estará sujeito à impugnação também por violação e falsa aplicação dos contratos e acordos coletivos.”⁴⁸

Não é preciso dizer que, em ordenamentos com este tipo de orientação, com tais possibilidades de remessa da questão decidida pelo árbitro à jurisdição estatal, o instituto, que tem como principal vantagem uma celeridade que não pode ser obtida quando se acessa o sistema público de jurisdição, acaba por perder grande parte de sua praticidade, de modo que a parte deve se resguardar para evitar que tal acesso seja aberto à parte contrária, caso essa venha a se tornar sucumbente.

No direito francês, o ordenamento processual civil (*Code de Procédure Civile* de 1.995) traz, como diferencial, o fato de se poder atribuir aos árbitros, através do compromisso (pois, como dito linhas atrás, esse modelo europeu também admite a coexistência da cláusula compromissória e do compromisso arbitral), a prática de atos de instrução.⁴⁹

Em tal ordenamento não se verifica o inconveniente do direito italiano, como acentuado acima, no sentido de que possa haver recurso à jurisdição estatal (no sistema francês um recurso de cassação) ou pedido de revogação da arbitragem, pelas próprias partes (poderão, no entanto, estabelecer no compromisso, a impossibilidade de recurso para o próprio árbitro ou Tribunal arbitral, sendo certo que, no silêncio, se presume a possibilidade de tal

⁴⁸ GAMA, Ricardo Rodrigues. Op. cit., p. 293-294.

⁴⁹ ALVIM, J. E. Carreira Op. cit., p. 13.

recurso, denominado como apelo) embora exista a possibilidade de impugnação por terceiros.⁵⁰

Na Espanha, o Código de Processo Civil (*Código de Enjuizamiento Civil*) não disciplinou a arbitragem, instituto que é tratado por lei especial, no caso, a Lei 36 de 05 de dezembro de 1.988.⁵¹

Nesse sistema, a exemplo do que ocorre nos demais citados acima, sem exceção, a arbitragem poderá ser de equidade ou de direito, a critério das partes, mas, chama-se a atenção para o fato de que, diversamente do que ocorre nos mencionados ordenamentos, no sistema espanhol, se a arbitragem for de direito, os árbitros, necessariamente, deverão ser advogados.⁵²

Como curiosidade, de se destacar o sistema constitucional da extinta União Soviética, quando ainda se cuidava de um Estado sob regime comunista (na sua Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, aprovada em 07 de outubro de 1.977) que estabelecia, em sua norma contida no 151 que somente Tribunais participariam da administração da Justiça⁵³, o que, num primeiro momento, poderia implicar numa idéia de exclusão da idéia da arbitragem privada.

Mas, analisando-se os demais artigos da aludida Carta Constitucional, o que se pode observar é que o sistema judicial soviético admitia não somente juízes togados, como também assessores populares, todos eleitos, o que explicaria a forma como denominado o Capítulo 20 desta Constituição (Tribunais e arbitragem) e explicaria, pela possibilidade de juízes leigos (tais assessores populares) a possibilidade de arbitragem nesse sistema.

⁵⁰ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 13.

⁵¹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 14.

⁵² ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 16.

⁵³ SOVIÉTICAS, Constituição da União das Repúblicas Socialistas. 1ª.ed., Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, Brasil, 1987, p. 48.

Mesmo no direito muçulmano, em outro sistema jurídico, de ênfase mística, com fundamentos religiosos, com matizes mais distintas dos sistemas da *Common Law* e da *Civil Law*, tem-se situação de admissão da arbitragem, com margens mais ou menos amplas.

Neste sentido, tem-se o quanto informado por José Lopez Ortiz⁵⁴, em relação a tal sistematização:

La existencia de estas multiples jurisdicciones no excluye el uso por los interesados de un derecho extrajudicial de reparación, bien que el Islam le limita a casos contadísimos; por ejemplo, la reivindicación de la cosa propia, principalmente de manos del que la ha arrebatado injustamente; pero aun este caso se le impone siempre al que intente ejercitar este derecho una limitación; su actividad reivindicadora no ha de perturbar el orden publico; ante esta eventualidad el camino a seguir es solicitar la intervencion de los tribunales de justicia.

Ademais, no plano do direito internacional público a norma contida no artigo 163⁵⁵ da Constituição Soviética, se referia especificamente a juízos arbitrais entre a extinta União Soviética (U.R.S.S. ou C.C.C.P.) e outros entes de direito público externos (o que, aliás, como frisado linhas atrás, escapa ao objeto do presente estudo, sendo destacado como mera curiosidade pertinente), mas, igualmente se aplicava à resolução de conflitos internos entre empresas e organizações, conflitos esses que implicassem no que o texto constitucional denominava litígios econômicos, com expressa referência a um lei arbitral.

No sistema da *common law*, ou seja, o sistema que tem por base o direito dos países de colonização inglesa, costuma-se diferenciar entre os sistemas de arbitragem facultativa ou voluntária

⁵⁴ ORTIZ, José Lopez. Derecho Musulmán. Barcelona: Editorial Labor, 1.932, p. 79.

⁵⁵ SOVIÉTICAS, Constituição da União das Repúblicas Socialistas. Op. cit., p. 50.

(*voluntary arbitration*) daqueles em que, em dadas matérias, a arbitragem se torna compulsória (*compulsory arbitration*).⁵⁶

Na Austrália, por exemplo, em sede de pendências trabalhistas (o que se destaca a título exemplificativo pois a presente monografia se presta, como frisado na introdução, a examinar aspectos da arbitragem no processo civil) a arbitragem é compulsória, valendo os laudos arbitrais, denominados *awards*, como verdadeiras sentenças, chegando-se a afirmar que, nesse país, os Tribunais Arbitrais são órgãos quase judiciais.⁵⁷

A Nova Zelândia, até meados de 1.991 seguiu a mesma orientação, quando, então, com o advento do *Employment Contract Act*, voltando-se ao sistema de arbitragem facultativa, o que também ocorre na Grã-Bretanha, em que qualquer causa pode ser submetida a arbitragem⁵⁸ (sistema facultativo, portanto, mas que vai além do limite estabelecido no Brasil que restringe a abrangência do instituto aos direitos patrimoniais disponíveis).

Em sede de direito argentino, o instituto não restou esquecido, podendo-se que o Código de Processo Civil e Comercial da Nação (*Código Procesal Civil y Comercial de la Nacion*) disciplina a arbitragem nos seus artigos 736 a 765, sob um rubrica de juízo arbitral, separado do que a legislação da Argentina denomina juízo de amigáveis compositores (artigos 766 a 772)⁵⁹, este último grupo representando os árbitros autorizados a decidirem por equidade (com prazo mais restrito para prolatar laudos – cerca de três meses, contra os seis meses dos árbitros que julgam pelas regras de direito), sendo certo que se chama a atenção para esse regramento, em primeiro lugar, por sua proximidade territorial com o Brasil, o que implica em considerável volume de negócios envolvendo pessoas dos dois países,

⁵⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 83.

⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p.83.

⁵⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p.83.

⁵⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 18.

mas, sobretudo, por orientações interessantes como o fato de que se considerará, pela lei processual argentina, válido um laudo, mesmo que algum dos árbitros oponha resistência em reunir-se para deliberar, e, se houver orientações inconciliáveis entre os entendimentos, contempla-se a possibilidade de nomeação de árbitros para dirimir tais polêmicas.

Ainda dentro do chamado Mercosul, de se frisar que a arbitragem se encontra disciplinada pelo Código Geral de Processo (*Código General de Proceso*) do Uruguai, em seus artigos 473 e seguintes e pelo Código Processual Civil (*Código Procesal Civil*) do Paraguai, em seus artigos 774 e seguintes.⁶⁰

CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Não obstante se tenha conferido ao presente tópico o título referente ao conceito e à natureza jurídica do instituto da arbitragem, como se perceberá pela leitura e exposição do capítulo, a questão não poderia deixar de passar pela análise das formas de solução de conflitos possíveis no ordenamento jurídico pátrio.

Formas, inclusive, utilizáveis na resolução dos conflitos de índole civil, em consonância com o objeto do presente estudo, não se podendo deixar de estabelecer um sub item referente às formas de heterocomposição de conflitos, isso porque, como será devidamente demonstrado, não se pode pretender inserir a arbitragem em categoria diversa, o que a sujeitará aos lineamentos próprios desta categoria.

Da mesma forma, parece que de nada adiantaria estabelecer o conceito e a natureza jurídica, sem que fosse delimitado o objeto sobre o qual se poderá operar o instituto, daí se haver optado pela pertinência de se também dedicar mais um sub item ao estudo do

⁶⁰ SANTOS, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 37-39.

objeto específico da arbitragem nos termos da nova legislação que se pretende abordar (e aqui se insere a discussão sobre os direitos patrimoniais disponíveis e a própria situação do problema nas relações de consumo).

Tais ponderações se fazem importantes para que se busque, de uma forma didática e explicativa, orientar o leitor a respeito do alcance do presente capítulo, facilitando a própria leitura e compreensão do texto, servindo a presente e breve explanação como um plano prévio deste tópico.

4.1. - Conceito

Não existe consenso doutrinário acerca da natureza jurídica da arbitragem, enquanto instituto, o que, pelo óbvio, irá se refletir na própria forma de conceituá-la, isso porque, como se exporá nas linhas que se seguem, ocorre oscilação em relação às opiniões acerca de tais definições.

E tal ponderação se faz importante na medida em que, delimitada tal natureza jurídica, e, por conseqüência, sendo possível estabelecer seu conceito, a arbitragem poderá ser destacada de outros institutos congêneres (como a mediação, a auto-composição etc).

Para certo segmento doutrinário, a arbitragem poderia ser entendida como um sistema de solução de conflitos⁶¹, enquanto para outros doutrinadores seria entendido como um processo de solução de litígios ou divergências⁶², ou uma técnica ou meio⁶³ (paraestatal) de solução destes conflitos.

⁶¹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 24.

⁶² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, V. 1, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1.991, 3ª edição, p. 183.

⁶³ SILVA, João Roberto da. Arbitragem – aspectos gerais da Lei nº 9.307/96. Leme: Ed. Mizuno, 2.004, p.31.

Outro segmento, ainda, divide a arbitragem entre os vários ramos do direito (direito internacional público, direito comercial, direito internacional privado, ou arbitragem de câmbio e no próprio direito processual civil), e, na acepção específica do processo civil, em sintonia, inclusive, com a idéia buscada no presente trabalho, destacam a acepção da arbitragem enquanto forma de jurisdição, ou seja, um “poder conferido a certas pessoas determinadas por lei ou indicadas pelas partes para solucionar a controvérsia judicial ou extrajudicial relativa a direito patrimonial disponível, suscitada entre elas”.⁶⁴

De todo modo, parece, a despeito de tal variedade conceitual, que existem certos elementos comuns, voltados ao aspecto de que, seja técnica, meio, processo, sistema ou poder, como aventado acima, o instituto se presta, ou seja, tem a finalidade de solucionar conflitos de interesses.

A noção de sistema comporta várias acepções, sendo um conceito filosófico que, portanto, pretenderia explicar a conceituação da arbitragem sob um prisma mais amplo, que, inclusive, extrapolaria os limites da ciência jurídica, como se pode perceber pelo grande número de significados do verbete sistema, destacado por Maria Helena Diniz.⁶⁵

A mesma situação ocorre entre as opiniões que se prestam a conceituar a arbitragem como técnica, ou como meio de solução de conflitos intersubjetivos de interesses, e, até se poderia argumentar que poderia parecer mero preciosismo diferenciar-se entre meio e técnica (dentre vários significados possíveis em vários ramos científicos, optou-se pelo de técnica de aplicação do direito, por razões óbvias, ou seja, por ter maior afinidade com o tema em

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, V. 1, São Paulo: Saraiva, 1.998, p. 251.

⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, V. 4, São Paulo: Saraiva, 1.998, p. 359

estudo), mas, em sede doutrinária, se trata de situações diferentes, como ainda asseverado por Maria Helena Diniz, para quem:

"TÉCNICA DE APLICAÇÃO DO DIREITO: Conjunto de meios que possibilitam a aplicação do direito por um órgão competente, juiz, Tribunal, autoridade administrativa ou particular, orientando a subsunção, a integração, havendo lacunas e a correção do direito se houver antinomia."⁶⁶

E, indo além, na mesma obra, para a mesma doutrinadora, meio seria "um expediente adotado para obter um fim", o que seria algo muito mais abrangente do que uma técnica, na acepção destacada acima.

De todo modo, pela pesquisa desenvolvida, percebe-se que a noção de meio ou técnica se encontra difundida de forma mais acentuada em relação ao aspecto comum a todas as definições, qual seja, o de solução de conflitos.

Isso também se adequaria ao entendimento do segmento doutrinário que apregoa que a jurisdição teria natureza de processo, tal como destacado acima, posto que, como sabido, a noção de processo seria a de um instrumento para a garantia do exercício de um poder, ou mesmo do próprio direito de ação, logo, um meio.

Neste sentido, de se pedir licença para destacar a opinião de Antônio Carlos Araújo Cintra *et alii*, para quem:

"Processo é conceito que transcende ao direito processual. Sendo instrumento para o legítimo exercício do poder, ele está presente em todas as atividades estatais (processo administrativo, legislativo) e mesmo não-estatais (processos disciplinares dos partidos políticos ou associações, processos das sociedades mercantis para aumento de capitais etc.)."⁶⁷

⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 502.

⁶⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 247.

Por isso parece mais aceita a noção instrumental da arbitragem, ou seja, a tentativa de conceituá-la ou como técnica, meio ou processo, sendo de se destacar que, como se exporá nas linhas que se seguem, no próximo subtítulo, a idéia de se conceituar a arbitragem como atividade jurisdicional ou poder jurisdicional ainda gera muita polêmica, por estar intimamente ligada à própria natureza jurídica do instituto, havendo, como se demonstrará, pelo menos três teorias a respeito do tema.

De modo, como dito acima, parece mais adequada a idéia de um conceito ligado a um caráter instrumental do instituto, ou seja, de um instituto entendido como meio (noção mais ampla) de solução de conflitos, o que não colidiria pela razão apontada, com as noções de técnica ou processo (não deixariam de ser espécies do gênero meio).

Reforça tal ponto de vista, por exemplo, a opinião de João Roberto da Silva, para quem:

“A arbitragem é, portanto, um meio alternativo de solução de conflitos, em questões patrimoniais de direitos disponíveis em que as partes, de própria vontade, pactuam suas vontades no sentido de submeterem possíveis controvérsias provenientes de contratos entre elas celebrados, ao julgamento de um juízo privado, ou seja, ao árbitro.”⁶⁸

Mas a arbitragem não é o único meio de solução de conflitos que encontra sustentação normativa no ordenamento jurídico brasileiro, o que recomenda que se passe a analisar tal aspecto, de modo a que se possa melhor aproximar do que seria um conceito mais restrito do instituto, do que o apresentado até o momento.

⁶⁸ SILVA, João Roberto da. Op. cit., p. 32-33.

Daí a necessidade de se partir para a elaboração de mais um sub item neste terceiro capítulo, que será voltado à análise de tais ponderações, separando a arbitragem de outros meios ou técnicas de solução de conflitos.

4.2. –Forma de heterocomposição

Pacificado, desta feita, o caráter instrumental, poder-se-ia aduzir que o instituto, enquanto meio de solução de conflitos, não pode ser confundido com outras formas congêneres, destinadas à mesma finalidade.

Isso porque, como é sabido, e foi destacado na parte histórica da presente monografia, existem várias formas de solução de conflitos, podendo-se destacar a auto-tutela, a auto-composição e as formas de heterocomposição, dentre as quais destacam-se a mediação, a arbitragem e a jurisdição estatal.⁶⁹

A arbitragem, não pode ser confundida como uma forma de auto-tutela no ordenamento jurídico pátrio, posto que, por definição, tal forma de solução de conflitos está relacionada ao uso da força pelos litigantes, o que somente é admitido pela legislação, em caráter excepcional, em situações de urgência.

Neste sentido, de se destacar o quanto aventado por Carlos Eduardo Ferraz de Mattos Barroso, para quem:

“A primeira forma de composição de conflitos de interesses, surgida quando da ausência de um Estado organizado, com poder suficiente para coibir os homens de buscar a solução de suas lides através da lei do mais forte e subjugo forçado do mais fraco. Muito embora seja uma espécie primária de composição de litígios, ainda hoje os ordenamentos jurídicos prevêm a possibilidade do ofendido agir imediatamente para repelir a injusta agressão, ante uma situação de

⁶⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 72.

urgência. São os exemplos do desforço imediato nas possessórias e do penhor legal ...⁷⁰

Não se cuida, no caso da arbitragem, por definição, de uma situação excepcional e de urgência, ou pelo uso da força, o que a afasta da noção de auto-tutela, devendo-se destacar que, de igual modo, não se trata de situação de auto-composição.

Essa pressupõe o ajuste prévio entre as partes, sem qualquer sujeição imposta pela força, de uma parte em detrimento da outra⁷¹, e pode ensejar três situações básicas, a submissão do réu (reconhecimento expresso do pedido), a transação (concessões recíprocas) e a submissão do autor (renúncia)⁷², percebe-se, aliás, que são as situações versadas no artigo 269, incisos II, III e V do Código de Processo Civil brasileiro.

No caso da solução arbitral, como forma de solução de conflitos, não se parte de uma idéia de auto-composição, em que os próprios envolvidos, espontaneamente, chegam a um consenso que ponha fim ao litígio, de modo que não se pode pretender classificar o instituto como forma de auto-composição, mas, em verdade, de heterocomposição, na medida em que a solução do litígio contará com a participação de um terceiro em relação às partes.

Tal forma de solução de conflitos, ou seja, a heterocomposição, se divide em três formas básicas⁷³, a mediação, a tutela (ou atividade jurisdicional estatal) e o instituto em comento nesta monografia, a arbitragem.

E, com a mediação, a arbitragem não pode ser confundida, posto que, na primeira, tem-se a figura de um terceiro, o mediador, que irá chamar as partes, para tentar a solução do litígio mediante

⁷⁰ BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Sinopses Jurídicas - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, V. 15, São Paulo: Saraiva, 1.999, p. 21.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 32.

⁷² BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. Op. cit. p. 22.

⁷³ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 74.

propostas, sem, no entanto, ter qualquer poder de coação ou coerção sobre os litigantes.⁷⁴

Na solução arbitral, ao contrário, tem-se um terceiro, denominado árbitro (pode ser uma pessoa física ou um grupo de pessoas), que será dotado de poder para decidir o conflitos entre os litigantes, através de uma decisão proferida por um laudo arbitral, nos estritos termos previstos pela Lei nº 9.307/96 (em seus artigos 13 a 18).

E, por fim, destaca-se outra forma de heterocomposição, que seria a referente à tutela ou atividade jurisdicional estatal, que parte do pressuposto do princípio da inevitabilidade do acesso à jurisdição, ou seja, na medida em que o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 05.10.1.988 estabelece que não se excluirá de apreciação pelo Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito, assumiu o Estado *lato sensu*, a função de pacificar os conflitos de interesses entre litigantes, o que se faz através da tutela enquanto forma de heterocomposição.

Sobre o tema, para conveniente que peça licença para destacar o seguinte entendimento:

"A atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. Pela jurisdição, como se vê, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); a elas que não podem mais agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional."⁷⁵

Outra questão será a referente à possibilidade de se entender a arbitragem como uma forma de jurisdição não estatal, o que, não entanto, não lhe retira o caráter de heterocomposição, e, como se exporá nos capítulos seguintes, pois este é um dos escopos do

⁷⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 74.

⁷⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit., p. 27.

presente trabalho, como destacado na introdução, surgem várias controvérsias a respeito desse caráter jurisdicional da arbitragem.

Mas, além de se haver tecido comentários sobre o caráter instrumental da arbitragem (como meio, técnica, ou processo), e de se haver concluído pelo seu caráter como forma de heterocomposição, de forma de se restringir, ainda mais o conceito, convém, antes da análise de sua natureza jurídica, que se tenham alguns comentários acerca do seu objeto.

4.3. – Objeto

Mas, de todo modo, não se cuida de um meio de solução de todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, mediante utilização de um terceiro (heterocomposição) mas, nos termos da legislação de regência, a Lei nº 9.307/96 (a conhecida Lei de Arbitragem), somente daqueles conflitos de interesses versando sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Estes, por sua vez, num primeiro momento, não suscitarão maiores dúvidas, eis que, além de se cuidar de matéria doutrinariamente construída, encontrarão definição legal expressa no novo Código Civil, a Lei nº 10.406/01 (em seu artigo 841), quando cuidou do instituto da transação (forma de extinção de obrigações mediante concessões recíprocas).

Neste sentido, de se pedir licença para destacar o seguinte trecho doutrinário em relação a tal tema:

“Direitos patrimoniais disponíveis são aqueles de caráter particular, que podem ser objeto de transação (art. 841 do Novo Código Civil). São aqueles bens que podem ser

livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. Não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família, e em especial ao estado de pessoa (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que tem por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.”⁷⁶

Com igual entendimento, reforçando o caráter de livre disposição, que, quanto a este aspecto, resta como matéria pacífica, de se aduzir, ainda:

“DISPONÍVEL. Na linguagem jurídica, disponível, de dispor (latim, *disponere*), quer exprimir tudo, de que se possa dispor livremente. E, a rigor da técnica jurídica, quer então significar toda espécie de bens que possam ser negociados ou alienados, porque se encontrem livres e desembaraçados e porque possa o alienante dispor deles a seu bel-prazer, visto ter capacidade jurídica e estar na livre administração de seus bens.”⁷⁷

Interessante, ainda, a consideração trazida por Carreira Alvim, no sentido de que, em relação a tal disponibilidade do objeto, não se pode pretender alcançar a abrangência que certas matérias indisponíveis atingiram em sede de possibilidade de transação processual judicial (asseverando, com propriedade, que certos direitos seriam indisponíveis, mas transigíveis), posto que, como é sabido, alimentos e créditos oriundos de acidentes do trabalho tem natureza indisponível, mas, não obstante tal caráter, admite-se

⁷⁶ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96, APUD SILVA, João Roberto da. Arbitragem – aspectos gerais da Lei nº 9.307/96. Leme: Ed. Mizuno, 2.004, p. 30.

⁷⁷ SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 101.

transação judicial (daí se falar em direito indisponível transigível) em relação ao *quantum debeatur*, posto que, para o referido autor, o âmbito da arbitragem é restrito à disponibilidade do objeto, por expressa determinação legal.⁷⁸

Entender-se de modo diverso, inclusive, implicaria em ter que se admitir, por exemplo, a intervenção do Ministério Público, ou, previamente buscar-se alvará judicial, o que seria contrasenso posto que, como destacado na introdução e na parte histórica do presente trabalho, o que as partes buscam pela solução arbitral é uma via mais célere que a jurisdicional estatal.

Com isso, diminuirão críticas no que tange à possibilidade de prejuízos ao interesse público, eis que, se indisponíveis os direitos em questão, a arbitragem não poderá ser utilizada.

Isso, torna-se a insistir, eis que já frisado na introdução do presente trabalho, no âmbito do processo civil brasileiro, o que evita discussões, no âmbito desta monografia, como a advinda da utilização da arbitragem na solução dos dissídios coletivos do trabalho, em virtude da nova redação conferida ao artigo 114 da Constituição Federal (como sabido, há muita resistência em entender direitos trabalhistas, de natureza alimentar, como direitos de natureza disponível, o que acaba por inviabilizar a sua aplicação no âmbito dos conflitos individuais não obstante a permissão constitucional no âmbito coletivo)⁷⁹.

Essa orientação, restritiva da aplicação do instituto ao âmbito dos direitos patrimoniais privados e que foi trazida pela norma contida no artigo 1º da Lei de Arbitragem acaba sendo consentânea com o entendimento que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo à constitucionalidade da arbitragem no direito brasileiro, o que será destacado nos últimos capítulos do presente trabalho.

⁷⁸ ALVIM, J. E. Carreira Op. cit., p. 32-33.

⁷⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. Op. cit., p. 88.

Ainda dentro da análise do conceito, sob a ótica do objeto passível de discussão pela arbitragem, convém que se destaque que não se podem empregar como expressões sinônimas os termos arbitragem e arbitramento, o que alteraria, por completo, o objeto a ser estudado e o próprio conteúdo a ser dirimido (questão que está sendo enfrentada neste sub-item).

Tal ocorre porque, malgrado tenha sido o arbitramento empregado originariamente para englobar a idéia de arbitragem (isso, durante a Idade Média, como, aliás, frisado no primeiro capítulo da presente monografia), o instituto implicava na acepção de forma de solução de conflitos entre Estados, no direito internacional público (o que, implicaria possibilidade de discutir direitos indisponíveis), noção essa que foi se afastando, no decorrer dos séculos, do vocábulo arbitragem.⁸⁰

Maria Helena Diniz⁸¹, inclusive, em obra já destacada durante o desenvolvimento dos capítulos anteriores, chega a apontar vários outros significados da expressão arbitramento, inclusive dentro do processo civil (apontando a idéia de uma perícia para aferição do valor de um dado bem ou direito), em sentido diverso do empregado quando se tem em mente a idéia da arbitragem, o que bem ilustra a impropriedade de se empregar uma expressão pela outra.

4.3.1. – Objeto patrimonial disponível e relação de consumo

Mas, ainda dentro do objeto, não se pode pretender deixar de analisar a situação das relações de consumo, eis que, muitas vezes, o que se tem é uma compra e venda versando sobre objeto patrimonial

⁸⁰ SILVA, João Roberto da. Op. cit., p. 38.

⁸¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 252-253.

disponível, que, em tese, ante o demonstrado até então, seria passível de instituição de convenção de arbitragem.

Contudo, caso se cuide de uma relação que possa ser tida como consumerista, ou seja, disciplinada pela Lei nº 8.078/90, o chamado Código de Proteção e Defesa do Consumidor, algumas considerações deverão ser tecidas, observando-se algumas cautelas.

Isso porque não se desconhece a argumentação dos defensores da arbitragem no sentido de que a legislação vedaria a imposição da arbitragem, ao menos no que tange às relações de consumo⁸², tal como defluiu, de forma expressa da norma contida no artigo 51, inciso VII do Código do Consumidor.

Mas a questão é mais complexa do que possa parecer num primeiro momento, posto que, o que a legislação consumerista veda é a imposição compulsória da arbitragem em uma relação de consumo.

Em relação a tal aspecto, a disposição chega a ser redundante e nem precisaria estar escrita, eis que, como sabido, eis que já destacado, a arbitragem deve surgir de um acordo de vontades, em tese bilateral, não se podendo dar maior crédito a imposições unilaterais.

Mas, não se pode pretender que se cuide de uma proteção pífia, aparente, sem maior efetividade, o que, do ponto de vista prático, apresenta alguns óbices, posto que, em primeiro lugar, sobretudo, entre empresas, surgem, algumas vezes, dificuldades para caracterizar uma relação como sendo de consumo, e, portanto,

⁸² Alguns asseveram que a Lei nº 8.078/90, o conhecido Código de Proteção e Defesa do Consumidor, seria uma alternativa a esses problemas, mas, parecem se esquecer que a Lei nº 9.307/96 é lei posterior e especial, o que suscitará acalorados debates a respeito da possibilidade de sua utilização em sede de direito do consumidor, sobretudo em virtude dos grandes interesses de grupos econômicos hegemônicos que pretendem, cada vez mais, exaurir a possibilidade de um Poder Judiciário independente e soberano.

estando regida de acordo com as regras previstas pela Lei nº 8.078/90.

Sobre o tema já se manifestou a jurista Cláudia Lima Marques, em célebre obra, afastando a incidência da legislação protetiva do consumidor (Lei nº 8.078/90) de uma grande esfera dos contratos de empréstimo bancário, como se observa pela transcrição do seguinte trecho de sua obra (aliás adotado por inúmeros segmentos da jurisprudência pátria):

"Resta saber se o consumidor é o co-contratante no contrato em exame. Já observamos que a característica maior do consumidor é ser o destinatário final do serviço, é utilizar o serviço para si próprio. Nesse sentido, é fácil caracterizar o consumidor como destinatário final de todos os contratos de depósito, de poupança, e de investimentos que firmar com bancos. A dificuldade está na caracterização do consumidor, nos contratos de empréstimo, onde há uma obrigação de dar, de fornecer o dinheiro, que é bem juridicamente consumível. Nestes casos, a pessoa é destinatária final fática, mas pode não ser a destinatária final econômica Neste sentido, podemos concluir que os contratos entre o Banco e os profissionais, nos quais os serviços prestados pelos Bancos estejam, em última análise, canalizados para a atividade profissional destas pessoas físicas (profissionais liberais, comerciantes individuais) ou jurídicas (sociedades civis e comerciais), devem ser regidos pelo direito comum, direito comercial e leis específicas sobre o tema. Só excepcionalmente, por decisão do Judiciário, tendo em vista a vulnerabilidade do contratante e sua situação equiparável ao do consumidor *stricto sensu*, serão aplicadas as normas especiais do CDC a estes contratos entre dois profissionais. Para caracterizar estes contratos como contratos de consumo ou não o fator decisivo não é a existência de uma lei especial (por exemplo, Lei do Mercado de Capitais), que regule o contrato bancário, decisiva é a presença de um consumidor ou de um profissional-vulnerável, que possa também ser equiparado ao consumidor, em matéria de proteção contratual." ⁸³

E para que não se alegue que estar-se-ia destacando-se posições isoladas, ainda de se destacar, sobre o tema, a lição de Toshio Mukai, para quem:

⁸³ Marques, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 1.995.

"Observe-se, por outro lado, que, entretanto, a pessoa jurídica só considerada consumidor, pela Lei, quando adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, não assim, quando o faça na condição de empresário de bens e serviços com a finalidade de intermediação ou mesmo como insumos ou matérias-primas para a transformação ou aperfeiçoamento com fins lucrativos (com o fim de integrá-los em processo de produção, transformação, comercialização ou prestação a terceiros)."⁸⁴

E, ainda mais, a Lei nº 9.307/96, ao instituir o novo modelo de arbitragem no Brasil, já apresentou a possibilidade de inserção de cláusulas compromissórias, ou mesmo convenções de arbitragem, no bojo de contratos de massa, notadamente os de adesão, muitas vezes comuns em sede consumerista, surgindo daí a necessidade de se integrar as próprias disposições do artigo 54 e seus consectários do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, com os termos da norma contida no artigo 4º da Lei de Arbitragem da qual se cuida.

Isso porque, como não pode deixar de ser destacado, a Lei nº 9.307/96 é especial e posterior à própria Lei nº 8.078/90, de modo que parece ter havido uma derrogação parcial desta última em relação a tal tema, possibilitando-se, em algumas situações, e respeitados os parâmetros acima destacados, a inserção de cláusulas ou convenções de arbitragem em contratos de adesão.

Assim, uma primeira dificuldade já surgiria daí, posto que, nem sempre será possível ao empresário caracterizar uma relação envolvendo um grande grupo econômico, como uma relação de consumo, e com isso não se poderia ensejar a aplicação da norma contida no artigo 4º da Lei nº 9.307/96, que, supostamente, resguardaria as relações de consumo em matéria de arbitragem.

⁸⁴ Mukai, Toshio et alii –Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1.991,p. 6.

Mas, mesmo que assim não fosse, o que se admite por mero amor à dialética, de se ponderar que o mesmo artigo 4º, mencionado acima, com seus consectários, não é apto à uma proteção efetiva do consumidor, a despeito de opiniões divergentes.

Tal ocorre porque, se o parágrafo primeiro deste artigo tivesse se limitado a permitir a arbitragem apenas quando a instituição quando partisse do consumidor, não permitindo que tal instituição figurasse em contrato de adesão (ou seja, como estipulação do proponente restando ao aderente concordar, ou, com o montante global e total das cláusulas), até que se poderia pensar numa proteção mais efetiva.

Contudo, esse não foi o entendimento do legislador pátrio, que, ao revés, previu a iniciativa do consumidor, mas inseriu a partícula "ou", possibilitando, expressamente, a instituição por contrato de adesão, mesmo quando a iniciativa da arbitragem não seja do consumidor.

E, de nada adianta o estabelecimento formal de uma garantia em favor do consumidor, no gênero de exigir-se que a arbitragem seja instituída de forma clara e destacada do texto de um contrato, posto que, do ponto de vista da efetividade, ou o consumidor aderirá para obter o produto, ou, se discordar, não realizará o contrato (a experiência bancária está aí para que todos possam verificar como ocorre do ponto de vista empírico).

Isso, pelo óbvio, não poderia ser entendido como uma inconstitucionalidade expressa da nova lei, que, ao contrário, sob a égide formal tem sido reconhecida como constitucional (existe capítulo específico nesta obra a respeito do tema), mas dentro de uma proposta crítica de análise do instituto, como já asseverado na introdução do presente livro, não se pode deixar de apontar para este aspecto negativo da questão, que deve ser sopesado.

E iniquidades, pelo óbvio, ocorrerão, devendo-se pensar, por exemplo, no caso de um grande banco que, para efetuar o refinanciamento de uma dívida já vencida, com o devedor, imponha um contrato com uma cláusula de convenção de arbitragem, o fazendo de forma expressa e clara, com destaques e negrito para a cláusula, e através da qual se estabeleça (já adiantando os termos do próprio compromisso) que o árbitro seja o gerente de um outro banco, também associado à FEBRABAN, ou jurista que já tenha publicado teses justificando a cobrança de juros onzenários por instituições financeiras, contrariando os termos de jurisprudência majoritária de Tribunal Superior do país.

Do ponto de vista prático, não se poderá deixar de consignar que tais dados deverão ser sopesados e discutidos, até porque, como sabido, a coação e a própria lesão são causas de anulabilidade de um ato jurídico, e a instituição de arbitragem, seja por uma convenção em instrumento único, seja, por meio de cláusula compromissória em outra espécie de ajuste, não deixam de ser atos jurídicos passíveis de nulidade.

E, por mais que o consumidor saiba o que ocorre, não conseguirá obter a repactuação se não firmar a convenção, nada podendo fazer em relação ao árbitro, posto que, formalmente, não se encontram presentes quaisquer das hipóteses de impedimento ou suspeição que poderiam ser alegadas em face de um Juiz estatal (isso sem que se mencione que o critério de decisão pode ser, como já mencionado linhas atrás, o da equidade, ainda mais amplo, permitindo uma margem de discricionariedade cada vez maior, agravando-se a questão formulada).

Verifica-se, portanto, que o grande problema será o de que, admitindo-se a regularidade do estabelecimento da arbitragem nessas condições (e dificilmente se poderá impedir que isso ocorra), o Poder Judiciário não estará presente para corrigir distorções e

limitar abusos, como, para que se permaneça com o mesmo exemplo, ocorreu na vasta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em matéria bancária, com várias súmulas limitadoras (não se desconhece que a própria Lei nº 9.307/96 estabelece que o próprio árbitro decidirá sobre questões referentes à inexistência, invalidade ou ineficácia da cláusula compromissória).

E não se pretende aduzir que os árbitros não venham a ser imparciais, como exige a lei que o sejam, mas corre-se o sério risco de que, em contratos de adesão, se escolham representantes de classes setoriais, ideologicamente comprometidos com o desfecho da lide, o que não se pode conceber, por razões óbvias (ainda não se ponderou a respeito, mas não se pode deixar de considerar que o árbitro estará exercendo função de agente público, ainda que de investidura temporária, não se podendo deixar de analisar a questão sob a ótica do próprio princípio da moralidade dos atos do Poder Público, expressamente previsto na norma contida no artigo 37 da Constituição Federal em vigor).

Resta, portanto, saber-se se há necessidade de uma mera garantia formal da democracia, ou se urge o estabelecimento de mecanismos eficazes de garantia efetiva das liberdades públicas, posto que, se optar-se pela segunda proposta, a arbitragem parece colaborar para a inversão das prioridades na forma susomencionada, não obstante o reconhecimento de sua constitucionalidade (questão diversa) e suas eventuais vantagens para que se alcancem a celeridade e a satisfatividade processuais.

Tecidas, desta forma, as breves considerações acerca do conceito de arbitragem, de se passar à análise da natureza jurídica do instituto, o que, como se observará, fomenta acalorados debates doutrinários.

4.4. – Natureza Jurídica

Como sabido, não basta que se tenha o conceito de instituto para diferenciá-lo dos seus congêneres, sendo necessário que se examine sua natureza jurídica, e essa atividade, como preconizado pela doutrina, poderia ser sintetizada de modo tal que “determinar a natureza jurídica de uma instituição é estabelecer seu ser jurídico, ou seja, sua posição no mundo do direito, ou, ainda, sua essência.”⁸⁵

A questão da natureza jurídica do instituto da arbitragem, não obstante o seu caráter instrumental a que se chegou em item anterior desta monografia, não é um assunto pacífico seja no direito nacional, seja no direito estrangeiro, havendo, inclusive, divergências a respeito de quantas correntes básicas haveria acerca de tal tema.

Ora, para alguns autores, haveria duas correntes básicas para explicar a natureza jurídica do instituto, uma publicista e outra privatista.⁸⁶ Mas, divergindo desta opinião, outro segmento entende possível a identificação de uma terceira corrente, de índole intermediária entre essas mesmas duas já citadas.⁸⁷

E, como se pode perceber pelo próprio nome, o segmento doutrinário que pode ser classificado como privatista, parte da premissa de que a arbitragem tem um caráter contratual, o que, numa acepção mais tradicional, aproximaria o instituto do direito privado, até porque o material lógico sobre o qual se disporá em laudo arbitral pertine, como visto acima, em direitos disponíveis, típicos deste direito privado.⁸⁸

No plano do direito estrangeiro, parece preconizar este aspecto privatista da arbitragem, Salvatore Satta, para quem haveria entre as

⁸⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.41.

⁸⁶ SILVA, João Roberto da. Op. cit., p. 45-47.

⁸⁷ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 31.

⁸⁸ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.41.

partes um contrato de locação de serviços, como, ademais aduzido no capítulo referente ao estudo do direito estrangeiro, sendo conveniente, para ilustrar tal posicionamento, que se destaque o seguinte trecho de sua obra a respeito deste tema:

“Entre as partes e o árbitro pois se poderá observar que venha a constituir um contrato de locação de serviços, do qual fluirão direitos e obrigações recíprocos (arts. 813, 814); porém se isto é real, verdadeiro ainda será esse contrato e não exaurirá a relação entre as referidas partes e o árbitros, uma vez que estes são dotados de uma faculdade que exorbita a prestação comum, e que os coloca em uma posição de supremacia a respeito daqueles que os escolheram. Será um erro dizer que essa faculdade legal tem cunho jurisdicional, e como tal seja isso oriundo da lei, ou da designação das partes; de jurisdição, não têm os árbitros qualquer elemento, nem podem fazer jurar testemunho, nem ordenar seqüestro, nem uma injunção etc.;”.⁸⁹

No direito brasileiro, antes da publicação da Lei nº 9.307/96, esta corrente contratualista ou privatista, preconizava a idéia segundo a qual o cumprimento do laudo arbitral acabaria sendo visto como a implementação de uma obrigação de fazer inscrita no compromisso, e que, portanto, se houvesse descumprimento, a questão poderia se resolver em perdas e danos.⁹⁰

Tal concepção, no entanto, foi alterada pelo advento da chamada Lei da Arbitragem de 1.996, que conferiu ao laudo arbitral a situação jurídica de título executivo judicial (alterando-se a própria redação do artigo 584 do Código de Processo), tratando o árbitro como Juiz de fato e de direito (artigo 18 da Lei nº 9.307/96).

Carreira Alvim enumera os vários precursores da doutrina contratualista no direito estrangeiro, trazendo, ao lado de Salvatore Satta, transcrito acima, juristas como Chiovenda, Crisanto Mandrioli e Elio Fazzalari, em relação ao posicionamento doutrinário italiano,

⁸⁹ SATTA, Salvatore. Op. cit., p. 465.

⁹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de E BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 20.

destacando, ainda, no direito alemão, como partidários desta corrente, Leo Rosenberg e Adolfo Schonke.⁹¹

A corrente publicista, por sua vez, entende a arbitragem como manifestação de um poder de dizer o direito, aproximando o instituto do direito público (o direito processual, como sabido, em sede doutrinária é destacado como um ramo do direito público), até porque se cuidaria de atividade sucedânea e complementar do Poder Judiciário, com o que as partes estabeleceriam verdadeiro critério de competência para o julgamento, aduzindo, ainda, que o laudo seria exequível tal como uma sentença judicial⁹².

Em alusão a tal corrente, também denominada processualista, e para melhor entendê-la, de se aduzir a opinião de Luiz Fernando Guilherme, para quem:

“A segunda corrente vê na convenção arbitral – que é negócio jurídico privado – a fonte dos poderes dos árbitros, ou, antes, da vontade das partes, mas é a vontade da lei que permite celebra-la. Em outros termos, sobreleva o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado.”⁹³

Tal como apontado acima, em relação ao segmento contratualista (privatista), Carreira Alvim também procurou apontar os principais autores estrangeiros que apontam no sentido de que se teria um caráter publicista em relação à natureza jurídica da arbitragem, e, quanto a este aspecto, observa-se que defendem esta tendência autores como Sérgio La China e Ludovico Mortara, sustentando, em síntese, que os árbitros, por lei, seriam investidos de jurisdição, posto que tal legislação lhes permite o cumprimento de ato de soberania do Estado, e, sendo assim, sua atividade seria da

⁹¹ ALVIM, J. E. Carreira Op. cit., p. 24-28.

⁹² MAGALHÃES, José Carlos de E BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 21-22.

⁹³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.41.

mesma natureza da dos magistrados togados oficiais. No direito brasileiro, de se destacar os entendimentos de Humberto Theodoro Jr. e Hamilton de Moraes e Barros, concordando com este aspecto jurisdicional sobre a natureza jurídica da arbitragem, além do próprio Carreira Alvim.⁹⁴

Entre os dois extremos, surge uma terceira corrente doutrinária, de cunho mais eclético, tanto que denominada intermediária, segundo a qual embora tenha origem privada, advindo de um acordo de vontades entre as partes, advém de uma atividade do árbitro de dizer o direito, sem que, no entanto, tal atividade seja entendida como jurisdicional, isso porque a decisão do árbitro não seria, propriamente, uma sentença, eis que dependeria de contribuição judicial para que passe a ter executoriedade.⁹⁵

No direito nacional, defendem este posicionamento, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, para quem, em comentários sobre as correntes publicista e contratualista, concluem pela corrente intermediária, do seguinte modo:

"As duas posições, contudo, são extremadas e podem ser conciliadas. A arbitragem possui base contratual, que é o compromisso, de característica estritamente consensual e que estabelece as diretrizes do juízo arbitral que institui. Mas o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seu fundamento e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes. Assim, as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios."⁹⁶

Ainda relevante, a opinião de Luiz Fernando Guilherme que, sobre tal corrente doutrinária, sintetiza, dizendo muito, em pouco:

⁹⁴ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 24-28

⁹⁵ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.42.

⁹⁶ MAGALHÃES, José Carlos de E BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 20-21.

"A terceira corrente sustenta, de um lado, que a decisão do árbitro não é uma sentença, porquanto precisa do decreto de executoriedade (não só para ser executiva, mas também para ser obrigatória), de outro, que o árbitro e o juiz concorrem para a formação da decisão da controvérsia, o que evidencia que a sentença (e também o juízo) é constituída tanto pelo laudo como pelo decreto do magistrado."⁹⁷

Defendem este posicionamento, na doutrina estrangeira, autores de grande renome como Francesco Carnelutti, Piero Calamandrei e Hugo Rocco.⁹⁸

Ponderadas as três correntes, e, tendo em vista o regime jurídico que a Lei nº 9.307/96, (neste sentido, sua norma contida no artigo 31) alterando a estrutura do instituto, diante do que foi estabelecido pelo regime anterior (o do Código de Processo Civil de 1.973, em seus artigos 1.072 a 1.102, expressamente revogados, trazia regime que previa a necessidade de homologação do laudo arbitral para que fosse executado), pretendeu conferir autonomia à autoridade do árbitro para dirimir conflitos de interesses, tornando desnecessária a homologação judicial (o que acabava por tornar ineficaz o instituto, remetendo, novamente a análise do caso ao Poder Judiciário, moroso pelo excesso de serviços, como se exporá adiante), não se pode pretender a aplicação de uma corrente eclética ou intermediária, que afastava o caráter jurisdicional do instituto, como aventado acima, pela necessidade de concorrência entre árbitro e Juiz, ou seja, mesmo tendo em vista que o árbitro ainda não dispõe de autonomia para determinar atos de execução, a legislação nacional alterou a situação anterior, em que havia necessidade de concorrência entre árbitro e Juiz para a eficácia da decisão, de modo que a sentença arbitral se torna completa diante da atividade exclusiva do árbitro, esgotando-se a atividade de dizer o direito.

⁹⁷ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Op. cit., p.42.

⁹⁸ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 24-28.

Não se pode, diante disso, pretender retirar o caráter jurisdicional da arbitragem pelo regime atual do instituto, que tornou desnecessária a homologação da decisão arbitral que pode ser executada, desde logo, sem a necessidade de atividade de integração estatal (tanto que a redação da norma contida no artigo 584 e seus incisos do Código de Processo Civil foi alterada para que se inserisse a sentença arbitral como título executivo judicial).

Desta forma, mesmo tendo uma natureza, quanto à sua origem, contratual, privada, implica, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, e será desenvolvido oportunamente, em capítulo que se seguirá, as partes podem, por este ajuste, renunciar ao acesso à jurisdição estatal.

De tal modo, não há como se deixar de atentar para o fato de que o árbitro está dotado do mesmo poder do Juiz Togado estatal, o que reforça o caráter jurisdicional do instituto, e, como destacado acima, não há mais como, diante da expressa letra da lei, em se afastar tal caráter ou tornar o instituto um híbrido intermediário, pela desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário para a total eficácia da decisão arbitral.

Conclui-se, portanto, pelo caráter jurisdicional do instituto nos termos em que a questão veio a ser abordada e disciplinada no direito brasileiro, pela Lei nº 9.307/96. Tal lei, inclusive, de forma expressa, tratou o árbitro como juiz de fato e de direito (artigo 18), denominando suas decisões finais como sentenças arbitrais (artigo 32), o que implica em dizer que, numa interpretação literal da vontade do legislador, a arbitragem é um instituto de natureza jurisdicional.

E esta conclusão acaba por ser embasada pelos ensinamentos de considerável entendimento doutrinário acerca do direito nacional, podendo-se destacar, por exemplo, o já destacado Carreira Alvim, para quem:

"Existem diversos sistemas que possibilitam alcançar a resolução dos litígios, sendo o mais prestigiado deles o sistema jurisdicional, em que o Estado se encarrega de instituir adrede órgãos destinados a essa finalidade (juízos), reservando-se, com exclusividade ou não, o monopólio da distribuição da justiça. É o denominado sistema da justiça pública, que tem no Estado não só o seu organizador, como, sobretudo, o seu fiel garantidor, pela força que põe (e só ele pode pôr) a serviço da atividade jurisdicional. ... A verdadeira natureza jurídica da arbitragem, é, entre nós, de cunho jurisdicional, possuindo a sentença arbitral a mesma eficácia que a ordem jurídica reconhece à sentença judicial (art. 31, LA)."⁹⁹

Trazendo novos argumentos que reforçam o caráter jurisdicional da arbitragem, de se considerar, ainda, a opinião de João Roberto da Silva, segundo a qual:

"Extraí-se da Lei nº 9.307/97 uma preocupação em evitar ao máximo a interferência do Poder Judiciário no processo arbitral, cabendo a esse decidir todas e quaisquer questões relacionadas com a matéria a ele submetida pelas partes, exceto aquelas de direito indisponível. O árbitro, por este motivo, é qualificado como juiz de fato e de direito, equiparando-se aos juízes ordinários para efeitos de impedimento e suspeição, e aos funcionários públicos para os fins de responsabilidade criminal. Assim, a decisão do árbitro é uma sentença que produz os mesmos efeitos de uma decisão judicial, e é título executivo judicial (art. 584, III do Código de Processo Civil)."¹⁰⁰

Por essas razões todas, diante tudo quanto destacado acima, mesmo que não se cuide de opinião unânime, parece assistir melhor razão ao segmento que defende o caráter jurisdicional do instituto em exame no presente trabalho, de modo que se deve concluir, em relação à natureza jurídica jurisdicional.

ARBITRAGEM E CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

⁹⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 28-31.

¹⁰⁰ SILVA, João Roberto da. Op. cit., p. 46.

Se, como destacado no capítulo referente ao conceito e natureza jurídica, a arbitragem pode ser entendida como instrumento (ou seja, um meio, técnica ou processo) de solução de conflitos intersubjetivos de conflitos, de se analisar em que medida a mesma poderia ser empregada como modo de contribuir para a solução do fenômeno denominado como crise do Poder Judiciário (outra forma de heterocomposição de conflitos), o que pode ser explorado em virtude do caráter jurisdicional desse instituto.

Assim, num primeiro momento, se deve procurar entender se o Poder Judiciário se encontra em crise de modo a necessitar de um instituto como a arbitragem, o que pressupõe que se deva analisar se o mesmo Poder Judiciário acaba por se tornar um órgão efetivo e eficaz, ou seja, se cumpre a contento os seus objetivos institucionais, na forma que se passará a expor em seguida.

Isso porque, como apontado na introdução e na parte histórica do presente trabalho, a principal causa que embasou a alteração do regime jurídico da arbitragem, nos termos em que publicada a Lei nº 9.307/96 (conferindo o caráter jurisdicional da arbitragem), foi, justamente, o que se convencionou chamar de crise do Poder Judiciário, que não seria, mais efetivo ou eficaz.

E, como sabido, tais fenômenos não se confundem, na medida em que a eficácia é um conceito ligado à aptidão para que dado ato ou fato produza efeitos, o que não se confunde com a efetividade, que está ligada a uma noção de algo que se encontra em atividade.¹⁰¹

Sobre tal tema, vale lembrar, como assevera João Batista Lopes:

“A preocupação com a efetividade do processo é a tônica na doutrina contemporânea, mas o tema não constitui novidade absoluta, como se demonstra com a célere frase de

¹⁰¹ SILVA, De Plácido e. Op. cit., p. 138.

Chiovenda: *"il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi há un diritto tutto quello e próprio quello ch'egli diritto conseguire.* O conceito de efetividade é, porém, volátil ou indeterminado. Etimologicamente, efetividade deita raízes no Latim (ex mais *facere: efficere*), que significa fazer inteiramente, produzir, executar, cumprir."¹⁰²

E se efetividade está ligada a um fazer inteiramente, de se analisar as funções do Poder Judiciário e do próprio processo para que se verifique, se, na prática cotidiana, ambos atingem inteiramente tais finalidades, malgrado as críticas acima mencionadas.

Não bastará, portanto, uma mera existência formal de um Poder Judiciário, se este não estiver em plena atividade (ou seja, se não for efetivo) e não produzir, validamente, os efeitos que dele se espera (eficácia do Poder Judiciário, como instituto), de modo que, se essas considerações não forem alcançadas, a noção de crise estará legitimada.

De um modo geral, observa-se que alguns argumentos desgastantes para este Poder são perenes, tais como as alegações de demora na prestação dos serviços, o excessivo formalismo com dificuldade de acesso, os altos custos e a complexidade (e o Poder Judiciário, para que se possa dizer efetivo, obviamente, deverá solucionar todas essas pendências).

Tais dados, aliás, acabam sendo de conhecimento geral, eis que mesmo os não operadores do direito, acabam por ter tal opinião formada na medida em que são informações divulgadas constantemente pela imprensa, de forma generalizada (programas de televisão, rádio, jornais, revistas etc.).

Ora, como mencionado na introdução do presente trabalho, a globalização acabou por implicar uma total alteração da forma de

¹⁰² LOPES, João Batista. Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2.003, p. 32.

realização da atividade econômica, posto que, com o advento de avanços tecnológicos, e, sobretudo, da própria internet, as interações entre sujeitos, passaram a ocorrer de forma mais rápida e intensa, o que acelerou a possibilidade de ocorrência de litígios, posto que, por uma razão lógica, quanto mais freqüente a incidência de relações jurídicas, maior a probabilidade de que seus sujeitos venham a ter divergência, por mera proporcionalidade matemática.¹⁰³

Tal fenômeno não é uma situação típica do Poder Judiciário nacional, mas, ao contrário, acaba por ocorrer no mundo todo, eis que a globalização ocorre, como o próprio nome indica, como um fenômeno de escala mundial, sendo certo que tal implicou num aumento do número de demandas em escala muito maior do que faria supor o crescimento da população, podendo-se dar como exemplo, no caso brasileiro, que entre os anos de 1.990 e 1.998, enquanto que a população cresceu 11,33%, o número de demandas em primeira instância, cresceu 106,44%, o que fez com que o número de processos por habitante do país passasse de um processo por grupo de quarenta habitantes para um processo por grupo de vinte e dois habitantes.¹⁰⁴

Sobre tais aspectos do excesso desproporcional do volume de serviços e sobre a crise do Poder Judiciário, que teria como maior fator de desgaste a morosidade, de se destacar a opinião do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo Saraiva da Costa Leite, que entende:

"O Judiciário vive hoje, senão a maior, uma das maiores crises da sua história. A sua credibilidade jamais foi tão fortemente atingida como nos dias que correm. A propósito, é inegável a existência de um fator de natureza política, identificado em ações deliberadas que se voltam para o enfraquecimento institucional, na intenção de fazer do Judiciário bode expiatório; todavia, o que tem comprometido

¹⁰³ FARIA, José Eduardo. Op. cit., p. 39.

¹⁰⁴ SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça. São Paulo, Konrad Adenauer, 2.001, p. 15.

mais acentuadamente a sua imagem a morosidade na solução de conflitos. Sem que isso sirva a obnubilar as causas internas de problema tão grave, como a negligência de juízes e a atitude passiva de dirigentes de Tribunais, certo é que concorrem de forma preponderante causas externas. Nessa perspectiva, cabe lembrar um mal crônico que padece o Poder Judiciário: a escassez de recursos orçamentários. Ressente-se, em consequência, de uma estrutura capaz de atender satisfatoriamente às exigências dos jurisdicionados. É ridícula, por exemplo, a relação de juiz por número de habitantes no Brasil. Enquanto a vizinha Argentina tem um juiz para cada nove mil pessoas, este número sobe para cerca de 25 mil em nosso país. Aparelhar o Judiciário, aí compreendidos os recursos humanos e materiais, significa não só imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional como ganhar em qualidade. De outra parte, assume grande relevo o anacronismo de nossas leis processuais. De fato, competindo com o desmedido formalismo, vêem-se sistemas de recursos e o de execução de julgados; aquele a facilitar a protelação, este a dificultar a efetividade da provisão jurisdicional, ambos, portanto, aconvocarem urgente revisão. Sobressai, além do mais, o significativo aumento do número de demandas. A revitalização da ordem jurídica brasileira, com o advento da Constituição de 1.988, foi um fato positivo, que muito contribuiu para uma maior procura do Judiciário. Mas há um fato negativo a merecer registro, no particular, qual seja, a excessiva litigiosidade da Administração Pública em todos os seus níveis, abarrotando de processos os juízes e tribunais do país.”¹⁰⁵

E, com a estrutura física atual, o Poder Judiciário passa a não prestar sua atividade típica a contento, o que é um dos aspectos do fenômeno da sua crise (muitas vezes em decorrência do esgotamento do próprio paradigma vigente, ou seja, o paradigma do direito natural)¹⁰⁶.

Tal paradigma, justamente por não se prestar à resolução de questões mais complexas, como as decorrentes de massificação das lides (fenômeno mencionado na introdução do presente trabalho, e que é decorrente desta mesma globalização), complexidade do mundo negocial, com inserção da mulher e de outros grupos antes

¹⁰⁵ LEITE, Paulo Saraiva da. Atualidade e Perspectivas do Judiciário Brasileiro. Revista Jurídica V. 291, Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2.002, p. 7.

¹⁰⁶ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos na América Latina. São Paulo: Companhia das Letras, Brasil, 1.991, p. 84.

excluídos no mercado de trabalho, a normatização de inúmeras áreas do conhecimento etc., acaba gerando a necessidade de um novo paradigma que, *in casu*, deveria ser o paradigma da filosofia do direito (ou seja, o de um conhecimento menos dogmático, mais aberto ao pensar).¹⁰⁷

O Poder Judiciário, portanto, sendo visto como um guardião constitucional da ordem jurídica e da pacificação dos conflitos de interesse, deverá iniciar um processo de recuperação de sua eficiência na missão primordial de dizer o direito (o *juris dicere*) e impor decisões (adotando-se a concepção da jurisdição enquanto poder), malgrado, sob um prisma de fundamentação política da existência de um Poder Judiciário, se possa, também aduzir, que sua função estaria relacionada à pacificação imparcial de conflitos (como é sabido, eis que mencionado com certa freqüência pela doutrina processualista¹⁰⁸, e mesmo constitucionalista¹⁰⁹, a jurisdição é fenômeno de muitas faces que pode ser analisado sob o prisma do poder, da sua função e da sua atividade) e à garantia das liberdades públicas (função geralmente destinada aos órgãos de cúpula ou Cortes Constitucionais), conferindo eficácia às garantias constitucionais.

Assim, definida a natureza da função típica do Poder Judiciário, que seria o do exercício da jurisdição, neste tríplice aspecto (poder, função e atividade), e, tendo em vista o aumento de sua carga normal de serviços em volume superior ao próprio aumento populacional, parece óbvio que sua estrutura acaba por se demonstrar insuficiente para que o ritmo de prestação de serviços se considere inalterado, não sendo suficiente para superar tal demanda, o que deve ser analisado em conjunto com razões de ordem técnica (

¹⁰⁷ LAFER, Celso. Op. cit., p. 86

¹⁰⁸ CINTRA, Antonio Carlos, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 32.

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2.000, p. 430-431.

normas obsoletas) e aspectos institucionais (a fiscalização do trabalho dos julgadores)¹¹⁰, ou seja, além do grande acúmulo dos serviços, de se acrescentar a isso tudo, a complexidade das relações jurídicas, o que acaba por fazer surgir o caos jurídico, como apontado pela mídia, em várias oportunidades, e, neste sentido, válida é a ilustração apresentada por Vicente Carlos Lúcio, que adverte:

"Nosso país e nosso ordenamento jurídico andam tão tumultuados em relação a normas legais, que o Jornal O Estado de São Paulo, de 10.11.1.996, na p. A4 (Política), que traz como subtítulo o Caos Jurídico, faz críticas e diz que "emaranhado confunde juiz e advogado". O jornal, tendo ouvido o Jurista e Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello ponderou no sentido de que este afirma que "há leis em demasia e ultrapassadas para antigas demandas e escassas ou inexistentes para demandas novas, como os crimes relativos à informática ou contra o meio ambiente ""¹¹¹

Ainda na mesma linha de raciocínio, em comentário sobre a complexidade decorrente na normatização no Brasil, de se ponderar a opinião de Franco Montoro, para quem:

"Uma pesquisa realizada pelo setor de computação eletrônica do Senado localizou 140.502 leis federais no Brasil, incluídas nesse número apenas as normas jurídicas de maior hierarquia, isto é, desde as normas constitucionais até os decretos regulamentares, sem contar as Instruções, Portarias, Provimentos, Resoluções e demais atos normativos dos Ministérios, Banco Central, Banco do Brasil, Banco Nacional de Habitação e outros órgãos do Poder Público e sem incluir, também, a extensa legislação dos Estados e mais de 4.000 Municípios."¹¹²

Tal fenômeno, apontado como caos, o que contribui para a ocorrência de perda de efetividade do Poder Judiciário, pode ser facilmente superado pela aplicação da Lei nº 9.307/96 que, em seu artigo 2º, a critério da vontade das partes, possibilita a utilização de

¹¹⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e Processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.998, p. 99.

¹¹¹ LÚCIO, Vicente Carlos. Op. cit., p. 25.

¹¹² MONTORO, Franco. Estudos de Filosofia do Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1.981, p. 91.

uma arbitragem que não seja de direito, ou seja, com aplicação de normas de direito, mas de uma arbitragem de equidade, o que supera o problema da própria complexidade do ordenamento jurídico ou da falta de leis específicas para análise de novas questões.

Sobre o tema, esclarecendo sobre a possibilidade da arbitragem de equidade, por contraposição à arbitragem de direito, de se destacar:

“Na linha das modernas legislações, a Lei nº 9.307/96 abandonou vetusta linguagem do Cód. Proc. Civil – que vestia o árbitro com o manto de juiz de fato e de direito –, para instituir duas espécies de arbitragem: de direito e equidade, segundo devam os árbitros decidir, ou não, de acordo com o direito O julgamento de equidade é aquele em que o árbitro, abandonando a regra geral e abstrata consagrada na norma, busca formular e aplicar uma regra particular e própria para aquele determinado caso; regra essa que deverá elaborar de acordo com a própria consciência, observando determinados princípios sociais e morais em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando elabora a regra abstrata ou norma legal. Esse o sentido de equidade enquanto justiça do caso concreto”¹¹³

E nem se questione de discussões de natureza institucional como, por exemplo, a referente ao preparo dos julgadores para enfrentar essa nova realidade, ou mesmo outras como a necessidade, ou não, de um controle externo para que se tenha condições de examinar o grau de qualidade e eficiência do Poder Judiciário, pois isso escaparia, por demais, ao âmbito do presente trabalho, não se prestando à solução da problematização lançada na introdução.

Embora, mesmo que se analise profundamente a questão, pareça intuitivo que o árbitro, em questões técnicas específicas, esteja em melhores condições para o julgamento deste tipo de controvérsia, superando, por exemplo, a necessidade de realização de uma perícia.

¹¹³ ALVIM, J. E. Carreira. Op. cit., p. 37.

Inequívoco, portanto, que o Poder Judiciário se encontre em uma situação que pode ser entendida como uma situação de crise, no que tange ao fato de que não se encontra, em virtude desses fatores, prestando, inteiramente, e com a velocidade que a nova realidade exige, a sua função primordial.

Daí a necessidade de se conferir maior amplitude a institutos que possam implicar em formas alternativas de solução de conflitos (questão já examinada no capítulo anterior do presente trabalho, e que sugeriria outras alternativas, como, por exemplo a mediação), sobretudo como no caso da arbitragem, em que a iniciativa parte dos próprios interessados, que passam a contribuir para a diminuição do número de feitos em andamento, sem, de qualquer modo, se onerar o erário público.

Nesse sentido, tem-se apontado a crise do Poder Judiciário, com os fatores relacionados acima, como causa justificadora da alteração do regime jurídico da arbitragem no país, tal como verificado pelo advento da Lei nº 9.307/96, que desvinculou o laudo ou sentença arbitral da necessidade de homologação pelo Poder Judiciário.

Desta feita, como a situação em estudo está ligada a uma situação de crise, parecem surgidas inúmeras expectativas diante do advento da lei nova, eis que, com a diminuição do volume de serviços do Poder Judiciário em relação aos direitos disponíveis que podem ser objeto de arbitragem, este Poder poderá ter maior disponibilidade de tempo para que a prestação de serviços em relação aos litígios que envolvam direitos indisponíveis, o que parece beneficiar todos os usuários do sistema, de um modo geral.

Tanto assim que o mesmo Vicente Carlos Lúcio, a que se aludiu acima, pondera no sentido de que a arbitragem surge como forma de minorar o fenômeno crise, atendendo, inclusive, a finalidades de política econômica:

"Fernando Henrique Cardoso, nosso presidente da República, sancionou esta nova norma legal que é chamada Lei de Arbitragem e que tem o intuito de resolver as questões nos conflitos comerciais e patrimoniais, esperando a população ser esta norma capaz de trazer grandes avanços na área jurídica, melhorando nosso Ordenamento Jurídico e que com isso possa trazer benefícios no que diz respeito à importação e exportação, facilitando o comércio internacional. A presente lei em comento vem trazer facilidades aos interessados, permitindo que as partes tomem iniciativas de solução dos problemas e conflitos surgidos na prática, via de regra, compra e venda, procurando esta solução ao resolver todas as pendências e litigâncias de uma forma extrajudicial, sem contudo deixar de estar presente a garantia que se tem às decisões judiciais."¹¹⁴

Em tons ainda mais fortes, de se destacar o seguinte entendimento:

"A crise do Poder Judiciário, antes enfocada, é, sem dúvida, uma das causas da adoção do juízo arbitral, nos termos de nossa atual lei de arbitragem. E certa relação de causa e efeito, entre o Judiciário, em crise, e a arbitragem, não é realidade só no Brasil."¹¹⁵

Inegáveis, portanto, as vantagens do instituto, sob a ótica da contribuição para permitir rápidas soluções de litígios que não mais serão submetidos a exame pelo Poder Judiciário, contribuindo para que este se torne mais ágil em relação aos processos em que o acesso à arbitragem não for possível (direitos não patrimoniais ou indisponíveis).

E, dentro deste aspecto de rapidez e celeridade, além do que já foi focado, ou seja, novas demandas que não terão que aguardar solução das mais antigas pelo Poder Judiciário tradicional, de se destacar que a própria Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/96), em

¹¹⁴ LÚCIO, Vicente Carlos. Op. cit., p. 26.

¹¹⁵ SANTOS, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 72.

várias oportunidades, impôs rígidos (se não cumpridos acarretarão a nulidade da sentença arbitral como preconizado pelo artigo 32, inciso VIII da mesma lei) prazos para que os árbitros prolatem suas sentenças (no silêncio das partes, que, portanto, podem reduzi-lo, será de seis meses, como consta do artigo 23 do diploma legal em análise).

Mas, de nada adiantaria a reformulação da legislação, visando atender a tal aspecto peculiar do instituto, ou seja, de se criar uma forma jurisdicional de heterocomposição (como consta do aferido em capítulo anterior do presente trabalho), se isso vier a redundar numa via de acesso ao Poder Judiciário (retorno da controvérsia ao Poder em crise, com a mesma morosidade enfocada acima), permitindo-se a discussão sobre a constitucionalidade do instituto.

Tal se dá porque, como é sabido, outras discussões, como a própria existência, validade ou eficácia do contrato que instituir a convenção de arbitragem ou da própria cláusula que a instituiu, foram expressamente previstas pelo legislador pátrio, impedindo tal retorno, como se observa pelo disposto no artigo 8º e seu parágrafo único da Lei de Arbitragem.

Daí a importância da próxima questão a ser enfrentada no capítulo que se segue, e que diz respeito à constitucionalidade do instituto, posto que, como assevera Carlos Alberto Carmona, a legislação foi articulada de modo que somente pelo mútuo distrato seria possível o retorno das pendências a exame pelo Poder Judiciário.¹¹⁶

Mas, pelo óbvio, se surgissem discussões que se sobrepusessem à própria lei, como a sua constitucionalidade, e isso não viesse a ser reconhecido pelos Tribunais (ou seja, caso não se entenda ser a norma constitucional), a vantagem da celeridade

¹¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. O Processo Arbitral, RT Informa, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Ano V, nº 30, 2.004, p. 13.

restaria prejudicada com o retorno da discussão à via judicial, o que justifica a análise pretendida no presente trabalho.

Para a análise de tal problematização, conveniente que se passe à elaboração do último Capítulo do presente trabalho, no qual, ponderadas as variáveis que auxiliam a solução dos problemas propostos, se analisará a própria questão da constitucionalidade do instituto arbitral.

A CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Como analisado no capítulo anterior, a questão da constitucionalidade do instituto é importante na medida em que repercutirá na própria efetividade, ou não, da arbitragem, que, se considerada constitucional, evitará o retorno do litígio ao Poder Judiciário estatal com as dificuldades que o mesmo apresenta, no atual momento de sua crise.

E, antes de violar a Constituição Federal, de se asseverar que a arbitragem pode ter antecedentes de base constitucional, no próprio texto da Carta Política e isso porque, nos estritos termos da norma contida no seu artigo 98, inciso I, expressamente existe menção à possibilidade de julgamentos que envolvam juízes leigos, contrapostos, pelo próprio texto, a juízes togados.

Neste sentido a própria clareza da redação do aludido inciso:

" Art. 98 : A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade"¹¹⁷

¹¹⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do. São Paulo: Saraiva, 29ª edição, 2.002, p. 72.

Tal orientação parece muito assemelhada àquela apresentada pelo artigo 102 da Constituição Italiana, ao qual se fez referência no Capítulo referente ao Direito Estrangeiro do presente trabalho, prevendo formas de juízes não togados participando da administração da Justiça.

E, mesmo no direito brasileiro, em sede de processo penal, tal situação referente a juízes não togados não parece muito exótica se passar-se a pensar em situações como a do Tribunal do Júri, em que se observa sete membros da Comunidade, que não são magistrados togados, participando e decidindo um conflito de interesses.

De todo modo, não obstante tais aspectos, que induziriam o pensamento de que a existência de juízes não togados não ofenderia ao texto constitucional, existe grande polêmica a esse respeito, em sede doutrinária.

Como, existe segmento doutrinário que aborda o fato de que vários princípios constitucionais processuais, previstos como liberdades públicas estariam sendo violados com o advento da Lei nº 9.307/96 que disciplinou o novo regime jurídico da arbitragem no direito brasileiro.

Neste sentido, autores como Júlio César Ballerini Silva (um dos autores da presente obra), apontam a violação aos princípios do acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), do Juiz Natural (incisos XXXVII e LIII do mesmo artigo constitucional), do devido processo legal (inciso LIV do mesmo artigo), com todos os princípios dele decorrentes, ampla defesa e duplo grau de jurisdição (inciso LV) e da publicidade dos atos processuais (inciso LX), como formas de violação do texto constitucional pela lei em comento (a Lei nº 9.307/96).¹¹⁸

¹¹⁸ SILVA, Júlio César Ballerini. Críticas ao Modelo da Arbitragem no Brasil. CDROOM Dominus Legis. Belo Horizonte: Editora Dominus Legis, 2.001.

Tal entendimento não resta isolado, sendo certo que autores como Antônio Raphael da Silva Salvador, Antônio Souza Prudente, Francisco Wildo Lacerda Dantas e Demócrito Ramos Reinaldo Filho apresentam críticas no mesmo sentido.¹¹⁹

Mas, não obstante tal posicionamento, firmado normalmente por Magistrados (todos os autores supramencionados pertencem ao quadro estatal dos juízes togados), não parece ser verdadeiro o mito segundo o qual “a arbitragem esvaziará o Poder Judiciário”¹²⁰.

Isso porque se aponta no sentido de que a arbitragem representa uma tendência mundial, havendo mera especialização da forma de se proceder ao julgamento de questões versando sobre direitos patrimoniais disponíveis caso as partes pretendam não se valer da jurisdição estatal.

Tanto assim que a doutrina, como dito acima, não é uníssona a esse respeito havendo vários autores que defendem, ao contrário, a plena constitucionalidade da arbitragem no direito brasileiro, tal como prevista pela Lei de 1.996.

Neste sentido, sobre o princípio de acesso ao Poder Judiciário, destacado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, de se ponderar a respeito da opinião de Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, que estabelece, de forma convincente, que a lei federal não entra em conflito com o texto constitucional, na medida em que a lei ordinária não impõe, coativamente, a solução arbitral, o que implicaria em verdadeira violação ao acesso ao Poder Judiciário, mas, ao contrário, em se cuidando de partes maiores e capazes, não sendo violado o interesse público (posto que, como destacado nos capítulos anteriores do presente trabalho, o objeto da arbitragem somente

¹¹⁹ SANTOS, Paulo de Tarso. Op. cit., p. 69-71.

¹²⁰ BARRAL, Welber. A Arbitragem e seus mitos, APUD SANTOS, Paulo de Tarso. op.cit., p. 71.

pode ser direito patrimonial disponível), ocorre a renúncia ao direito de acionar o Poder Judiciário estatal.¹²¹

Como parece óbvio, aliás, uma liberdade pública (ou direito fundamental) não pode ser entendida como um dever de acionar o Poder Judiciário, mas, ao contrário, em face da natureza jurídica de direito fundamental, este deve ser devidamente utilizado pelo interessado, se assim entender.

Isso porque, em reforço a tal entendimento, e como apontado em sede doutrinária, o acesso à Justiça se dirige ao legislador e não às partes (ou seja, reafirma-se o caráter de direito e não imposição legal), que não pode impedir as partes, se assim desejarem, de buscarem tutelas junto ao Poder Judiciário, em situações de lesão ou ameaça de lesão a direito do jurisdicionado.

Pondera neste exato sentido, a opinião de Nelson Nery Jr., que expõe o alcance do instituto, do seguinte modo:

"Segundo o art. 5º, n. XXXV, da CF, a "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Embora o destinatário principal desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão."¹²²

A par disso, a própria Lei nº 9.307/96 prevê, em várias oportunidades, possibilidades de reexame de situações teratológicas, ou seja, que impliquem em desvios autorizadores da intervenção do Poder Judiciário estatal, em relação ao trabalho dos árbitros, como se dá, por exemplo, em relação à norma contida no artigo 33 da lei em estudo, que permite ao prejudicado ingressar com ação específica, em face da sentença arbitral, se não observados determinados parâmetros.

¹²¹ ALMEIDA JR., Eduardo Jesualdo de. Arbitragem – Questões Polêmicas. <http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3183>. Acesso 21/5/2004.

¹²² NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1.995, p. 87.

Neste sentido, propõe o mesmo Eduardo Jesualdo de Almeida Júnior, que é professor da Associação Educacional Toledo, de Presidente Prudente – SP, e, igualmente não vislumbra possibilidade de violação ao princípio do acesso ao Poder Judiciário:

“Tão logo se editou a nova lei brasileira de arbitragem surgiram vozes censurando-a como ofensiva à garantia constitucional da inafastabilidade de qualquer litígio da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV), e, portanto, como incompatível com a garantia do juiz natural. Isso porque a lei arbitral veda que a decisão do árbitro seja reformada pelo Poder Judiciário. Como bem atesta Humberto Theodoro Jr., “deve-se ressaltar, porém, que o juízo arbitral não é imposto pela lei, mas fruto de livre convenção entre as partes contratantes, que somente poderão convenciona-lo a respeito de litígios referentes a “direitos patrimoniais disponíveis” e desde que envolvam apenas pessoas maiores e capazes”. Outrossim a atividade do juízo arbitral não escapa da apreciação do Poder Judiciário. Com efeito, se a sentença arbitral contiver alguns dos vícios previstos no artigo 33 da Lei nº 9307/96, poderá a parte que se sentir prejudicada socorrer-se ao Judiciário. Ademais, quando executada, se a sentença arbitral no Juízo Comum, as matérias eventualmente nulas poderão ser lançadas nos embargos executivos.”¹²³

Da mesma forma, como a atual Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXV, ao dispor sobre “Direitos Individuais e Coletivos”, coloca que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, de se destacar a opinião de César Fiúza, que não admite a possibilidade de qualquer ofensa ao texto constitucional, posto que a execução da decisão será feita perante o Poder Judiciário estatal:

“... se a intenção do legislador constitucional, com o artigo 5º, XXXV, foi a de proteger os direitos individuais, defendendo o Estado de Direito, não vemos em que a prática da arbitragem poria em risco esses objetivos... é ele (o Judiciário) enfim, que faz cumprir a sentença arbitral”¹²⁴.

¹²³ ALMEIDA JR., Eduardo Jesualdo de. Arbitragem – Questões Polêmicas. <http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3183>. Acesso 21/5/2004.

¹²⁴ FIÚZA, César. Teoria Geral da Arbitragem, Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995, p. 175.

E como se verá, nas linhas que se seguem, o Supremo Tribunal Federal vem acolhendo tal entendimento, evidenciando que, não obstante judiciosos entendimentos em sentido contrário, a tese da inconstitucionalidade não vingou em sede jurisprudencial.

Isso porque, num primeiro momento, tal órgão jurisdicional, se inclinou no sentido de entender que haveria incompatibilidade entre o disposto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal e a o novo regime da Lei nº 9.307/96, no julgamento envolvendo o Espólio de Henrique Lage contra União Federal, em decisão publicada em RTJ 67/383.¹²⁵

Mas, como amplamente divulgado, em novos Julgados e por maioria de votos (a falta de unanimidade revela que a polêmica doutrinária encontrou campo fértil na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal), o Pretório Excelso mudou tal orientação, nos julgamentos do Agravo Regimental em Homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206-7 (Espanha) e 5.847-1 (Reino Unido),¹²⁶ tendo como relatores, respectivamente, Nelson Jobim e Maurício Correia, sendo vencido, em ambos Sepúlveda Pertence.

Assim, a partir daí, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal formou precedentes que concluem pela constitucionalidade total do instituto da arbitragem, não somente em relação ao princípio do acesso ao Poder Judiciário, mas, também, em relação aos outros princípios destacados acima.

Com relação ao princípio de vedação aos Tribunais de Exceção, os argumentos acima aduzidos continuariam válidos, ou seja, na medida em que se cuida de um direito, e não de uma obrigação do jurisdicionado, e não havendo violação da ordem pública, o que inocorre posto que o objeto do instituto é, como já dito à saciedade,

¹²⁵ WALD, Arnold. O Supremo Tribunal Federal e a Constitucionalidade da Cláusula Compromissória (Lei nº 9.307/96). Revista Jurídica V. 285, Sapucaia do Sul: Ed. Notadez, 2.001, p. 8.

¹²⁶ WALD, Arnold. Op. cit., p. 10.

voltado a direitos patrimoniais disponíveis, não haverá que se cuidar de situação de inconstitucionalidade.

Com efeito, a vedação a Tribunais de exceção encontra respaldo nas normas contidas no artigo 5º e seus incisos XXXVII e LIII da Constituição Federal em vigor, que estabelecem, de um modo geral, a proibição de juízo ou Tribunal de exceção, o que é realçado pela disposição de que ninguém será processado ou sentenciado, senão pela autoridade competente.

Doutrinariamente, tal garantia recebe o tratamento de princípio processual do Juiz Natural, ou seja, como asseveram Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, em obra a respeito da coexistência entre a Constituição em vigor e o processo civil:

“Outra garantia que se faz consectário do devido processo legal, em estrita correlação com a acessibilidade da Justiça, é a do Juiz Natural. Tem ela, aliás, especialíssima conotação, significando que o membro da comunhão social tem direito a julgamento por um juízo ou tribunal preconstituído.”¹²⁷

Com o mesmo entendimento, Nelson Nery Jr., para quem, inclusive, a função jurisdicional deve ser tida com típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário, de modo que não ocorreria violação a tal princípio constitucional, em relação à aplicação da arbitragem:

“A escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não ofende o princípio do juiz natural.....Além do Poder Judiciário, outros órgãos do Estado podem exercer o poder jurisdicional. Isso ocorre, por exemplo, quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, n.1, CF). Disso se pode concluir, primeiramente, que a atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário.”¹²⁸

¹²⁷ TUCCI, Rogério Lauria E TUCCI, José Rogério Cruz e. Constituição de 1.988 e Processo. São Paulo: Ed. Saraiva, 1.989, p. 28.

¹²⁸ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 65-68.

E, de forma mais interessante, resta o entendimento de Eduardo Jesualdo de Almeida Júnior, que enfrenta a questão estabelecendo convincente argumento de que a arbitragem, em face do caráter jurisdicional que se conferiu ao instituto, poderia ser entendida como uma divisão da atividade jurisdicional, criada por uma lei federal, logo, uma vez que prevista com antecedência, em relação ao surgimento do conflito, de forma geral e abstrata, com finalidade de julgar matéria específica (direitos patrimoniais e disponíveis, como asseverado à sociedade nas linhas anteriores especificados no cláusula compromissória e no compromisso arbitral), não haveria como se cogitar de um Tribunal de exceção ou de julgamento por autoridade que não estaria investida para tanto.¹²⁹

Tal entendimento acabou acolhido pelo Pretório Excelso, no julgamento dos dois recursos a que se aludiu acima e que constituem o precedente jurisdicional sobre a constitucionalidade da arbitragem no Brasil, após o advento da Lei nº 9.307/96.

Da mesma forma, restaram enfrentados e desacolhidos os entendimentos referentes à violação do devido processo legal e da publicidade dos atos processuais, previstos nos incisos LIV e LX do artigo 5º da Constituição Federal.

Isso porque, se a noção de devido processo legal, tem inúmeras acepções técnicas, envolvendo um princípio amplo, do qual decorreriam várias garantias constitucionais (como os princípios da isonomia, do Juiz e do Promotor naturais, inafastabilidade do controle jurisdicional, contraditório, publicidade dos atos processuais, proibição de provas ilícitas, duplo grau de jurisdição e motivação das decisões judiciais)¹³⁰, por outro lado, em uma acepção mais simples, representa uma “expressão de conteúdo próprio, em que se traduz a

¹²⁹ ALMEIDA JR., Eduardo Jesualdo de. Arbitragem – Questões Polêmicas. <http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3183>. Acesso 21/5/2004.

¹³⁰ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 39.

garantia da tutela jurisdicional do Estado através de procedimento demarcado formalmente em lei”.¹³¹

Ora, nesta acepção, o procedimento instituído pela chamada Lei de Arbitragem, encontra, pelo óbvio, fundamentação legal, contida na própria lei, ou, conforme o caso, com a autorização legal, o procedimento pode ser instituído pelas próprias partes (nos termos do artigo 5º da própria Lei nº 9.307/96).

Do mesmo modo, mesmo que se analise a acepção ampla do devido processo legal, abrangendo vários outros princípios, igualmente não se vislumbraria inconstitucionalidade, sempre com o devido respeito a entendimentos em sentido contrário.

Isso porque, como destacado acima, o acesso ao Poder Judiciário (inafastabilidade do controle jurisdicional) e o acesso ao Juiz Natural, constitucionalmente previstos, não restaram ofendidos pela Lei nº 9.307/96.

Do mesmo modo, como se exporá adiante a publicidade dos atos processuais e o duplo grau de jurisdição não restarão afetados pela nova orientação legislativa, não se observando violação ao princípio do contraditório.

E sempre vale a pena lembrar que o princípio do contraditório, expressamente previsto no texto constitucional, e que vem sendo entendido como decorrência do devido processo legal, se estende a todas as partes e terceiros juridicamente interessados no processo, sendo entendido como:

“Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo tem o direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.Por contraditório deve-se entender, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os

¹³¹ TUCCI, Rogério Lauria E TUCCI, José Rogério Cruz e. Op. cit., p. 10.

contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, realizarem as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.”¹³²

Com relação a este último princípio (ou seja, o do contraditório), vale destacar que a norma contida no artigo 21 da Lei de Arbitragem expressamente, em seu parágrafo 2º, prevê como obrigatório o respeito ao contraditório (como também se preservou a igualdade entre as partes, a imparcialidade dos árbitros e o respeito ao seu livre convencimento).

Em momento algum, portanto, a legislação que se comenta (a Lei nº 9.307/96) restringe o contraditório, mas, ao contrário, expressamente estabelece que alterações de forma procedimental não serão aceitas se colidirem com tal princípio processual.

Portanto, de falta de autorização legal não se cuida, nem tampouco de violação, em tese, de preceitos legais, não havendo, quanto a este aspecto, violação a tal princípio constitucional, o mesmo se dando em relação ao princípio da publicidade dos atos processuais, posto que a própria norma contida no artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal expressamente autoriza a legislação ordinária a restringir tal publicidade, para a preservação da intimidade das partes ou quando o interesse social o exigir.

Ora, como já destacado inúmeras vezes nos Capítulos anteriores do presente trabalho, o objeto da arbitragem restringe-se a direitos patrimoniais e disponíveis, não se cogitando de efetivo prejuízo, portanto, a interesse público relevante, a restrição do acesso público aos atos processuais perante o juízo arbitral.

Ao contrário, a própria intimidade das partes, nos estritos limites do texto constitucional, restará preservada em havendo opção por esta espécie de forma de heterocomposição de conflitos de

¹³² NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 123-124.

interesses, sempre se retornando ao âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal, que estabeleceram que tais garantias processuais são direitos fundamentais e não obrigações dos indivíduos.

Por fim, restaria analisar a questão referente a eventual colidência da orientação trazida no artigo 18 da Lei nº 9.307/96 e parte final do artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal quando se discute a polêmica a respeito do caráter de garantia constitucional, ou não, do princípio do duplo de jurisdição.

Isso porque o mencionado artigo 18 estabelece que, da decisão do árbitro não caberá recurso, o que, segundo alguns¹³³, implicaria violação ao princípio do duplo grau de jurisdição, que estaria destacado no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, eis que tal norma asseguraria o direito dos litigantes ao contraditório (do qual se cuidou acima), da ampla defesa (e não se cogita de violação a tal princípio, eis que a Lei nº 9.307/96, a todo tempo faz referência aos direitos dos litigantes a serem tratados com igualdade e de apresentarem suas razões, incluindo o demandado), com os recursos a ela inerentes (para esse segmento doutrinário, tal expressão, ou seja, “recursos”, levaria a pressupor o duplo grau de jurisdição).

Mas, como assevera outro segmento doutrinário, que teve sua tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, a única Constituição brasileira a prever expressamente o duplo grau de jurisdição foi a de 1.824, limitando-se as demais a fazerem referências implícitas ao mesmo, seja prevendo a existência de Tribunais, seja utilizando expressões como “recursos”, tal como destacado acima, de modo que, com isso, ter-se-ia um respeito ao sistema recursal, mas este não poderia ser entendido como uma garantia constitucional absoluta

¹³³ SILVA, Júlio César Ballerini. Críticas ao Modelo da Arbitragem no Brasil. CDROOM Dominus Legis. Belo Horizonte: Editora Dominus Legis, 2.001.

e expressa, podendo o legislador infraconstitucional limitar a previsão de recursos.¹³⁴

Isso, ademais, não pode ser entendido como uma novidade suscitada pela Lei nº 9.307/96, posto que, muito antes delas, já havia proibição de recursos em algumas situações, como as destacadas no artigo 34 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), que proíbe recursos das decisões em execuções fiscais de valor igual ou inferior a cinquenta OTN's (Obrigações do Tesouro Nacional) e artigo 504 do Código de Processo Civil, que estabelece que os despachos de mero expediente (portanto, decisões judiciais) não são recorríveis.¹³⁵

Mas, como argumento igualmente válido, a reforçar tal entendimento, de se refletir sobre o entendimento de Eduardo Cambi, destacado no texto de Jesualdo Eduardo de Almeida Jr.¹³⁶, que propõe que, mesmo que se entendesse que o duplo grau seria uma garantia constitucional, ainda assim não se poderia deixar de esquecer que o acesso à jurisdição (artigo 5º, inciso XXXV) traria uma idéia de acesso a uma ordem jurídica justa, não podendo o excesso recursal inviabilizar o exercício de direitos, devendo-se aplicar o princípio da proporcionalidade. Neste sentido, relevante destacar, o aludido pensamento, até para a melhor compreensão da questão:

"A garantia do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade das partes controlar a decisão do juiz, submetendo-a a um outro julgador, a quem caberá dizer sobre o seu acerto ou não. Com isso, pretende-se evitar que eventuais equívocos judiciais se consolidem, sem a possibilidade de um juízo de revisão. Todavia, alerta Nelson Nery Júnior, o duplo grau de jurisdição, mesmo quando considerado como uma garantia constitucional, deve se harmonizar com os demais direitos fundamentais consagrados na Constituição, não podendo ser concebido de

¹³⁴ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 152.

¹³⁵ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 153.

¹³⁶ CAMBI, Eduardo. Efeito Devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição, APUD ALMEIDA JR., Eduardo Jesualdo de. Arbitragem – Questões Polêmicas. <http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3183>. Acesso 21/5/2004.

modo absoluto. E conclui que tratar esse princípio como dogma intransponível .representaria um óbice à criação de novas técnicas de aperfeiçoamento do instrumento processual. Bem lembra Eduardo Cambi, em excelente artigo sobre o tema: "Também não se pode esquecer que a Constituição assegurou no artigo 5º, inciso XXXV, da CF não apenas o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas a garantia de acesso à ordem jurídica justa, que contempla o direito à adequada, tempestiva e efetiva tutela jurisdicional. Logo a garantia do duplo grau de jurisdição deve ser desmistificada, podendo ser dispensada quando possa significar empecilho à efetividade da tutela dos direitos." E conclui, com inafastável acerto: "Por isso, a fixação de um valor de alçada ou de qualquer outro meio de limitação da garantia do duplo grau de jurisdição, bem como a restrição das hipóteses de cabimento de recurso não é necessariamente inconstitucional, desde que, observados os valores em conflito (princípio da proporcionalidade), possa se dar maior relevância à celeridade processual em detrimento da segurança jurídica."

E, ainda, como derradeiro argumento, se o escopo da proteção foi impedir que equívocos judiciais se consolidem, se pretende, pelo óbvio, entender que desvios legais possam ser analisados em sede de revisão.

Ora, se a Lei nº 9.307/96, como dito acima, noutra oportunidade, expressamente prevê a possibilidade de reexame, não como recurso, mas como ação autônoma, determinadas situações de ilegalidade (artigos 32 e 33 da lei em exame), prevê a possibilidade de revisão de tais ilegalidades vai muito além do que se faz em relação ao regime da extinção das execuções fiscais de pequeno valor, ou aos despachos de mero expediente, e, ainda mais, vai além do artigo 12 da lei que disciplina a ação de descumprimento de preceito fundamental (que estabelece que " a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória"), diplomas legais em relação aos quais não se reconheceu qualquer inconstitucionalidade, logo, não haverá que se cogitar de

violação ao texto constitucional por não se cogitar de recursos em face das decisões do árbitro.

Verifica-se, desta feita, que, como dito acima, além da doutrina, a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que a Lei nº 9.307/96 não viola o texto constitucional, de modo que, com isso, de se aguardar o fomento do instituto no direito brasileiro, como forma alternativa de solução de conflitos.

CONCLUSÃO

Não obstante a aceitação do instituto como constitucional ainda não seja uma opinião unânime na doutrina (existe segmento que tem posição contrária), como destacado nos capítulos anteriores, o mesmo não pode ser dito em sede jurisprudencial, como igualmente visto, ao menos no que tange aos primeiros entendimentos do Supremo Tribunal Federal.

De outro modo, igualmente, não se pode pretender resolver o problema sob uma perspectiva tradicional, eis que o ordenamento jurídico, como um todo, tornou-se complexo, exigindo soluções menos convencionais para a sua efetividade.

E, sob tal ótica, não obstante os divergentes entendimentos mencionados acima, não se poderia passar à resposta das questões lançadas na introdução do presente trabalho, sem que se concluísse positivamente a respeito da constitucionalidade do instituto, na forma como previsto no ordenamento jurídico brasileiro (Lei nº 9.307/96).

Isso porque a mais alta Corte de Justiça do país, o Supremo Tribunal Federal já formou alguns precedentes reconhecendo a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, concluindo, como visto, pela tese de que as liberdades públicas devem ser vistas como direitos dos indivíduos, e não como obrigações, ao menos em relação ao que o

indivíduo pode dispor (direitos disponíveis), o que é, justamente, o objeto do instituto da arbitragem.

De tal modo que as partes podem dispor acerca de sua aplicação, respeitados os parâmetros legais, com o estabelecimento da convenção de arbitragem, o que não viola o princípio do acesso à Justiça (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal), muito menos o devido processo legal ou outros princípios congêneres, dele decorrentes (como os princípios do contraditório, da publicidade dos atos processuais e o duplo grau de jurisdição, este último entendido como garantia não absoluta).

Ademais, na medida em que, no processo civil, a arbitragem fica restrita ao âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis, ter-se-ia por esgotada a crítica que se pudesse fazer à possibilidade de violação a interesses públicos relevantes, sendo certo que, como dito linhas atrás, se tais direitos são disponíveis, pelo óbvio, poderão os titulares, nos termos da lei, renunciar ao direito de ter pendências sobre tais direitos, analisadas pelo Poder Judiciário estatal.

Tal argumento tem eficácia não somente diante do princípio do acesso ao Poder Judiciário, mas, também, ao próprio princípio do devido processo legal (pelo óbvio que se a lei previu a arbitragem como forma de solução de conflitos, com respeito ao contraditório, ao menos em tese este princípio não restaria violado).

Por outro lado, na medida em que a arbitragem contribui para a diminuição do excesso de serviços do Poder Judiciário, contribuirá, efetivamente, para que o mesmo se torne mais célere e eficiente, o que, ao invés de violar o acesso à Justiça, acaba por facilitá-lo às causas em que o objeto não se constituir de direitos patrimoniais disponíveis (ou seja, nos processos que não sejam passíveis de análise pelo chamado juízo arbitral).

Da mesma forma, como se cuida de instituto previsto previamente, por norma geral e abstrata, referindo-se a situações

delimitadas em lei, não haverá que se cuidar de verdadeiro Tribunal de Exceção, não se cuidando, desta feita, de violação ao princípio do Juiz Natural.

Do mesmo modo, em virtude do caráter expresso da norma legal, os árbitros são considerados juízes de fato e de direito (artigo 18 da Lei nº 9.307/96), sendo certo que, nos estritos termos de entendimento doutrinário majoritário (embora não unânime) o mesmo desenvolve atividade de cunho jurisdicional, nos limites da demanda que se presta a analisar por força da cláusula compromissória, mas, sobretudo, diante do compromisso arbitral que o escolheu.

Tal situação o aproxima da situação de um funcionário público de investidura temporária, não obstante o mesmo não seja considerado integrante do Poder Judiciário Nacional (cuida-se de situação análoga ao do jurado, que é Juiz de fato e de direito em Plenário, mas, mesmo assim, não é considerado integrante da Magistratura Nacional), Poder do Estado cujos membros se encontram expressamente elencados na norma contida no artigo 92 e seus incisos da Carta Política de 05.10.1.988.

Acredita-se, com isso que a pesquisa desenvolvida e demonstrada nos capítulos apresentados tenha respondido a contento às questões lançadas na problematização, sendo certo que admitir-se a constitucionalidade da arbitragem implicará na viabilização da implantação e difusão da mesma como meio alternativo de solução de conflitos no direito brasileiro (aspecto de heterocomposição).

E, quanto maior sua difusão, maior o número de litígios que deixarão de ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário estatal, que, com isso, terá maior tempo e disponibilidade, inclusive material, de se dedicar a outros litígios, quiçá de maior magnitude, eis que versando sobre direitos indisponíveis.

Com isso, a sociedade como um todo restará beneficiada, pois ocorrerá facilitação do próprio acesso ao Poder Judiciário, garantia expressamente estabelecida na norma contida no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, contribuindo-se para inserir o país num modelo mais dinâmico de dizer o direito, que vem sendo acolhido em vários outros países do globo, diminuindo o desgaste provocado pela ruptura do paradigma do direito natural.

MSC JÚLIO CÉSAR BALLERINI SILVA

MAGISTRADO E PROFESSOR

CAROLINA AMANCIO TOGNI BALLERINI SILVA

ADVOGADA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JR., Eduardo Jesualdo de. *Arbitragem – Questões Polêmicas*. <http://www1.jus.com.Br/doutrina/imprimir.asp?id=3183>. (data do acesso - 21/5/2004).

ALVIM, J. E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 23/9/1996)*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Sinopses Jurídicas - Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.999. v.11.

BOBBIO, Norberto. *Entre Duas Repúblicas*. São Paulo: Imprensa Oficial, Brasil, 2.001.

BRASIL, Constituição da República Federativa do. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.002.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. O Processo Arbitral. *RT Informa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, nº 30, p. 13, março/abril 2.004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.990.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.998. v.1.

_____. *A ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1.996.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça, a função social do Judiciário*. 1ª ed. São Paulo: Ática, 1989.

_____. *O Direito na Economia Globalizada*. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1.988.

FIÚZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

França, Rubens Limongi (Coordenador) – Enciclopédia Saraiva do Direito, Vol. 14: São Paulo: Saraiva, Brasil, 1.977, p. 339/341.

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Código de Processo Civil traduzido e adaptado para a Língua Portuguesa*. 1ª ed. Campinas: Agá Júris, 2.000.

GASTALDI, J. Petrelli. *Elementos de Economia Política*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.987.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. *Arbitragem*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latim, 2.003.

ITÁLIA, Constituição da. 2ªed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1991.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Lisboa: Calouste Gubenkian, 1.987.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos na América Latina*. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1.991.

LEITE, Paulo Saraiva da. Atualidade e Perspectivas do Judiciário Brasileiro. *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2.002. v.291.

LOCHE, Adriana A. *Sociologia Jurídica*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LOPES, João Batista. *Tutela Antecipada no Processo Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2.003.

LÚCIO, Vicente Carlos. *Comentários à Lei da Arbitragem (artigo por artigo)*. 2ª ed. Ribeirão Preto: Legis Summa, 1.997.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1.986.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima – Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, Brasil, 1.995.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 18ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2.002.

MONTORO, Franco. *Estudos de Filosofia do Direito*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.981.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2.000.

MORIN, Edgar. *Ciência com Consciência*. Rio de Janeiro: Bertrand, 1.999.

MUKAI, Toshio et alii –Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1.991.

NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995.

ORTIZ, José Lopes. *Derecho Musulmán*, Barcelona: Editorial Labor, 1.932.

SADEK, Maria Tereza. *Acesso à Justiça*. 1ª ed. São Paulo: Konrad Adenauer, 2.001.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário*. 1ª ed. São Paulo: LTr, 2001.

SARAIVA, José Palmácio. *Globalização e Justiça, Caderno de Doutrina da Tribuna da Magistratura*. São Paulo: 1.997.

SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, V. II, Campinas: Ed. LZN, 2.003.

SCHÖNKE, Adolf. *Direito Processual Civil*. 1ª ed. Campinas: Romana, 2.003.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1.991. v.1.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – aspectos gerais da Lei nº 9.307/96*. 1ª ed. Leme: Mizuno, 2.004.

SILVA, Júlio César Ballerini. *Críticas ao Modelo de Arbitragem no Brasil*. CDROOM Dominus Legis. Belo Horizonte: Dominus Legis, 2.001.

SOVIÉTICAS, Constituição da União das Repúblicas Socialistas. 1ª.ed,. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1987.

TUCCI, José Rogério Cruz. *Tempo e Processo*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1.988 e Processo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1.989.

WALD, Arnold. O Supremo Tribunal Federal e a Constitucionalidade da Cláusula Compromissória (Lei nº 9.307/96). *Revista Jurídica*. Sapucaia do Sul: Notadez, 2.001. v 285.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2.002. v.1.