

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROF. ORIENTADOR: Dr. WELBER OLIVEIRA BARRAL

**ARBITRAGEM E CRISE DO JUDICIÁRIO: PERSPECTIVAS
PARA A VIABILIDADE DO JUÍZO ARBITRAL COMO MEIO
DE ACESSO À JUSTIÇA**

Adriana dos Santos Silva

Florianópolis, março de 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROF. ORIENTADOR: Dr. WELBER OLIVEIRA BARRAL

**ARBITRAGEM E CRISE DO JUDICIÁRIO: PERSPECTIVAS
PARA A VIABILIDADE DO JUÍZO ARBITRAL COMO MEIO
DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em
Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do título de
Mestre.

Adriana dos Santos Silva

Florianópolis, março de 2002.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**ARBITRAGEM E CRISE DO JUDICIÁRIO: PERSPECTIVAS
PARA A VIABILIDADE DO JUÍZO ARBITRAL COMO MEIO
DE ACESSO À JUSTIÇA**

Adriana dos Santos Silva

Essa dissertação foi aprovada como requisito parcial para obtenção do título de mestre em Direito e aprovada pelo curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.

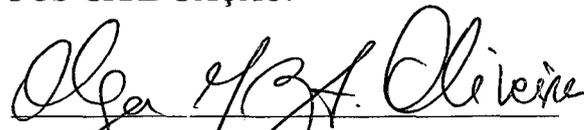
Florianópolis, março de 2002.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Orientador Dr. Welber Oliveira
Barral

COORDENADORA DO CURSO DE
PÓS-GRADUAÇÃO:



Prof. Dr^a. Olga Maria Boschi Aguiar de
Oliveira

Prof. Dr. João Bosco Lee

Prof. Dr. José Isaac Pilati

Dedicatória

Aos meus pais, Diolnei Barbosa Silva e Teresinha dos Santos Silva.

Ao meu irmão, Dione dos Santos Silva (*in memoriam*) com a certeza de um reencontro.

Agradecimentos

Aos meus pais, **Diolnei Barbosa Silva e Teresinha dos Santos Silva** pela confiança e por suas presenças constantes e doação de seu amor sem pedir nada em troca.

Ao meu padrinho, Dr. **Gelson Luiz Albuquerque**, pelo apoio e pela leitura cuidadosa da última versão deste trabalho.

À **Simone Gasperin de Albuquerque**, colega de mestrado e quase irmã, presente em todos os momentos.

À **Larissa Schmidt**, a prova de que, nem sempre, a primeira impressão é a que conta. Colega e grande amiga às vezes distante nos momentos alegres, mas sempre presente nos momentos difíceis.

À **Liliana Locatelli**, amiga e companheira de empreitada dissertativa.

Ao **Diego Ferretto**, pela amizade e ajuda operacional.

Ao longo do mestrado ouvia-se dizer que uma dissertação poderia ser realizada de três maneiras: sem orientador, com orientador ou apesar do orientador. Ao meu orientador Dr. **Welber Oliveira Barral**, sempre presente, demonstrando que sabedoria e carisma podem caminhar lado a lado.

*Deus me livre de que, na conta à minha consciência,
me pudesse eu argüir algum dia
a mim mesmo da covardia de emudecer.*

Rui Barbosa

Resumo

A arbitragem, um dos meios mais antigos de solução de controvérsias, ganha nova importância no sistema jurídico brasileiro com o advento da Lei nº 9.307/96.

Com o objetivo de demonstrar que a arbitragem pode ser uma alternativa viável à crise do Judiciário, três momentos foram percorridos no presente trabalho: a arbitragem, o acesso à Justiça e a arbitragem como mecanismo de acesso à Justiça.

Num primeiro momento, analisaram-se noções gerais da arbitragem e seu tratamento na legislação brasileira e na Argentina, e nos principais tratados internacionais. Posteriormente, procurou-se demonstrar por meio de discussões teóricas a crise pela qual passa o Poder Judiciário, as noções acerca do acesso à Justiça, os problemas atuais do Judiciário e os movimentos de revitalização desse acesso.

Num último momento, a arbitragem e o Poder Judiciário foram confrontados, demonstrando-se que a arbitragem pode e deve ser utilizada como um meio de solução de litígios. Sua aplicação é limitada, no entanto. Mas, em determinadas matérias, ela se constitui no meio mais eficaz de resolução de disputas, sendo a má informação a respeito do instituto o maior obstáculo a ser combatido.

Abstract

Arbitration, one of the oldest methods of dispute resolution, has new importance in the Brazilian legal system since the 9.307/96 Act. To demonstrate that the arbitration can be an effective alternative to the crisis of the Judiciary, three moments had been covered in the present work: the main elements of arbitration, the access to Justice, and arbitration as mechanism of access to Justice.

In a first moment, the general notion about arbitration and its handling in the Brazilian legislation, in Argentina, and in the main international treaties, was analysed. After this, to demonstrate the crisis of Judiciary, the literature concerning the access to Justice, the current problems of Judiciary and the movements of revitalization of this access, was reviewed.

In a last chapter, the arbitration and the Judiciary had been compared, demonstrating that arbitration can and must be used as a way of settling disputes. Its application is limited, however. But, within its limits, it is the most efficient path for dispute resolution. And the most important obstacle to be fought is the poor information regarding the institute.

Sumário

Introdução	9
I - A Arbitragem	
1.1 Histórico da Arbitragem	12
1.2 A Arbitragem no Brasil e na Argentina	24
1.3 A Arbitragem no Âmbito Internacional	51
II - Acesso à Justiça e a Crise do Poder Judiciário	
2.1 O Acesso à Justiça	73
2.2 Acesso à Justiça e Demanda pelo Judiciário	87
2.3 A Atual Crise do Judiciário	94
2.4 Movimento de Revitalização do Acesso à Justiça	107
III - A Arbitragem e o Acesso à Justiça	
3.1 As Características e Vantagens da Arbitragem	118
3.2 As Vantagens da Arbitragem e as Problemáticas do Poder Judiciário	124
3.3 Os Problemas Enfrentados pela Arbitragem	129
3.4 A Arbitragem como Alternativa ao Poder Judiciário	139
Considerações Finais	151
Referências Bibliográficas	154
Anexos	164

Introdução

Essa pesquisa intitulada “Arbitragem e crise do Judiciário: perspectivas para a viabilidade do juízo arbitral como meio de acesso à Justiça” surgiu da necessidade de se verificar se as questões levantadas a respeito do instituto da arbitragem podem ser uma alternativa para minorar os problemas de acesso à Justiça. Para tanto, analisou-se primeiramente o histórico da arbitragem até a Lei nº 9.307/96. Com a análise dessa Lei, demonstraram-se algumas noções sobre o instituto. Logo a seguir, analisou-se a manifestação desse instituto na Argentina, bem como o seu tratamento nos tratados internacionais e na Lei-Modelo Uncitral. Com o objetivo de analisar se a arbitragem consistia numa alternativa à crise do Poder Judiciário, analisou-se o surgimento da Jurisdição estatal, o acesso à Justiça e o novo contexto de Justiça. Também foram analisados os problemas enfrentados pelo Judiciário e os movimentos de revitalização de acesso à Justiça. Num terceiro momento, por meio da literatura atualizada, sistematizou-se o que se determinou de “A arbitragem como alternativa à crise do Judiciário”.

É fato que a arbitragem tem sido tema constantemente debatido e que ela ressurgiu atualmente com força, incorporando-se ao ordenamento jurídico da quase totalidade dos países, entre eles o Brasil. Isso é tão verdade que apenas a Convenção de Nova Iorque (1958) tem como signatários cerca de 126 países, estando o Brasil em vias de aderir-la. Dessa forma, optou-se por tratar desse tema para se verificar qual a verdadeira relevância do instituto, questionando-se se ela é um meio viável de acesso à Justiça? E se ela pode suprir as deficiências trazidas pela jurisdição estatal?

Sem nenhuma dúvida, a matéria não é nova no país. O Brasil, desde seu período colonial, tem a arbitragem presente no seu ordenamento jurídico. Todavia, ela só ganha

importância com a aprovação da Lei n.º 9.307/96, a chamada Lei Marco Maciel, que deu nova roupagem a esse instituto.

Desde então, os debates a respeito do instituto tornaram-se mais ferrenhos, principalmente no que tange à relação entre arbitragem e à jurisdição estatal. A arbitragem tem sido constantemente questionada, de tal modo que, a Lei que a regula foi objeto de um incidente de inconstitucionalidade.

Ao se estabelecer essa Lei, duas situações antagônicas surgiram. Para uns, a concretização de uma luta que vinha desde a década de 1980, com a apresentação e conseqüente rejeição de três anteprojetos levados ao conhecimento do Poder Legislativo. E para outros, o surgimento de um instituto que afastaria da apreciação do Poder Judiciário matérias a ele pertinentes.

Com o objetivo de analisar se a arbitragem constitui-se um meio viável de soluções de disputas e se ela pode minorar os problemas de acesso ao Judiciário é que essa pesquisa foi realizada. Teve-se como objetivos específicos a verificação da evolução histórica e o crescente desenvolvimento da arbitragem no Brasil e em nível mundial. A verificação dos problemas de acesso à Justiça e da crise do Judiciário, bem como as formas de revitalização desse acesso. E, por último, a análise da correlação da crise do Judiciário com o instituto da arbitragem.

Para a elaboração desta pesquisa, foram utilizadas fontes primárias e documentação indireta, ou seja, pesquisas documental e bibliográfica. Como método de abordagem, o indutivo; e como métodos procedimentais, o histórico e o monográfico. A dissertação foi dividida em três momentos específicos.

O Capítulo I, intitulado de “A Arbitragem”, trata das especificações gerais da matéria, trazendo informações sobre o histórico do instituto e demonstrando a antigüidade do instituto e da sua adoção como meio de solução de controvérsias anterior à Jurisdição estatal. A seguir, aborda-se o tema à luz do Direito brasileiro, desde o Brasil-colônia até a atual incorporação de norma específica ao instituto com a promulgação da Lei n.º 9.307/96. Reserva-se, ainda, esse capítulo a interpretação dos arts. 736 a 773 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, que determinam as diretrizes do Juízo arbitral, do Juízo de *amigables componedores* e da perícia arbitral naquele país. E, por último, a análise dos protocolos, convenções e acordos considerados mais relevantes à arbitragem no âmbito internacional.

No Capítulo II procura-se analisar o “Acesso à Justiça e a Crise do Poder Judiciário”, primeiro discorrendo sobre o conceito de Justiça e a sua atual conotação, o surgimento da

jurisdição estatal e o conceito de acesso à Justiça. Num segundo momento, procura-se associar as causas do aumento da demanda ao Poder Judiciário e o entrave na entrega da prestação da tutela jurisdicional. Com isso, surge o terceiro momento desse capítulo, a análise do desgaste do acesso estatal à Justiça, que coaduna com a tentativa de se conseguirem alternativas a essa crise, ou seja, o movimento de revitalização do acesso à Justiça, analisado nesse capítulo num quarto momento.

No terceiro e último capítulo tem-se como escopo confrontar os aspectos relativos à arbitragem e ao acesso à Justiça, levantando-se as vantagens do instituto da arbitragem e a relação direta dessas vantagens com os problemas do Poder Judiciário. Ainda se determinam os principais problemas que afetam a arbitragem no Brasil e se essa pode ser considerada uma solução viável à crise do Judiciário, tema principal deste estudo.

A Arbitragem

1.1 O Histórico da Arbitragem

1.1.1 Notas Introdutórias

“a função da História: fornecer à consciência do homem um material abundante, inesgotável, utilíssimo à construção de seu conhecimento, de seu juízo, de sua vontade.”

Tucci e Azevedo¹

A primeira problemática a respeito do instituto da arbitragem é saber quando esse foi instituído. Sálvio de Figueiredo Teixeira ressalta que, em sua evolução, a Humanidade tem conhecido como meios de solução de conflitos a autotutela, a autocomposição, a arbitragem e a decisão judicial². Esses dois últimos são conhecidos como meios heterocompositivos de solução de litígios, que são nada mais que remédios “indicados por terceiro, escolhido e aceito pelas partes, ou impostos pela ordem pública”³.

Nas sociedades primitivas, a primeira forma encontrada para a solução de litígios não era outra senão a lei do mais forte. Não é difícil concluir que esse modo de dirimir os conflitos, muitas vezes, terminava por legitimar injustiças, pois não era levado em conta quem

¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 22.

² TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Org.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 23.

³ FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990, p. 30.

realmente era detentor de direitos, mas sim quem possuía maior força física⁴. A esse tipo de solução de conflitos foi dado o nome de autotutela ou autodefesa, que possui duas características bem definidas: a ausência de um juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra⁵. A autotutela, apesar de seu caráter primitivo, ainda é aplicada excepcionalmente, havendo alguns casos específicos assegurados no Direito brasileiro⁶.

A autocomposição, por sua vez, é caracterizada pela solução do litígio por ato das próprias partes, sem emprego de violência, pelo acordo⁷. Observa-se, portanto, que, para se chegar a uma solução do conflito preestabelecido, as partes têm de estar dispostas a chegar a um consenso. Para isso, torna-se relevante que os litigantes, ou ao menos um deles, estejam dispostos a abrir mão de seu interesse no litígio ou de parte dele. Atualmente, em um mundo civilizado, com possibilidades de diálogo, não é difícil imaginar quão complicada era a autocomposição nas sociedades primitivas.

São conhecidas, atualmente, três formas autocompositivas de resolução de conflitos: a renúncia, a transação e a mediação. Essas formas de autocomposição possuem uma característica em comum, a parcialidade, ou seja, a dependência da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas para que o conflito seja dirimido.

A renúncia, como o próprio termo deixa subentender, compreende uma simples desistência por parte de um dos litigantes, que prefere renunciar o seu direito a entrar em um conflito. Como conceituam Furtado e Bulos, seria uma desistência “à pretensão resistida pela

⁴ Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que, pela autotutela, “quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão”. E continuam explanando que “a própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de *vingança privada* e, quando o Estado chamou a si o *jus punitiois*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas”. E esses autores terminam o raciocínio dizendo que, “hoje, encarando-a [autotutela] do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”. Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 21.

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 21.

⁶ São casos de reconhecimento da autotutela no Direito brasileiro, por exemplo, o direito à retenção (CC, arts. 516, 772, 939, 1.199, 1.130, 1.131, 1.279 e 1.315), o “desforço imediato” (CC, art. 502), o penhor legal (CC, art. 776), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 558), a auto-executoriedade das decisões administrativas; sob certo aspecto, podem-se incluir entre essas exceções o poder estatal de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24 e 25; CC, arts. 160, 1.519 e 1.520). Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 29.

⁷ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 6.

parte contrária”⁸. É ato unilateral, pois depende apenas de uma das partes para que a pretensão seja satisfeita.

Outra modalidade de autocomposição é a transação, que nada mais é do que o acordo entre as partes, que fazem concessões recíprocas.

E, por último, há a mediação, que se faz por meio da aproximação das partes por um terceiro alheio ao litígio, que tenta encontrar uma saída para o conflito, mas não as obriga a adotar a solução que se apresentou. Portanto, esse instituto é uma tentativa de solução de conflito, que pode ter êxito ou ser frustrada por não haver obrigatoriedade.

Dentre os meios heterocompositivos está a arbitragem, que surge como um dos primeiros institutos a utilizar a intervenção de uma terceira pessoa, atribuindo obrigatoriedade à sua decisão para pôr fim à lide, e que veio combater um dos males trazidos pela autocomposição: a solução parcial, ou seja, a não-obrigatoriedade de adoção da decisão proposta. Portanto, com a implementação do instituto da arbitragem, uma terceira pessoa, o árbitro, é de confiança mútua das partes e tem o papel de solucionar os litígios de forma amigável e imparcial. “Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciões, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados”⁹. Como se observa, a arbitragem surge, naturalmente, de uma necessidade das próprias partes envolvidas de uma solução para seus litígios e, mais tarde, acaba por dividir espaço com a tutela jurisdicional do Estado, que chama para si o poder de dizer o direito.

Por estar sempre presente, desde os tempos mais remotos, e tendo notório destaque, atualmente, no Brasil, pela aprovação da n.º Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, é que se tomou a arbitragem como objeto deste estudo. Neste capítulo, analisam-se a evolução desse instituto, seus conceitos fundamentais e a Lei Marco Maciel, bem como esse instituto na Argentina e a sua abordagem nos principais tratados, protocolos e convenções internacionais.

1.1.2 Os Tempos Mais Remotos

Passa-se, agora, a fazer uma análise histórica do instituto da arbitragem, procurando-se apresentar as suas manifestações desde os tempos mais remotos até suas manifestações hodiernas, ocorridas no Direito brasileiro.

⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19.

De forma ampla, pode-se definir arbitragem como “a resolução de um conflito por um terceiro a cuja decisão se submetem os contentores”¹⁰.

Pela definição desse instituto, conhecido como uma das primeiras formas de solução de controvérsias empregadas pela humanidade, pode-se apresentar uma síntese da sua aplicabilidade ao longo da história. Acompanha essa afirmativa Paulo César Moreira Teixeira, para quem, “se entendermos as primeiras tribos habitando cavernas como forma mais incipiente de vida social, por certo aí estará a arbitragem como prática de manutenção e preservação da integridade de seus membros [...]”¹¹.

Então, a arbitragem não é um instituto novo como equivocadamente, muitas vezes, é apresentada. Ela sempre esteve presente, desde os mais remotos tempos, e é apenas resgatada com mais ênfase em determinadas épocas. Por exemplo, os duelos que levavam à morte passaram a ser arbitrados por um terceiro, que tinha como uma das obrigações aproximar os litigantes e apresentar uma solução que fosse satisfatória a ambos¹².

Outros exemplos são resgatados da história, como a famosa Lei de Talião. Com a sua determinação “olho por olho, dente por dente”, torna-se uma das disposições retiradas de uma decisão arbitral. O Código de Hamurabi, a primeira codificação de que se tem conhecimento, é outro exemplo disso, trazendo em seu texto várias referências à solução de disputas por meio de terceiros, escolhidos pelas famílias em litígio, que vinham a servir como juízes daquele afronte¹³.

A Bíblia também traz referências de casos de arbitragem. Numa de suas passagens, é relatado o conflito entre Jacó e Labão, em que o primeiro se põe à disposição de terceiras pessoas para que a “transgressão” seja solucionada¹⁴. Essa parábola é lembrada por Carlos A. Filártiga Lacroix, num artigo que questiona ser ou não esta a primeira arbitragem. Ele aponta a utilização da arbitragem nos mais distantes tempos e lembra que, para muitos autores, esse

⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 22.

¹⁰ BARRIENTOS PARRA, Jorge. Fundamentos da arbitragem no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n. 107, p. 215, jul./set. 1990.

¹¹ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 3.

¹² TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 3.

¹³ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 4.

¹⁴ Bíblia, Gênesis, 31:36-37. “Então, se irou Jacó e alterou com Labão; e lhe disse: Qual é a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Havendo apalpado todos os meus utensílios, que achaste de todos os utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e teus irmãos, para que julguem entre mim e ti”.

instituto leva à justiça que mais se acerca do ideal, já que surge de um acordo entre as partes, priorizando a autonomia da vontade sobre todos os aspectos do processo¹⁵.

No entanto, com a organização de reinados e impérios, a jurisdição¹⁶ passa para as mãos dos soberanos e religiosos, que trazem para si a aplicação da justiça, com o intuito de aumentar o respeito e o temor do povo pela ameaça de aplicação de um castigo. Mesmo ocorrendo o desenvolvimento das leis escritas, a arbitragem continuou sendo utilizada ao lado da jurisdição estatal, convivendo mutuamente com essa nova forma de “dizer o direito”.

Para alguns autores, entretanto, não fica clara a anterioridade da arbitragem em relação à jurisdição estatal, alegando estes que a arbitragem e a jurisdição estatal surgiram concomitantemente. É o caso, por exemplo, de Guido Fernando Silva Soares, que sustenta que “mal se sabe, na gênese da racionalidade em direção à solução de conflitos, o que nasceu primeiro: a solução judiciária ou a solução arbitral”¹⁷. Parece errônea a colocação, visto que a jurisdição estatal só surge com a criação do Estado, e os conflitos, que dão origem às formas de solucionar esses problemas, são conhecidos desde os primórdios dos tempos, antes de estar envolvido o Estado como detentor da jurisdição.

Para Teixeira e Andreatta, a arbitragem foi anterior à jurisdição estatal, de tal modo que esta foi “baseada para instalar-se como monopólio do Estado, o que aconteceu em momento histórico posterior”¹⁸. E afirma, ainda, que “na verdade a arbitragem inspirou a justiça estatal e não o contrário”¹⁹. Joel Dias Figueira Júnior acompanha a idéia, aqui sustentada, da anterioridade do instituto da arbitragem com relação à tutela jurisdicional do Estado e afirma, enfim, que “a justiça privada antecedeu historicamente aos juízes ou tribunais estatais”²⁰. Do mesmo modo, César Fiuza afirma:

¹⁵ “Queremos destacar de esta anedota algunos hechos relevantes:

1. El arbitraje se ha utilizado desde los tiempos mas remotos para resolución de conflictos, siendo para muchos autores la justicia que más se acerca al ideal ya que surge de un acuerdo entre las partes, priorizandose la autonomía de la voluntad sobre todos los aspectos del proceso: desde la elección de los árbitros hasta el procedimiento a ser utilizado.” LACROIX, Carlos A Filártiga. ¿El primer arbitraje? In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 43-44.

¹⁶ Jurisdição no sentido *lato sensu* significa o poder de dizer o Direito. José Milton da Silva define jurisdição da seguinte maneira: “do latim *jurisditio* (dizer o direito), é a capacidade que tem o Estado de dirimir as controvérsias ocasionadas em virtude das relações sociais, dizendo a qual dos seus cidadãos pertence o direito submetido ao árbitro judicial” (*Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 69).

¹⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. **Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios**. São Paulo: RT, 1985, p. 29.

¹⁸ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria Faria Corrêa. **A nova lei de arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 3.

¹⁹ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria Faria Corrêa. **A nova lei de arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 3.

²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 25.

As origens da arbitragem, enquanto meio de composição de litígios, são bem anteriores à jurisdição pública. Em certo momento, as partes litigantes houveram por bem eleger terceiro que os pacificasse, terceiro este não investido dessa função pelo Poder Público.

Pode-se mesmo dizer que a arbitragem foi norma primitiva de justiça e que os primeiros juizes nada mais foram que árbitros²¹.

Como se vê, a partir da literatura, a arbitragem foi muito anterior à prestação jurisdicional dada pelo Estado e, mesmo com o surgimento desta, continuou a ser aplicada com efetividade.

Após essa revisão dos tempos remotos, parte-se para uma análise do instituto em civilizações que, por serem ímpares na aplicação desse instituto, merecem lugar de destaque nesse cenário. Ocupa-se, então, de manifestações ocorridas na Grécia, no Direito Romano e em outras civilizações, para ilustrar a utilização do instituto da arbitragem ao longo dos tempos.

1.1.3 A Arbitragem na Grécia

A história grega começa com a imposição da forma de vida dos aqueus sobre os pelasgos, o que ocorre por volta de 2000 a.C. Com essa nova forma de vida, a Grécia acaba dividida em vários reinados, que, por fim, originam a civilização mecênica²².

A arbitragem, então, passou a ser aplicada na Grécia, visto que já era um instituto tradicional entre os aqueus, povo que, pela decisão do patriarca de cada família, via as pretensões litigiosas serem resolvidas por esse meio de solução de controvérsias. Nos tempos mitológicos, encontram-se grandes exemplos da utilização desse instituto, empregado tanto para solucionar os litígios de ordem particular quanto os de ordem pública. José Luis Bolzan de Moraes afirma que há “provas de arbitragens entre os povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, este último [entre cidades-estados] podendo ser exemplificado pelo Tratado de Paz estabelecido por Esparta e Atenas, em 445 a.C.”²³. O denominado Tratado de Nícias findou um estado de beligerância entre os dois litigantes. Encontra-se entre suas “cláusulas”, por exemplo, a previsão de aplicação da arbitragem no surgimento de

²¹ FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 63.

²² TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96*, p. 5.

²³ MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 176.

eventuais litígios entre os lacedemônios e os atenienses e seus aliados²⁴. Esses tratados podem ser considerados como verdadeiros esboços de um direito internacional e contêm em seu bojo cláusula compromissória.

Já no âmbito privado, por exemplo, pode-se citar a lenda sobre a discussão ocorrida entre a deusa Juno e seu marido, Júpiter. Essa lenda versava sobre quem obtinha maior prazer no amor, se o homem ou a mulher. Tal discussão veio à tona após a afirmação de Juno de que o homem era o detentor de maior prazer. Tirésias arbitrou tal contenda e acabou por decidir em favor de Júpiter²⁵.

Outro exemplo é citado por José Cretella Júnior, quando Paris é chamado como árbitro na disputa entre Atenas, Hera e Afrodite pela maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela deusa. Essa passagem, infelizmente, também torna-se exemplo do corrompimento de árbitro, pois tal contenda foi vencida por Afrodite, que subornou Paris, prometendo a este o amor de Helena em troca de ser considerada a deusa mais bela²⁶.

O instituto da arbitragem era muito prestigiado na civilização grega; “em Atenas, muito embora uma causa já estivesse submetida a um tribunal de heliastas, o exame podia ser subtraído dos juízes para ser entregue a um árbitro privado”²⁷. Tem-se, também, notícia, de que alguns tribunais, denominados de ligas enfitônicas, detinham competência para dirimir conflitos entre cidades gregas, atuando como verdadeiros juízes arbitrais, distinguindo-se dos árbitros públicos que existiam na época²⁸.

Em Atenas, ainda, e nas demais repúblicas helênicas, era primeiro dada aos árbitros a função de tentar uma conciliação e, após isso, não se conseguindo resolver o conflito, passava-se a uma “fase puramente arbitral”, quando era sentenciada a decisão²⁹.

Aspecto interessante do instituto da arbitragem no período clássico da Grécia é a adoção, na íntegra, do que é alegado por uma das partes, havendo a decisão do litígio por um simples “sim” ou “não”³⁰.

²⁴ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 5-6.

²⁵ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 5.

²⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coord.). **O Direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel**. São Paulo: LTr, 1998, p. 764.

²⁷ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 6.

²⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**, p. 20.

²⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 765.

³⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 765.

A arbitragem continuou a ser adotada mesmo após a dominação romana, que ocorreu por volta do século II a.C. E ganhou grande relevância com o comércio marítimo, forma de expansão desse instituto na Antiguidade. Dessa forma, “a arbitragem ultrapassou suas fronteiras internas e ganhou utilização entre culturas diferentes”³¹.

1.1.4 A Arbitragem no Direito Romano

A arbitragem romana possuía os mesmos princípios da arbitragem que se conhece atualmente. Como destaca José Luis Bolzan de Moraes, “o árbitro era livre para evitar o formalismo do direito puro e utilizar mecanismos mais pragmáticos encaminhados a alcançar uma resposta mais satisfatória, cabível era a execução forçada do laudo arbitral...”³². Teixeira e Andreatta ressaltam que “já naquele tempo as sentenças eram irrecorríveis aos tribunais romanos e os árbitros podiam proferir sentenças por equidade, sem submeter as partes ao rigorismo do direito escrito de Roma que poderia ser desconsiderado no momento da decisão”³³.

Eram encontradas, na República romana, duas formas de leis: a *lex rogata*³⁴ e a *lex data*³⁵. A Lei das Doze Tábuas, um tipo de *lex data* que disciplinava várias matérias, apesar de seus avanços jurídicos conservou em seus escritos a previsão da aplicação do *patria potestas*. Leia-se, portanto, que com isso era permitido ao ascendente masculino mais idoso, *pater familias*, decidir por arbitragem as questões de sua linha genealógica³⁶.

As leis gregas e romanas garantiam ao pai de família o poder que a religião a ele delegava, fazendo-o ocupar três funções distintas: chefe religioso, proprietário e juiz. Como chefe religioso, possuía o papel de perpetuador do culto e da família. “Tudo quanto diz

³¹ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 6.

³² MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!**, p. 176.

³³ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 8.

³⁴ *Lex rogata*: originava-se de uma proposta do cônsul ou pretor para ser votada em comícios ou, então, de um tributo da plebe com o *ad referendum* dos comícios. Cf. TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 7.

³⁵ *Lex data*: era imposta pelo magistrado com poderes conferidos pela *lex rogata*. Cf. TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 7.

³⁶ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 7.

respeito a esta perpetuidade, que é seu primeiro cuidado e sua primeira obrigação, só depende do pai. Daí deriva todo um conjunto de direitos”³⁷.

No direito antigo, a propriedade pertencia ao direito de família e não ao direito individual. A propriedade, portanto, não era passível de ser parcelável, havendo um proprietário, a família, e um usufrutuário, o pai; este, na realidade, o único possuidor de bens, já que a mulher e os filhos não possuíam e não podiam dispor de nenhum bem³⁸.

E, finalmente, a função de juiz familiar, também, cabia ao pai de família. O *pater* era o responsável legal pelos atos praticados pelos membros de sua família, sendo vetado à mulher, por exemplo, o comparecimento em justiça, até mesmo como testemunha. Fustel de Coulanges ressalta que “de toda a família só o pai podia comparecer perante o tribunal da cidade; a justiça pública só existia para o pai”³⁹. Todavia, este era autorizado pelo Estado a aplicar a justiça aos membros de sua família. Conclui Fustel de Coulanges que:

Este direito de jurisdição, pelo chefe de família exercido em sua casa, era completo e dele não havia apelação. Podia condenar à morte, como o magistrado o fazia na cidade; nenhuma autoridade tinha o direito de alterar as suas sentenças.

[...]

Seria formar-se falsa idéia da matéria acreditar-se que o pai tinha o direito absoluto de matar a mulher e os filhos. O pai era o seu juiz. Se os feria de morte era apenas por virtude do seu direito de jurisdição. Como só o pai de família estava submetido ao julgamento da cidade, a mulher e o filho não podiam ter outro juiz a não ser o seu pai. Era, no interior da família, o seu único magistrado⁴⁰.

Também era facultada, no Direito Romano, a renúncia à tutela jurisdicional do Estado pelas partes, optando essas por um árbitro particular, que seria responsável por dirimir o conflito trazido a seu conhecimento. Essa demanda era resolvida por um tribunal privado ou por um *iudicium privatum*⁴¹.

O *ordo iudiciorum privatorum* consistia no “poder atribuído a certos magistrados, de declarar (não de julgar) a norma jurídica aplicável a um determinado caso concreto”⁴². Duas fases distintas eram perquiridas: *in iure*, perante o pretor, que tinha como função organizar e fixar termos da controvérsia; e, posteriormente, a *apud iudicem*, fase decisória do litígio. Nessa fase, o poder de julgar, por sua vez, ainda era atribuído ao *iudex*, cidadão romano. O

³⁷ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 91.

³⁸ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. p. 92.

³⁹ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 93-94.

⁴⁰ COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**, p. 94.

⁴¹ *Iudicium privatum*: lista de cidadãos na qual o interessado poderia escolher alguém que merecesse sua confiança. Cf. TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem**: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96, p. 8.

⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 43.

litígio era levado ao seu conhecimento e a ele submetido, que era independente e não estava, portanto, subordinado a qualquer órgão postado em superior grau hierárquico⁴³. Suscita, portanto, dessa passagem que no Direito Romano a observância da jurisdição estatal como forma de solução de disputas foi posterior ao instituto da arbitragem.

O *ordo judiciorum privatorum* é demonstrado de maneira clara nas palavras de Mário Guimarães, que traduz as especificidades da matéria:

O pretor romano era magistrado, mas não era juiz. Os romanos distinguiam: o magistrado dava solenidade ao julgamento. Convocava os litigantes. Fazia observar o rito. Deferia os compromissos. Pronunciava as palavras sacramentais. Mas não julgava. A decisão competia ao juiz, de confiança das partes, juiz que ora se chamava *judex*, ora *arbiter*, ora funcionava como juiz singular, ora coletivamente. Havia-os com a denominação de recuperadores, que decidiam controvérsias entre cidadãos romanos e peregrinos. O nome *recuperadores* lhes veio porque, a princípio, tinham por missão apenas, após a conclusão da paz, prover sobre a recuperação dos bens de que se houvesse apossado o inimigo.

[...]

No período da decadência, após DEOCLECIANO, o pretor se tornou também juiz, chamado simplesmente *judex*, ou *judex ordinarius*⁴⁴.

A escolha da justiça arbitral poderia originar-se da lavratura de um contrato ou de um *compromissum* e tinha ações judiciais próprias (ação *conditio ob rem dati*) que decorriam de seu descumprimento. Também era permitida a aplicação de penas, pecuniárias ou não, desde que houvesse essa previsão na cláusula compromissória (*stipulatio poenae*). Mais tarde, foi criada uma ação real (*conditio ex lege* ou *actio in factum*) “que permitia aos magistrados compelir a parte que se recusasse cumprir o *compromissum* a obrigá-la a firmar o convênio arbitral, negando a ele, magistrado, o direito de examinar o mérito da demanda”⁴⁵. Joel Dias Figueira Júnior afirma que “é no Direito Romano que vamos encontrar as raízes mais proficuas do instituto da *arbitragem* ou do *compromisso arbitral*”⁴⁶.

De acordo com esse autor, “O instituto do *juízo arbitral* chegou a merecer disposição expressa no Digesto (Liv. IV, Tít. 8; Cód. Liv. II, Tít. 55), sob a epígrafe *De receptis*”⁴⁷.

⁴³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 43-44.

⁴⁴ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 26-27.

⁴⁵ TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 8.

⁴⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 25.

⁴⁷ *Digesto* ou *Pandectas* (vocábulo grego que pode ser traduzido como “livros que contêm tudo, enciclopédia”). Foi uma compilação, encerrada em cinquenta livros, ordenada por Justiniano ao seu ministro da Justiça, Triboniano, que reuniu uma equipe de advogados e professores de Direito para codificar todo o direito romano, fazendo uma revisão dos códigos anteriores; compilando as constituições em vigor, tendo toda a liberdade para fazer quaisquer acréscimos, supressões e modificações que julgasse necessários. Cf. TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 36; *Digesta* ou *Pandectae*:

Havia três formas de recepta⁴⁸: *arbitrii, nautarum cauponum e stabulariorum, argentarii*. A que mais interessa a este estudo é a *arbitrii*, que, segundo Joel Dias Figueira Júnior,

Era a assunção, por parte de um árbitro escolhido mediante compromisso pelos contentores, da tarefa de emanar o juízo sobre a controvérsia apresentada à sua decisão. O pretor, por sua vez, concedia no seu édito, em vez de uma ação, meios de coerção, tais como a irrogação de uma multa ou a *pignoris capio*, para que o árbitro executasse o compromisso assumido desde que não subsistissem causas de escusa (*excusationes*)⁴⁹.

O instituto da arbitragem, naquela época, é modificado por Justiniano, que, com a finalidade de evitar a não-adoção do laudo arbitral pelas partes, delegou aos magistrados a função de executá-lo.

Somente no final do século III d.C., os romanos vieram a estabelecer a justiça oficial, e com ela o juiz estatal, chamando para si, então, o poder de jurisdicionar; missão essa até então “exercida por um terceiro, particular, árbitro portanto escolhido pelos próprios contentores ou por indicação do magistrado”⁵⁰.

Com o fortalecimento do Estado, este chamou para si o poder de nomear os árbitros, que, anteriormente, eram nomeados pelas partes e apenas investidos pelo magistrado. Esse sistema, portanto, consistia numa arbitragem obrigatória, que substituiu a antecedente arbitragem facultativa⁵¹.

Na Idade Média, com a decadência do Império Romano e com a proliferação do domínio religioso, há o apogeu da arbitragem, mas com um inconveniente: a imparcialidade não era observada. Os papas serviam como árbitros em questões que envolvessem, principalmente, reinados e impérios, e outorgavam também aos bispos e cardeais o direito de arbitrar⁵².

publicada em 533, essa monumental compilação de fragmentos extraídos de mais de 14.000 livros escritos pelos juristas clássicos é, sem dúvida, a principal fonte para o conhecimento e estudo do direito romano em sua época de esplendor; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 28.

⁴⁸ “O *receptum* era uma assunção não formal de responsabilidade, sancionada pelo pretor de vários modos, da parte de determinados sujeitos, árbitros, armadores de navios, hoteleiros, estaleiros e banqueiros[...]”. C.f. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 29.

⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 29.

⁵⁰ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*, p. 22.

⁵¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 21.

⁵² TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 8-9.

1.1.5 Outras Manifestações Históricas

A partir do século XII, encontram-se muitos casos de arbitragem, entre cavaleiros, barões, proprietários feudais e soberanos distintos. Surge também a arbitragem comercial, porque era um meio mais rápido e eficiente em relação aos tribunais oficiais⁵³. Assim, “os países da Europa, na Idade Média, conheciam o instituto da arbitragem desde o século XII, sendo que os Repertórios consuetudinários continham regras minuciosas a respeito do compromisso da arbitragem e, em especial, para a solução das controvérsias familiares”⁵⁴.

A arbitragem também era utilizada pela Igreja medieval, “que representava não só a força espiritual de toda uma época, como era ainda a mais coerente, a mais extensa organização social e a que apresentava ordem jurídica interna mais poderosa”⁵⁵. O poder jurisdicional da Igreja, nesse período, podia ser observado sob duas ordens, uma arbitral e outra disciplinar, que foi instituída até o século XVI, quando se origina a decadência dos tribunais eclesiásticos.

Gianni Shizzeroto, fazendo uma análise do instituto aplicado nessa época, cita ao menos cinco causas para o seu desenvolvimento na Idade Média, quais sejam: “ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja”⁵⁶.

Pode-se constatar, a partir das análises pertinentes à Idade Média, que a arbitragem foi um instituto amplamente aplicado, sendo relevante para dirimir os conflitos existentes naquela época.

Entre os hebreus, por toda a História, como lembra Ricardo Soares Stersi dos Santos, a arbitragem também era instituída; inclusive havendo para tal um colegiado, denominado Beth-Din, para solucionar os litígios de direito privado. Esse colegiado era formado por três “doutores da lei”⁵⁷.

⁵³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 30-31; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. **Manual da arbitragem**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

⁵⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 767.

⁵⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 30-31 e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. **Manual da arbitragem**, p. 23.

⁵⁶ Apud FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**, p. 30-31; e FIGUEIRA JÚNIOR, Joel. **Manual da arbitragem**, p. 23.

⁵⁷ SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 124.

“Na França, após a Revolução Francesa, a arbitragem foi estimulada e consagrados casos em que se tornava obrigatória (arbitragem forçada)”⁵⁸. Acrescenta Cézard Fiuza que

Com a Revolução Francesa descortinou-se, porém, período bastante favorável à arbitragem.

A legislação intermediária, pelo menos no princípio, conferiu à arbitragem lugar de destaque.

A arbitragem foi acolhida com entusiasmo pela Assembléia Constituinte, que encabeça suas leis sobre organização judiciária, dizendo que “l’arbitrage est le moyen le plus raisonnable de terminer les constestations entre les citoyens”.

[...]

A Constituição de 1791 reconhece a todos os cidadãos o direito de dirimir seus conflitos pela via arbitral (Tít. V, art. 5)⁵⁹.

1.2 A Arbitragem no Brasil e na Argentina

Este tópico é dividido em dois momentos distintos, por haver dentro do ordenamento brasileiro um marco relevante ao instituto da arbitragem no Brasil, qual seja, a promulgação da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. A partir dessa data, a arbitragem é vista com outros olhos, começando a ter um papel de destaque nesse ordenamento, o que até então não lhe era concedido. Desse modo, permite-se fazer essa divisão temporal, com uma análise histórica do instituto no país, antes e após a introdução da Lei n.º 9.307/96 no sistema jurídico brasileiro.

1.2.1 Antes da Lei n.º 9.307/96

A arbitragem teve uma das primeiras manifestações no ordenamento jurídico lusitano no reinado de D. Afonso III, que publicou norma sob a epígrafe de *juyzes aluydores*. Esta norma veio a ser reeditada, com algumas melhoras, pelas Ordenações Afonsinas (cf. Livro II, Título 113), Manuelinas (cf. Livro III, Títulos 81 e 82) e Filipinas (cf. Livro III, Título 16 – Dos Juizes Árbítrós e Título 17 – Dos Arbitradores).

As Ordenações Filipinas⁶⁰ foram a primeira manifestação da arbitragem no Brasil e aqui vigoraram até em 1916, com o advento do Código Civil brasileiro. A matéria a respeito

⁵⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*, p. 21.

⁵⁹ FIUZA, Cézard. *Teoria geral da arbitragem*, p. 86-87.

⁶⁰ As Ordenações Filipinas, que se constituíram da compilação das Ordenações Manuelinas e de leis extravagantes editadas após promulgação destas Ordenações. As Ordenações Manuelinas, por sua vez, foram resultantes da somatória das leis previstas nas Ordenações Afonsinas e das leis extravagantes promulgadas até a

do juízo arbitral foi tratada em dois pontos específicos das Ordenações Filipinas, no título XVI, Livro 3, denominada de “Dos Juizes Árbítrós”, e no título XVII, do mesmo livro que disciplinava a atuação dos arbitradores. Ainda lhe foi reservada, no parágrafo 8º do título XXXIII, disposição sobre ações e reconvenções.

No que se refere à legislação brasileira propriamente dita, constata-se que já a primeira Constituição do país, a denominada Constituição do Império do Brasil, jurada a 25 de março de 1824, trazia em seu corpo, sob o título 6º, que tratava “Do Poder Judicial”, artigo específico sobre o instituto da arbitragem. O artigo de número 160 versava que “nas civeis [causas], e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbítrós. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”⁶¹.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil promulgada a 24 de fevereiro de 1891 foi a única Constituição brasileira a não fazer, de nenhuma forma, referência ao instituto.

Nas Constituições posteriores, a sua previsão, mesmo que de forma implícita, é feita. A previsão da arbitragem comercial, por exemplo, é encontrada na Constituição de 1934, na redação do art. 5º, XIX, c, sob o título I – Da Organização Federal, capítulo I – Disposições preliminares:

Art. 5º. Compete privativamente à União:

XIX – legislar sobre:

c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo⁶².

E em seu parágrafo 3º traz outras diretrizes quanto à competência supletiva ou complementar da legislação estadual sobre a matéria⁶³. Também o prevê o seu artigo 4º:

instituição das Ordenações Filipinas, em 1603. As Ordenações Afonsinas, por sua vez, foram uma compilação de leis esparsas promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, com influência do direito canônico, da Lei das Sete Partidas, dos costumes e do uso. Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 185.

⁶¹ Art. 160 da Constituição de 1824. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996, p. 671.

⁶² Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

⁶³ Parágrafo 3º: A competência federal para legislar sobre as materias dos ns. XIV e XIX, letras *c* e *i*, *in fine*, e sobre registros publicos, desapropriações, arbitragem commercial, juntas commerciaes e respectivos processos/requisições civis e militares, radio-comunicação, emigração, imigração e caixas economicas; riquezas do sub-solo, mineração, metallurgia, aguas, energia hydro-electrica, florestas, caça e pesca e a sua exploração, não exclue a legislação estadual suppletiva ou complementemtar sobre as mesmas materias. As leis estaduaes, nestes casos, poderão attendendo ás peculiaridades locaes, supprir as lacunas ou deficiencias da legislação federal, sem dispensar as exigencias desta.

Art. 4º. O Brasil só declarará guerra se não couber ou malograr-se o recurso do arbitramento; e se empenhará jamais em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outra nação.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil decretada a 10 de novembro de 1937, embora de maneira implícita, também faz referência ao instituto, como se pode constatar na redação do art. 18, “*caput*” e incisos “d” e “g”⁶⁴.

A Constituição de 1946, no seu artigo 4º, dispõe que:

Art. 4º. O Brasil só recorrerá à guerra se não couber ou malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado⁶⁵.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 24 de janeiro de 1967 previa a arbitragem apenas no caso de solução de conflitos internacionais, sendo esse um dos modos adotados antes da declaração de guerra⁶⁶.

O conteúdo desse artigo é mantido na Constituição posterior, sob mesmo número e redação⁶⁷.

A atual Constituição, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988, permitiu o uso da arbitragem para solucionar conflitos em causas de matéria trabalhista, prevendo sua admissão no parágrafo 1º do art. 114, quando diz que, “frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros”. Furtado e Bulos chamam a atenção para que, “para a sua aplicação, basta observar as prescrições procedimentais, contidas na aludida Lei n. 9.307/96, art. 19 *usque* 21”⁶⁸. José Luis Bolzan de Moraes, por sua vez, ressalta que a “CF/88 consagra, em seu artigo 4º, inc. VII, a solução pacífica de conflitos para

⁶⁴ Art. 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhe as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que os regule, sobre os seguintes assuntos:

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extra-judiciária dos litígios ou sua decisão arbitral.

g) processo judicial ou extra-judicial.

⁶⁵ Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

⁶⁶ Art. 7º Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe.

⁶⁷ Constituição do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1/69 e as alterações das Emendas n.º 2 a 27. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

⁶⁸ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**, p. 10.

resolver questões oriundas de relações internacionais, e já o artigo 217 deu significativo passo no sentido de reintroduzir no país, como autêntico pressuposto processual, o arbitramento obrigatório”, demonstrando outras manifestações do instituto⁶⁹.

No entanto, as Constituições não foram as únicas manifestações positivadas do instituto da arbitragem, já que outros regulamentos e leis também dispuseram sobre a matéria. É o que se pode conferir pelas palavras de Furtado e Bulos:

No Brasil, já se ocupara da matéria o Assento de 10 de novembro de 1644 e o Decreto n. 353, de 12 de julho de 1845. Mas foi o Regulamento n. 737, de 1850, que, à base do art. 160 da Constituição do Império, se propôs a lhe dar forma e desenvolvimento. O Decreto n. 3.900, de 26 de julho de 1867, tratou minudentemente do assunto, abolindo a obrigatoriedade do juízo arbitral. As primeiras leis federais e os Códigos estaduais de Processo o regularam, sendo, dentre estes últimos, apontados como os mais completos os de São Paulo, Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal e Rio Grande do Sul⁷⁰.

Em 1850, mais precisamente em 25 de junho, entra em vigor o Código Comercial Brasileiro (Lei n.º 556), que estabelece no seu artigo 245 que “todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral”. O arbitramento obrigatório também era previsto para as causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia, como previam os arts. 294 e 348. Esses artigos foram revogados, em 13 de setembro de 1866, pela Lei n.º 1.350. Acrescenta Joel Dias Figueira Júnior que o art. 739, que também versava sobre a arbitragem em questões decorrentes de naufrágios, foi revogado pela Lei n.º 7.542, de 1986⁷¹. O Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, também relacionava, nos seus arts. 411 a 475, os temas que deveriam ser submetidos à arbitragem, prevendo, ainda, o seu uso obrigatório em determinados assuntos comerciais.

Mas, como ilustram Teixeira e Andreatta, “poucos meses depois, em 26 de junho de 1867, sempre por influência das relações de comércio marítimo, tornava a falar-se de justiça arbitral no Brasil através do decreto 3.900 que surgiu para regulamentar e disciplinar a lei que havia extinto o juízo arbitral obrigatório”⁷².

Visão mais completa da adoção do instituto pelo Direito Comercial Brasileiro é trazida por Joel Dias Figueira Júnior:

⁶⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!**, p. 180.

⁷⁰ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**, p. 21.

⁷¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999, p. 32.

⁷² TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Côrrea. **A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96**, p. 9-10.

[...] verificou-se a obrigatoriedade de instituição do juízo arbitral para as demandas que envolvessem seguro e locação, o que ocorreu através das Leis de 1831 e 1837, ampliando-se com o advento do Código Comercial, em 1850, a abranger todas as controvérsias de natureza mercantil. Por sua vez, os processos pertinentes a essas causas passaram a partir de 25 de novembro de 1850 a ser disciplinados pelo Regulamento 737 (art. 411 e segs.) que fazia distinção entre arbitragem voluntária e necessária. Esse regime da arbitragem obrigatória sofreu duras críticas dos juristas da época, terminando por retomar a voluntariedade através da Lei n. 1.350, de 1866 que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n. 3.900, de 26 de junho de 1867⁷³.

Atualmente, na área comercial, a Lei das Sociedades Anônimas (Lei n.º 6.404/76), no parágrafo 2º do art. 129, trata expressamente desse instituto, quando expõe sobre o *quorum* das deliberações e, ainda, sobre o acordo de acionistas, no que tange à possibilidade de promoção da execução específica da obrigação assumida, nas condições previstas no acordo respectivo, onde perfeitamente pode inserir-se cláusula arbitral ensejadora de futura executividade (art. 118, parágrafo 3º). E no Direito Marítimo (Lei n.º 7.203/84) a arbitragem é admitida na assistência e salvamento (arts. 7º, 10, parágrafos 3º e 4º), desde que seja impossível o julgamento por tribunal estrangeiro na hipótese de envolvimento de embarcação brasileira em águas nacionais⁷⁴.

Além da legislação comercial, os Códigos Civil e de Processo Civil também faziam previsão desse instituto. O antigo Código de Processo Civil tratava da matéria nos arts. 1.031 a 1.046. Em 11 de janeiro de 1973, entrou em vigor o Código atual, que continuou a disciplinar a arbitragem nos seus arts. 1.072 a 1.102. O Civil, de 1º de janeiro de 1916, por sua vez, mesmo reduzindo a arbitragem a “mero compromisso”⁷⁵, regulava tal instituto nos seus arts. 1.037 a 1.048. Esses dispositivos estiveram em vigor desde a ordenação jurídica brasileira até a promulgação da Lei n.º 9.307/96.

Outras leis também ocuparam-se da arbitragem. É o caso, por exemplo, da Lei n.º 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor e proíbe, nos contratos de fornecimento de produtos e serviços, a inclusão de cláusulas relativas à utilização compulsória da arbitragem (art. 51, inc. VII).

A Lei n.º 9.099/95, que criou os Juizados Especiais, também previu a arbitragem nos arts. 24 a 26. A arbitragem, no entanto, já era prevista na Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, revogada pela de 1995. A Lei n.º 7.244 determinava no seu art. 26 que “O árbitro conduzirá o processo, com os mesmos critérios do juiz, na forma dos arts. 4º e 5º desta lei,

⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional, p. 32.

⁷⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional, p. 32.

podendo decidir por equidade”⁷⁶. A atual Lei que dispõe sobre os juizados especiais autoriza a equidade na decisão do árbitro, que será escolhido pelas partes, mas sujeita o laudo à homologação judicial por sentença irrecorrível. Como refere José Luis Bolzan de Moraes, “momento previsto para este julgamento é o subsequente à sessão de conciliação inexitosa, entretanto, na prática não se tem vislumbrado tal seqüência. Aquela fase tem sido seguida de audiência de instrução e julgamento, porque os litigantes não querem se sujeitar ao julgamento pelos árbitros”⁷⁷.

Essa reação pode ser explicada. Tradicionalmente, o instituto da arbitragem no Brasil, por ser motivo de burocracias, não dava segurança às partes que pretendiam adotá-lo. A arbitragem que era prevista no Código de Processo Civil, de 1973, por exemplo, nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior,

[...] era muito pior que os mecanismos oferecidos pelo Poder Judiciário à solução dos conflitos, a ponto de influenciar (negativamente) o espírito dos jurisdicionados que, em quase absoluta unanimidade, “optavam” pela justiça estatal, sobretudo porque, mesmo se optassem pelo juízo privado, não conseguiriam escapar da carcomida máquina estatizante, à medida que, em último termo, necessitariam da homologação judicial do laudo arbitral⁷⁸.

Tal instituto se mostrava inviável, também, por não ter eficácia obrigacional da cláusula compromissória, e por esta não possuir caráter impositivo, havendo, como afirma Joel Dias Figueira Júnior, “um distanciamento abismal entre o compromisso arbitral a instituir o regime da arbitragem e a cláusula em si mesma”. Não se podia obrigar a parte resistente a honrar o compromisso e se submeter à arbitragem, restando, apenas, à parte contrária o pleito de uma indenização por perdas e danos⁷⁹.

Outra problemática consistia na obrigatoriedade de dupla homologação ou duplo *exequatur*⁸⁰ das sentenças arbitrais estrangeiras, o que tornava quase impossível a execução destas no país.

Tal quadro é descrito por Athos Gusmão Carneiro:

⁷⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição!, p. 177.

⁷⁶ SANTOS, Paulo de Tarsó. **Arbitragem e Poder Judiciário**: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001, p. 25.

⁷⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição!, p. 181-182.

⁷⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**, p. 44.

⁷⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional, p. 32.

⁸⁰ É o mesmo que dupla homologação, ou seja, a exigência, para que a sentença arbitral estrangeira seja reconhecida e executada no país onde deva surtir efeitos, de que primeiro seja reconhecida pelo país onde esta foi prolatada; estando em conformidade com as normas desse país, ela será então remetida ao país no qual deve

Em muitos países, o juízo arbitral, “equivalente jurisdicional” em tema de litígios versando direitos patrimoniais disponíveis, contribui eficazmente para desafogar os pretórios. Mas, no Brasil, embora o CPC lhe consagre nada menos de 31 artigos e 12, o CC, regulando minudentemente a matéria, não se tem notícia, ao longo dos anos, de sequer um laudo arbitral devidamente homologado. Juiz há 30 anos, nunca vi um compromisso, judicial ou extrajudicial, e nem tive notícia de nenhum juízo arbitral em andamento (não confundir com as “promessas de compromisso”, inseridas em formulários de contratos e vazias de significação jurídica)⁸¹.

Dentro da jurisprudência brasileira, até 1990, constata-se que as decisões a respeito desse instituto eram basicamente as de declaração de nulidade das sentenças arbitrais⁸²; portanto, a arbitragem era pouco aplicada e, quando aplicada, muitas vezes, as sentenças proferidas pelo juízo arbitral eram anuladas pelos tribunais. Poucos laudos arbitrais eram homologados, e só os eram depois de um longo período de processo judicial, frustrando uma das características básicas da arbitragem, que é a celeridade das decisões.

Observa-se que depois da implementação da Lei de Arbitragem, como bem ilustra Carlos Alberto Carmona, “as intervenções do Poder Judiciário neste primeiro triênio de vigência da Lei foram raras, e ocorreram em dois setores: no reconhecimento da eficácia da cláusula compromissória e na homologação de laudos arbitrais estrangeiros (no âmbito do Supremo Tribunal Federal)”⁸³. Como se constata, apesar de sua previsão desde as primeiras manifestações da ordenação jurídica do país, a arbitragem nunca teve papel relevante no sistema jurídico brasileiro. Ela era considerada letra morta por sua pouca aplicação ou nenhuma. Isso se devia também à grande dificuldade e incerteza quanto à sua aplicação e à insegurança e inexpressiva valorização.

Percebe-se, portanto, o pouco respaldo dado a esse instituto. Nesse sentido, Furtado e Bulos concluem que “o juízo arbitral – instituto conhecido no velho continente desde remota antiguidade – não recebeu o tratamento devido, de modo a tornar-se um instrumento a mais colocado à disposição das partes para a resolução de pendência”⁸⁴.

Com o intuito de desmistificar e tornar atuante esse modo de solução de litígios é que surge a Lei n.º 9.307, que dispõe sobre a arbitragem e que é analisada a seguir.

surtir efeitos para que seja analisada conforme as leis e a ordem pública deste Estado, sendo, portanto, duplamente analisada.

⁸¹ Apud FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*, p. 34.

⁸² WALD, Arnaldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletâneas de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 21.

⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletâneas de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 50.

⁸⁴ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada*, p. 3.

1.2.2 A Lei n.º 9.307

A arbitragem no Brasil, que antes era relegada a poucos artigos no Código de Processo Civil e que não tinham nenhuma aplicação efetiva, passa a vislumbrar um novo espaço no ordenamento jurídico do país a partir da promulgação da Lei n.º 9.307/96, que se torna o marco da instituição no Brasil. Com o advento da nova Lei, é despertado o interesse por um instituto antigo e amplamente difundido por várias civilizações desde os mais remotos tempos. Até então, a arbitragem não tinha obtido um lugar de destaque como se vinha pedindo há algum tempo, pois se fazia necessário ao sistema jurídico brasileiro acompanhar a evolução já conferida a esse instituto por outros países. Sobre esse aspecto, Carlos Alberto Carmona ressalta que

A nova lei resultou de várias tentativas anteriores visando conferir modernidade à arbitragem, a qual segundo alguns já não atendia mais aos anseios da doutrina especializada se comparado o direito positivo às legislações de outros países, entre elas Espanha (“Ley de Arbitraje n.º 36, de 05/12/88), Argentina (“Código Procesal Civil de la Nación”), Itália (“Código di Procedura Civile”) e Bélgica (arts. 1.702 e 1.703 do “Code Judiciaire” belga)⁸⁵.

A necessidade de ordenamento específico para o instituto no país datava de mais de uma década. Nos anos 1980, três anteprojetos que versavam sobre a instituição da arbitragem foram encaminhados para discussões, que acabaram infrutíferas⁸⁶.

O primeiro anteprojeto surgiu em 1981, com a Portaria n.º 319, tendo sua publicação em 27 de maio do mesmo ano. Possuía 28 artigos e teve como coordenador da comissão responsável para tratar da matéria o Desembargador Severo da Costa, do Rio de Janeiro.

Em 1987, surge outro anteprojeto, este provido pelo Ministério da Justiça. Era composto de 37 artigos e, em 27 de fevereiro de 1987, foi publicado no Diário Oficial da União (DOU) sob a Portaria n.º 76/78, com o objetivo de receber sugestões. O resultado: novo esquecimento e mais um anteprojeto sobre arbitragem prostrado.

Em 14 de julho de 1988, o terceiro anteprojeto é publicado no DOU, pela Portaria n.º 298-A, e, a exemplo do anterior, receber sugestões. Tal anteprojeto, nas palavras de Guido Fernando Silva Soares, era “o pior, mal concebido e ignorante de certos princípios que regem

⁸⁵ PODESTÁ, Fábio Henrique. **O juízo arbitral em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. 2001. Disponível em: <www.apamagis.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2001.

⁸⁶ Vide anteprojetos. In: LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

a arbitragem”, exigindo, entre outras coisas, que o árbitro fosse bacharel em Direito⁸⁷. Consta-se que, de longe, esse anteprojeto teve como mérito satisfazer o esperado, pois era composto de apenas dez dispositivos que não traziam muitas novidades ao instituto e apenas alterava superficialmente as previsões feitas a respeito do instituto no Código de Processo Civil. Como já era de se esperar, esse anteprojeto também não vingou.

Em novembro de 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, sob a coordenação de Petronio R. G. Muniz, surge a *Operação Arbitrer*, com o fim de “formalizar-se novo anteprojeto que pudesse preencher os anseios da sociedade civil para a revitalização da arbitragem”⁸⁸. E, enfim, surte algum êxito. Com a comissão relatora, integrada por Selma M. Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, obteve-se um novo estudo, que aproveitou as pesquisas relevantes feitas nos projetos anteriores e tornou-se hábil a preencher as exigências da sociedade moderna⁸⁹.

Do trecho do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei do Senado n.º 78, de 1992, que “dispõe sobre a arbitragem”, pode-se constatar a importância de tal projeto, que deu origem à Lei aqui analisada:

O projeto [...] é fruto do estudo e empenho dos setores mais interessados da própria sociedade em levar adiante as novas idéias para a implantação de uma justiça, em sentido amplo, ágil, segura e técnica, além de pouco onerosa e informal. Para a elaboração do projeto, consultaram-se as mais modernas legislações sobre arbitragem e levaram-se em conta as diretrizes de organismos internacionais, dentre elas as fixadas pela ONU (Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL), além das convenções de Nova Iorque (1958, não firmada pelo Brasil), e do Panamá (1975, firmada, mas, ainda não ratificada pelo Brasil)⁹⁰.

E nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior, o desfecho: “assim, encampado e de iniciativa do então Senador Marco Maciel, originou-se o Projeto de Lei que recebeu no Senado o n. 78/92 e n. 4018/93, na Câmara dos Deputados, terminando por se transformar no novo e então esperado microssistema da arbitragem, materializado na Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”⁹¹.

A partir de agora, faz-se um estudo detalhado dos artigos da referida Lei, chamando a atenção para pontos específicos e relevantes para o estudo da arbitragem.

⁸⁷ Apud FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**, p. 58.

⁸⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**, p.47

⁸⁹ Sobre os anteprojetos que antecederam a Lei n. 9.307/96, vide: FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**, p. 5-6; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**, p.46-48; e FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**, p. 58.

⁹⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**, p. 105-106.

Para se iniciar tal análise é importante que se entenda o que é a arbitragem. Nas palavras de José Cretella Júnior, no sentido *lato sensu*, arbitragem é

o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida⁹².

A Lei em questão é composta de 44 artigos, dispostos em sete capítulos: “Disposições Gerais” (arts. 1º e 2º), “Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos” (arts. 3º a 12), “Dos Árbitros” (arts. 13 a 18), “Do Procedimento Arbitral” (arts. 19 a 22), “Da Sentença Arbitral” (arts. 23 a 33), “Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” (arts. 34 a 40) e “Disposições Finais” (arts. 41 a 44).

O capítulo primeiro é composto de dois artigos. O primeiro artigo traz disposições acerca da capacidade das partes e do objeto sobre o qual pode recair a arbitragem. A respeito da capacidade, esse artigo restringe a adoção da arbitragem às pessoas capazes para contratar, em outras palavras, às pessoas absolutamente capazes, segundo o Código Civil, e que possuam, ainda, capacidade de transigir sob o objeto. É necessário que a parte seja sujeito legítimo e verdadeiro possuidor de direitos com relação ao objeto motivador da solução por meio alternativo da lide.

É relevante observar que, se os absoluta ou relativamente incapazes estiverem assistidos ou representados, eles poderão se valer da arbitragem⁹³. Rozane da Rosa Cachapuz esclarece que “não se poderão valer da Arbitragem, além dos incapazes, o preso, enquanto durar o regime prisional, o insolvente civil e a massa falida, em face da universalidade dos juízos”⁹⁴.

Adriana Noemi Pucci chama ainda a atenção para o seguinte:

[...] também não podem transigir os procuradores fiscais e judiciais das pessoas jurídicas de direito público interno; os representantes do Ministério Público; a pessoa casada sem consentimento do cônjuge, desde que a transação seja relativa a bens imóveis; o sócio que não tem a administração da sociedade; o inventariante, no caso

⁹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Manual da arbitragem**, p. 48.

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 764.

⁹³ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997, p. 49.

⁹⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n.º 9.307/96**. Leme: Editora de Direito, 2000, p. 80.

do art. 992, II, do CPC; o síndico sobre dívidas e negócios da massa, salvo autorização judicial e audiência do falido, os pródigos (art. 459 do CCB)⁹⁵.

Essa autora acrescenta que “as pessoas jurídicas no direito brasileiro poderão resolver suas pendências mediante arbitragem sempre que seus representantes legais, mandatários ou procuradores estiverem suficientemente autorizados para tanto, mediante poderes especiais”⁹⁶.

Quanto ao objeto, o mesmo artigo 1º determina que esse deve ter caráter patrimonial disponível, ou seja, deve ser divisível, passível de ser transacionado⁹⁷, ser objeto real, mensurável monetariamente, não podendo, portanto, versar sobre coisas fora de comércio, sobre direito de família puro e de estado da pessoa. Welber Barral esclarece que “Direito patrimonial disponível, por sua vez, é aquele direito sobre o qual a transação ou a cessão é permitida. Não se admite, portanto, arbitragem sobre coisas *extra commercium*, como questões de estado e capacidade das pessoas”⁹⁸. Mas ressalta Adriana Noemi Pucci que “podem, porém, submeter-se à arbitragem, segundo o direito do qual se trate, as conseqüências patrimoniais dos direitos de família, a ação de reclamação de ressarcimento pelos danos causados pela prática de crimes, mas não os direitos relativos a estes institutos”⁹⁹. É tão importante que o objeto possua o caráter patrimonial disponível que o artigo 25 desta Lei prevê a suspensão do procedimento arbitral quando, no curso da arbitragem, houver controvérsia acerca de direitos indisponíveis, sendo afastada a arbitragem, e remetida tal controvérsia à autoridade competente do Poder Judiciário para ser solucionada.

O segundo artigo que compõe o capítulo I trata do “direito aplicável à arbitragem”¹⁰⁰, dizendo que esta poderá ser de direito ou por equidade. Esse parece ser o grande diferenciador do instituto com relação à jurisdição estatal. Nessa última, a decisão é pronunciada com base no direito positivo, tomando por linha mestra a lei escrita, sendo autorizado o uso da equidade apenas quando houver a previsão no ordenamento estatal. No

⁹⁵ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem, p. 50.

⁹⁶ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem, p. 50.

⁹⁷ Conforme Adriana Noemi Pucci, em seu livro **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**, p. 38, “A transação é uma das formas de extinção das obrigações. Nela são os próprios interessados que, de comum acordo, outorgam-se recíprocas concessões, com a finalidade de evitar um possível litígio”.

⁹⁸ BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 16.

⁹⁹ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem p. 37.

¹⁰⁰ Expressão retirada do livro **A arbitragem e seus mitos**, de Welber Barral, p. 16.

direito brasileiro, só nos casos previstos pelo no art. 1.456 do Código Civil¹⁰¹ e no art. 127 do Código de Processo Civil (CPC) é que a equidade pode ser utilizada¹⁰². No Juízo arbitral, esta, no entanto, serve como diretriz do instituto, podendo o árbitro, desde que autorizado pelas partes, tomar sua decisão utilizando-se unicamente da equidade. No entanto, como demonstra Welber Barral, difícil é se chegar a uma definição concreta do que seja equidade, declarando que “a definição do que seja o julgamento por equidade é bastante controversa”¹⁰³, e nas palavras de Pontes de Miranda,

A rigor, equidade é palavra-válvula, com que se dá entrada a todos os elementos intelectuais ou sentimentais que não caibam nos conceitos primaciais do método de interpretação. Para que se atenuem a rapidez exegética, a prática e os legisladores têm recorrido a essa noção ambígua, senão equívoca, com que se manda tratar com igualdade sem se definir de que igualdade se trata, nem se dizerem os seus começos e os seus limites¹⁰⁴.

E conclui que, “da lição do autor, pode-se extrair que julgar por equidade é julgar com igualdade. Há que se concordar, no entanto, que esta noção é por demais vaga e imprecisa, pouco ajudando ao estudioso”¹⁰⁵.

Como demonstra José Cretella Júnior, “*Aristóteles*, na Retórica (I, 13, 1974 b, 420), ressalta também que o árbitro visa à equidade, enquanto que o juiz visa à lei, motivo por que se criou o *árbitro*, para que se pudesse invocar a equidade”¹⁰⁶. A Lei de Arbitragem autoriza a decisão por equidade, quando houver acordo expresso das partes. Ressalta-se, no entanto, que esse tipo de arbitragem é raro.

A Lei autoriza ainda às partes a escolha das regras de direito que quiserem adotar. Isso porque a arbitragem tem como princípio basilar a autonomia da vontade. Como ressalta Cristina Riegenbach, “como princípio jurídico, a autonomia da vontade deve ser sustentada por ser elemento de liberalidade, expresso na vontade humana de criar uma situação jurídica baseada em ato seus e na idéia de um campo de ação livre atribuído ao indivíduo pela ordem jurídica no qual os demais não podem intervir”¹⁰⁷, apenas restringindo-se essa “autorização” à conformidade com os bons costumes e com a ordem pública¹⁰⁸. A arbitragem proferida por

¹⁰¹ CC, art. 1.456. No aplicar a pena do art. 1.454, procederá o juiz com equidade, atentando nas circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

¹⁰² CPC, art. 127. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

¹⁰³ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 16.

¹⁰⁴ Apud BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 16-17.

¹⁰⁵ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 17.

¹⁰⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 765.

¹⁰⁷ RIGGENBACH, Cristina. *Autonomia da vontade e o compromisso arbitral previsto na lei de arbitragem*. 66p. Monografia Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999, p. 11.

¹⁰⁸ “(...) a ordem pública reflete os interesses jurídicos e morais fundamentais que o Estado decide preservar, em determinado momento, razão pela qual as normas jurídicas que a implementam revestem-se do caráter de

essa Lei, como se pode constar pela redação do parágrafo 2º do art. 2º, deixa a critério das partes a escolha das regras que serão utilizadas para dirimir a lide, sendo autorizado o emprego dos princípios gerais do direito, dos usos e costumes e das regras internacionais de comércio, sendo amplas, portanto, as formas de se convencionar a arbitragem.

O segundo capítulo é composto de dez artigos e dispõe sobre a convenção de arbitragem e seus efeitos.

Já no primeiro artigo desse capítulo os legisladores trataram de deixar claro o que seria uma convenção de arbitragem, entendida então como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Conforme Welber Barral, “a convenção em si não tem substância jurídica, consistindo em ficção criada pelo legislador para uso como referência necessária durante diversas passagens da Lei”¹⁰⁹.

O artigo seguinte trata de definir o que é uma cláusula compromissória: “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato” (art. 4º). Alguns requisitos devem ser observados para que haja a validade da instituição do juízo arbitral, e um deles é a estipulação da cláusula por escrito, mas esta não precisa necessariamente estar contida no próprio contrato a que se refira, podendo ser prevista em documento apartado. Quando se tratar de contrato de adesão¹¹⁰, apenas terá eficácia a dita cláusula se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição. Relevante parece essa previsão, porque, geralmente, nos contratos de adesão, o contratado é o lado mais forte, podendo, enfim, impor sua vontade à parte mais fraca (o aderente). Mas Plínio José Lopes Shiguematsu ressalta que

O fato é que, na prática, o aderente, devido às circunstâncias particulares que cercam os contratos de adesão, acabará por “aceitar” a cláusula compromissória nestes contratos, mesmo que isso não espelhe sua real vontade.

imperatividade absoluta, ou seja, não podem as partes afastar sua aplicação”, segundo Manoel J. Pereira dos Santos (Ordem Pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 392). E ainda, segundo Welber Barral, “bons costumes, por sua feita, são aquelas práticas comumente aceitas dentro de um determinado meio social” (**Arbitragem e seus mitos**, p. 19). Acrescentam José Augusto Fontoura Costa e Rafaela Lacôrte Vitale Pimenta que “a noção de bons costumes, referida no art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem, é um desdobramento do próprio conceito de ordem pública” (Ordem Pública na Lei n. 9.307/96. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 378).

¹⁰⁹ BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**, p. 22.

¹¹⁰ Cf. SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes: A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 442. “Os contratos de adesão são contratos que encontram na sua formação a ausência de discussão, pelo menos das suas partes mais importantes, onde uma parte adere ao contrato formulado pela outra. Não há livre estipulação de cláusulas contratuais”.

A cláusula compromissória pode representar uma situação não querida pelo aderente, causando-lhe prejuízos indesejáveis. Não há justiça contratual quando nos deparamos com uma cláusula formada exclusivamente por uma parte no resguardo de seus interesses¹¹¹.

A cláusula compromissória deve ser rigorosamente observada. É o que ocorre, por exemplo, quando ela se reportar às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Essa autorização é dada pelo art. 5º.

O artigo 6º prevê o modo de instituir o juízo arbitral, quando não houver previsão de como se dar o seu início. O parágrafo único desse artigo autoriza, quando não houver o comparecimento da parte convocada, ou quando esta, mesmo comparecendo, se recusar a firmar o compromisso arbitral, a instauração de processo no órgão do Poder Judiciário competente, para que seja lavrado o compromisso arbitral.

Os parágrafos do artigo 7º dão as diretrizes da petição inicial a ser impetrada pelo autor se houver a recusa da instituição do compromisso, bem como determinam o modo com que o juiz deve atuar no caso. A Lei prevê como primeira alternativa a conciliação e, se esta for inexitosa, então, o juiz tentará “conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral”. Não havendo acordo, o juiz, por sentença procedente, firmará o compromisso.

O artigo 8º esclarece que a cláusula compromissória é autônoma com relação ao contrato-base, sendo competente o árbitro para decidir sobre as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória¹¹². Como especifica Carlos Alberto Carmona,

o legislador instituiu no Brasil o sistema da convenção de arbitragem: embora mantenha a distinção entre compromisso e cláusula, dá aos dois mecanismos de introdução da arbitragem a idêntica eficácia de afastar a competência do juiz togado, o que, pela primeira vez entre nós, dá eficácia plena à cláusula arbitral, que sem dúvida alguma é o instrumento mais usual para a instituição da arbitragem¹¹³.

O próximo artigo define compromisso arbitral, determinando que este tanto pode ser judicial quanto extrajudicial e as duas formas de celebração do compromisso¹¹⁴.

¹¹¹ SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão, p. 447.

¹¹² Segundo Rozane da Rosa Cachapuz, o princípio do *kompetenz-kompetenz* é a “competência do árbitro para decidir sobre sua própria competência, resolvendo as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrariedade da controvérsia; enfim, avaliando a eficácia à extensão dos poderes que as partes lhe conferiram tanto por via de cláusula compromissória quanto por meio de compromisso arbitral (...)” (**Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n.º 9.307/96**, p. 123).

¹¹³ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). **Direito em questão: aspectos principiológicos da justiça**. Campo Grande: UCDB, 2001, p. 242.

¹¹⁴ Vide Anexo I.

O artigo 10 traz os requisitos obrigatórios para a validade do compromisso arbitral, como expressamente determina a Lei. E o artigo 11, por sua vez, trata dos requisitos facultativos do compromisso, e seu parágrafo único define o caráter do honorário do árbitro ou árbitros, o que é determinado como título executivo extrajudicial, e se não houver fixação de honorários é permitido ao árbitro entrar em juízo para requerer sua determinação.

O artigo 12 trata da extinção do compromisso arbitral, sendo taxativas suas hipóteses.

A Lei traz um capítulo específico, o terceiro, para as normas pertinentes ao exercício da arbitragem pelos árbitros. Determina ali quem poderá ser árbitro¹¹⁵. É defeso o exercício da função de árbitro às pessoas elencadas nos artigos 5º e 6º do Código Civil¹¹⁶, os incapazes.

¹¹⁵ Art. 9º. Aos 21 (vinte e um) anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.

Parágrafo 1º. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz ouvido o tutor, se o menor tiver 18 (dezoito) anos cumpridos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau científico em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria.

Parágrafo 2º. Para efeito do alistamento e do sorteio militar cessará a incapacidade do menor que houver completado 18 (dezoito) anos de idade.

Observa-se que a partir de janeiro de 2003 entrará em vigor o novo Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. O artigo 5º do novo Código dispõe que:

“A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I – por concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesesseis) anos completos;

II – pelo casamento;

III – pelo exercício de emprego público efetivo;

IV – pela colação de grau científico em curso de ensino superior;

V – pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor de 16 (dezesesseis) anos completos tenha economia própria.

¹¹⁶ Art. 5º. São absolutamente incapazes de exercer profissionalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;

II – os loucos de todo o gênero;

III – os surdos-mudos, que não puderem exprimir a sua vontade;

IV – os ausentes, declarados tais por ato do juiz.

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, I), ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesesseis) e os menores de 21 (vinte e um) anos (arts. 154 a 156);

II – os pródigos;

III – os silvícolas;

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País.

Esses artigos também sofreram modificações pelo novo Código Civil. O artigo 3º dispõe que: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I – os menores de 16 (dezesesseis) anos;

II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

E dispõe no seu artigo 4º, quem são considerados relativamente incapazes.

Desde que seja capaz e tenha a confiança das partes, qualquer pessoa pode ser designada árbitra da contenda que deu origem à arbitragem. Os árbitros são nomeados pelas partes e devem ser em número ímpar (parágrafo 1º, art. 13). Se assim não for, os árbitros nomeados poderão nomear mais um árbitro e, se não houver acordo, as partes requererão ao órgão do Poder Judiciário responsável para o julgamento da causa, originariamente, a nomeação do árbitro (parágrafo 2º, art. 13). O processo de escolha pode ser estabelecido de comum acordo, ou ser adotado um órgão, ou entidade arbitral, específico.

O presidente do tribunal arbitral, quando houver vários árbitros, será escolhido entre eles. Não havendo consenso, será designado como presidente o árbitro mais idoso. E será este quem designará, se conveniente, um secretário, que pode ser um dos outros árbitros¹¹⁷.

Conforme o artigo 13, parágrafo 6º, da Lei de Arbitragem, o árbitro, no exercício de sua função, deve observar os critérios de imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição¹¹⁸.

Há, também, no instituto de arbitragem, como no juízo estatal, a previsão de impedimento dos árbitros, que será análogo aos casos de impedimento e suspeição de juízes, sendo aplicados os mesmos deveres e responsabilidades destes, conforme a previsão feita no

Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezessesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

¹¹⁷ Art. 13, parágrafos 4º e 5º, da Lei n.º 9.307.

¹¹⁸ Selma Maria Ferreira Lemes traz nove mandamentos do árbitro e entre eles estão os deveres constituídos pelo art. 13, parágrafo 6º, da Lei. O quarto mandamento versa sobre ser diligente: “Deve esforçar-se para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deva sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma devoção que o pleito mais importante e em todos os casos tenha presente que o que está em jogo é a própria justiça”. O quinto versa sobre ser imparcial: “O litigante luta pelo seu direito, tanto quanto você luta pelo seu direito; e isto você não deve nunca esquecer. Não deve deixar-se levar por suas simpatias ou antipatias, por conveniências ou compaixões, por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica coragem de decidir contra o poderoso, mas também o valor muito maior, de decidir contra o fraco”. O sexto mandamento é ser independente: “Suas normas hão de vir unicamente das normas da lei e de sua consciência. Não é por capricho que se quer que seja independente e que os homens tenham lutado e tenham morrido por ela, mas porque a experiência jurídica da humanidade demonstra que é poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder”. O oitavo versa sobre ser discreto: “Integra o dever de árbitro o de guardar decoro, a observância de uma conduta inatacável exteriorizada no seu comportamento pessoal, e a afirmação imediata, com a serenidade que o cargo comporta, de sua autoridade, a fim de que seja vista e respeitada”. E o último sobre ser competente: “Seja profissional competente, trabalhador infatigável, corajoso, enérgico, quando necessário, mas também prudente, sereno e equilibrado” (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: o padrão de conduta ideal*. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 241 a 244).

Código de Processo Civil¹¹⁹. O árbitro, para tanto, tem o dever de revelar, antes de aceitar a função, qualquer fato que ponha em dúvida a sua imparcialidade e a sua independência.

A recusa dos árbitros só se dará após a sua nomeação, sendo permitida, no entanto, a recusa por motivo anterior nos casos expressos nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 2º do art. 14¹²⁰. Essa recusa deve ser feita por meio de exceção, conforme o art. 20, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo-se suas razões e apresentando-se as provas pertinentes. Aceita a exceção, o árbitro será afastado, assumindo em seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver; esse procedimento também é adotado se o árbitro vier a falecer. No caso de não haver substituto designado pelas partes, conforme o parágrafo 1º do art. 16, “aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem”, para solucionar o inconveniente.

Não havendo consenso, a Lei autoriza a solução por via judicial. Isso só não será possível, no entanto, se as partes tiverem convencionado não aceitar substituto.

A Lei, no seu art. 17, equipara, para os efeitos da legislação penal, os árbitros a funcionários públicos. E seu art. 18, que motivou a indignação de alguns juízes, é taxativo em dizer que “o árbitro é juiz de fato e de direito”, e a sentença proferida por este não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário.

O Capítulo IV trata do procedimento arbitral. A arbitragem é considerada instituída, conforme essa Lei, quando forem aceitas as nomeações pelos árbitros ou árbitro, sendo elaborado um adendo firmado por todos que farão parte da convenção.

Se uma das partes quiser argüir questões de competência, suspeição ou impedimento, nulidade ou ineficácia, deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar após a instituição da arbitragem. E acolhida a suspeição ou impedimento, o árbitro será substituído conforme o procedimento do art. 16. Nos casos de reconhecimento de incompetência ou nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral, as partes serão remetidas ao Poder Judiciário. Não sendo acolhida a argüição, segue normalmente a arbitragem.

Com relação ao procedimento, este deve percorrer o previsto pelas partes. Se estas não tiverem feito previsões, o juiz ou o tribunal arbitral as disciplinará. Devem ser respeitados, para tanto, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Aos árbitros é dada a competência de

¹¹⁹ Os casos de impedimento e suspeição de juízes está previsto, no Direito brasileiro, no CPC na Seção II, do Capítulo IV, reservado ao juiz. As disposições são feitas em cinco artigos, do art. 134 ao 138.

¹²⁰ Vide Anexo I.

tentar a conciliação das partes; a eles também é permitida a produção de provas, conforme os parágrafos do art. 22. É importante ressaltar, ainda, que a revelia não impede o proferimento da sentença arbitral.

A sentença arbitral é tratada no Capítulo V, que começa prevendo que ela deve ser proferida no prazo convencionado pelas partes; se não houver convenção, o prazo deve ser de seis meses (art. 23), podendo ser prorrogado. Deste artigo é que se observa o porquê de a arbitragem ser considerada uma decisão mais célere que a tradicional jurisdição estatal. Isso é mencionado pela literatura como uma das vantagens da decisão por via arbitral.

A decisão deve ser tomada pela maioria e apresentada em documento escrito. Não havendo acordo a respeito da decisão, o voto do presidente do tribunal arbitral prevalecerá; no entanto, ao árbitro que divergir da maioria será autorizada a declaração de voto em separado (art.24).

O artigo 25 declara que, “sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral”, demonstrando com isso a observação clara do objeto da disputa, que, conforme o art. 1º, deve tratar, impreterivelmente, de direito patrimonial disponível. Estando resolvida a questão prejudicial, segue normalmente a arbitragem (art. 30).

O artigo 26 dispõe sobre os requisitos obrigatórios da sentença arbitral, que deve conter: relatório; fundamentos da decisão; o dispositivo em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; data e lugar; e a assinatura de todos os árbitros¹²¹. Os árbitros deverão, ainda, decidir sobre as custas, bem como sobre a verba decorrente de má-fé, se existir, observando-se o que for instituído na convenção.

Havendo acordo entre as partes no decorrer da arbitragem, a pedido destas, será declarado tal fato pelo árbitro ou tribunal, por sentença. Estará finda a arbitragem com o proferimento da sentença, que será remetida às partes por uma das formas estipuladas pelo art. 29, ficando responsável por seu encaminhamento o árbitro ou o presidente do tribunal.

A Lei estipula um prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, para que a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, peça correção de qualquer erro material da sentença arbitral ou esclarecimento de

¹²¹ Se um ou alguns dos árbitros não puderem ou não quiserem assiná-la, o presidente do tribunal arbitral deve certificar tal fato. Cf. parágrafo único do art 26 da Lei de Arbitragem.

alguma obscuridade, dúvida ou contradição dessa sentença, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

O artigo 31 equipara a sentença arbitral, quanto aos seus efeitos perante às partes e seus sucessores, à sentença judicial, constituindo-se, quando condenatória, em um título executivo.

O artigo 32, por sua vez, traz em seus oito incisos os casos em que a sentença arbitral é nula; tal nulidade, entretanto, deverá ser decretada pelo Poder Judiciário¹²². A sentença a ser proferida pelo Poder Judiciário e que der provimento ao pedido de nulidade terá caráter de declaratória de nulidade quando: 1) for nulo o compromisso; 2) for emanado de quem não podia ser árbitro; 3) for comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; ou 4) se forem desrespeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. As partes devem fazer outra convenção se optarem, novamente, pelo juízo arbitral para solucionar sua lide, ou recorrer ao Poder Judiciário para que a pretensão seja resolvida, visto que essa sentença proferida pelo Judiciário é apenas declaratória de nulidade e não solucionadora do conflito que deu causa à instituição da arbitragem.

De outro modo, havendo falta de requisitos obrigatórios da sentença arbitral, ou quando esta for proferida fora do prazo ou ainda forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, parágrafo 2º da Lei, o juiz determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral deve proferir novo laudo. Consta-se, então, que a Lei previu dois tipos de nulidade, uma total (art. 32, parágrafo 2º, I) e outra parcial (art. 32, parágrafo 2º, II). A Lei prevê que a nulidade ainda pode ser argüida por meio de embargos do devedor, se houver execução, e terá o procedimento definido pelos arts. 741 e seguintes do CPC.

Os artigos 34 a 40 compõem o capítulo VI, que dispõe sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras. A definição de sentença estrangeira está no art. 34¹²³, parágrafo único, que, conforme o *caput* desse artigo, será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais em vigor no país, e, na ausência desses tratados, a Lei da Arbitragem é que regulará o seu reconhecimento e a sua execução.

O artigo 35 foi uma das inovações da Lei com relação ao Código de Processo Civil, que anteriormente fazia obrigatório o duplo *exequatur*. Com esse novo dispositivo, a sentença

¹²² O Poder Judiciário seguirá o procedimento comum, previsto no CPC, e a parte interessada deve pleitear a decretação de nulidade no prazo máximo de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

¹²³ Art. 34, parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

arbitral estrangeira, para ser reconhecida e executada no Brasil, fica sujeita apenas à homologação do Supremo Tribunal Federal. Essa homologação será requerida pela parte interessada, e a petição inicial deve possuir os requisitos do art. 282 do CPC, bem como os requisitos estipulados pela Lei no seu art. 37, incisos I e II.

Os artigos 38 e 39 dispõem, taxativamente, quando será negada a homologação para o reconhecimento ou execução de tais sentenças. Havendo denegação da homologação por vícios formais, novo pedido de reconhecimento pode ser feito após serem sanados tais vícios. Com relação a esses dois artigos, constata-se que o legislador brasileiro nada mais fez do que traduzir o disposto no artigo V da Convenção de Nova Iorque de 1958, à qual o Brasil se encontra em fase de adesão¹²⁴.

O Capítulo VII, por fim, traz as disposições finais. Ele é composto por quatro artigos (arts. 41 a 44) que trazem as alterações ocorridas na redação do CPC, fazendo ressalva de que toda e qualquer disposição contrária à Lei n.º 9.307 está revogada. A Lei previu, no seu art. 43, um período de *vacatio legis* de 60 dias, que foi contado a partir da data de sua publicação.

Várias inovações foram feitas pela Lei n.º 9.307, podendo-se constatar a sua elaboração enquadrada nos padrões das mais modernas instituições de arbitragem. Como ressalta Carlos Alberto Carmona, foram pelo menos três as grandes novidades trazidas pela Lei:

a) determinou que a arbitragem pode ser instituída através da *convenção de arbitragem*, que engloba tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória (art. 3º da Lei) baseando-se o legislador brasileiro, portanto, no atual modelo francês; b) estipulou que a sentença arbitral passa a ter a mesma eficácia da sentença estatal (art. 18 da Lei), de tal sorte que, sendo condenatória, constituirá título executivo judicial (art. 584, II, do Cód. Proc. Civ. Brasileiro), o que significa dizer que o laudo arbitral condenatório fica equiparado, para todos os efeitos – inclusive para fins de eventuais embargos do devedor – à sentença estatal da mesma natureza; e c) deixou claro que cabe ao Supremo Tribunal Federal homologar sentenças arbitrais estrangeiras, de tal sorte que o art. 3º da Lei de Arbitragem interpreta de modo conveniente o art. 102, I, “h” da Constituição Federal que outorga à Suprema Corte a competência para a “homologação das sentenças estrangeiras” (sejam elas estatais ou arbitrais)¹²⁵.

No mesmo sentido, observa Arnold Wald:

[...] após a promulgação da Lei de Arbitragem, verificou-se um incremento do número de convenções de arbitragem inseridas nos negócios jurídicos celebrados entre operadores do comércio. Isto se deve à maior eficácia conferida ao instituto arbitral, mediante realização de duas inovações da maior importância:

a) em relação à eficácia das sentenças, foi extinta a antiga exigência de homologação judicial, em relação à sentença arbitral proferida no Brasil;

¹²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais, p. 244.

¹²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n.º 9.307/96, p. 45-46.

- b) e de dupla homologação, em relação à sentença proferida no exterior, que deveria ser previamente homologada pelo judiciário do país de origem, antes de ser submetida ao juízo de deliberação do Supremo Tribunal Federal.
- c) em relação à cláusula compromissória, foram reconhecidos os seus plenos efeitos e a possibilidade de sua execução específica¹²⁶.

Constata-se, portanto, que a nova Lei da Arbitragem trouxe grandes inovações com relação ao instituto empregado anteriormente; e muitas delas são proclamadas como promissoras pelos juristas brasileiros.

1.2.3 A Arbitragem na Argentina

Agora se faz um estudo da previsão legal do instituto da arbitragem no ordenamento argentino. Escolheu-se a Argentina como objeto de estudo por ser um dos países do Mercosul que deu grande importância à arbitragem e a outros métodos alternativos de solução de controvérsias. Desde 1995, por exemplo, por meio do Projeto “Libra”, é obrigatória uma fase preliminar extrajudicial como tentativa de conciliação, sendo essa tentativa um pressuposto processual de validade da instauração da relação jurídico-processual¹²⁷. Esse avanço também se constata pelo número de tratados que aquele país assinou e ratificou, sendo signatário, inclusive, das mais importantes convenções que tratam da arbitragem, tais como a Convenção de Nova Iorque, a do Panamá e a de Montevidéu. Dessa forma, o estudo do instituto da arbitragem aplicado no Brasil e na Argentina facilita a visualização das semelhanças e diferenças desse instituto nesses países, a fim de se determinar a importância dos tratados internacionais relativos à matéria.

A arbitragem na República da Argentina está prevista no Código Processual Civil e Comercial – Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina – e ainda nos códigos procedimentais civis e comerciais de suas províncias, como bem explica Adriana Noemi Pucci:

¹²⁶ WALD, Arnold. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente, p. 21.

¹²⁷ Na realidade, o que ocorre no sistema jurídico argentino é uma tentativa dentro do próprio judiciário de dar término ao processo antes de iniciá-lo. Isso adveio da promulgação da Lei n.º 24.573, sancionada em 4 de outubro de 1995, publicada no Boletim Oficial (BO) no dia 27 do mesmo mês, regulamentada pelo Decreto n.º 1.021 de 28 de dezembro de 1995 (BO 29/12/95), modificada pelo Decreto n.º 447, de 2 de maio de 1996. Essa norma começou a ter eficácia em 23 de abril de 1996, e incorpora, ao término de cinco anos, a mediação pré-judicial obrigatória num importante grupo de conflitos jurídicos. Estão compreendidos, no âmbito desta lei, a Justiça Nacional Civil, a Justiça Nacional Comercial – ambas da Capital Federal – e a Justiça Federal Civil e

Na República Argentina, em razão da divisão política do país e em virtude do dispositivo constitucional que faculta tanto às Províncias quanto à Nação sancionar normas de natureza processual, a arbitragem se encontra prevista no Código Processual Civil e Comercial da Nação Argentina (arts. 736 a 773) e nos Códigos de Procedimentos Cíveis e Comerciais de cada uma das Províncias Argentinas¹²⁸.

A legislação argentina dispõe da mesma forma que a brasileira quanto ao objeto da lide. Nos arts. 736 e 737 daquela legislação, há a previsão de que todas as questões podem ser submetidas à decisão de juízes árbitros, com exceção de questões que não possam ser objeto de transação. Prevê ainda que a arbitragem pode ser instituída antes ou depois de ser levada ao Poder Judiciário, independentemente do estágio em que o processo se encontre. A opção por submeter o litígio ao juízo arbitral pode ser prevista no próprio contrato ou em ato posterior.

Quanto à capacidade das partes, o Código argentino, em seu art. 738, prevê que só podem instituir arbitragem as pessoas que possam transigir, exigência feita também pela Lei brasileira no seu art. 1º, como visto anteriormente. Acrescenta, ainda, expressamente, que, nos atos em que for necessária autorização judicial, esta deverá ser observada para que possa celebrar-se o compromisso, e, se for outorgada a autorização, não será requerida a aprovação judicial do laudo.

Sobre o compromisso, a legislação argentina versa que ele deve ser formalizado por meio de escritura pública ou por instrumento privado, ou, se judicial, ante o juiz da causa, da mesma forma que prevê a Lei brasileira no art. 9º¹²⁹.

O art. 740 traz em seu bojo os requisitos que devem conter o compromisso arbitral, que se diferencia dos requisitos estipulados pela lei brasileira apenas em alguns pontos. O nome e o domicílio das partes são requeridos por ambas as legislações; a brasileira requer ainda a profissão e o estado civil, e a argentina prevê como requisito básico para a instituição do compromisso a data em que este foi convencionado. Ambas requerem, também, o nome e o domicílio dos árbitros; a legislação brasileira inclui nesse tópico a profissão destes, e a argentina não faz necessário esse requisito se os árbitros forem nomeados por terceiros¹³⁰, ou por outros árbitros, desde que isso seja autorizado pelas partes. Horácio M. Lynch ressalta que

Comercial de todo o país. Cf. ALVARES, Gladys Stella. **Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales**: experiências argentinas. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 1 dez. 2001.

¹²⁸ PUCCI, Adriana Noemi. El arbitraje en los países del Mercosur. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros según las normas vigentes en la República Argentina, en la República Federativa del Brasil, en la República del Paraguay y en la República Oriental del Uruguay. In: GARCEZ, José María Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 116-117.

¹²⁹ Art. 739 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997.

¹³⁰ Os terceiros, aos quais a legislação argentina faz referência, devem ser maiores de idade e em pleno exercício dos direitos civis. Cf. art. 743 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina.

esse artigo tem sido interpretado como um obstáculo à utilização da arbitragem na Argentina, por se fazer necessário o compromisso arbitral¹³¹. Acrescenta-se ainda que Roque J. Caivano faz referência a essa problemática na sua proposta de nova regulamentação da arbitragem:

O Código prevê a necessidade de celebrar um “compromisso arbitral” cujo conteúdo mínimo impõe “sob pena de nulidade” (art. 740) ... relegando essa cláusula (compromissória) ao status de contrato preliminar ou promessa bilateral – não obrigatória até que seja complementada pelo compromisso – em caso de este não ser voluntariamente celebrado, se está forçando a uma das partes a recorrer aos tribunais ordinários para que se obrigue o renunciante a sua celebração... esta exigência de um convênio posterior ao conflito ... tem resultado frustrante para a arbitragem, por isso gera uma das fontes mais prolíficas de litígios e demoras prévias à iniciação do juízo arbitral[...]¹³².

Parece, no entanto, que recorrer ao Judiciário, nesse caso, é a única saída. Como o juízo arbitral não possui força de *imperium*, as partes ficam sujeitas à intervenção do Poder Judiciário para que seja constituído o juízo arbitral. Dessa forma, justifica-se que a arbitragem não é uma ameaça ao Poder Judiciário, nem mede forças com este; ao contrário, muitas vezes, fica dependente desse para ver suas pretensões satisfeitas.

Outro requisito necessário e expresso pelas duas legislações é a descrição da matéria sobre a qual se submete à arbitragem, ou seja, o objeto que será disciplinado pela arbitragem deve ser específico e deve ser de caráter patrimonial disponível.

E como quarto requisito, a legislação argentina prevê a estipulação de multa à parte que não realize o compromisso. Essa precisão não é feita como requisito essencial para a formação do compromisso arbitral na legislação brasileira, que inclui, no entanto, como requisito básico para a sua instituição “o lugar em que será proferida a sentença arbitral”¹³³.

Deve-se ressaltar que, sob pena de nulidade do compromisso, todos os requisitos devem ser respeitados, desde que seja prevista a sua não-necessidade, como é o caso da lei argentina no que se refere à nomeação de árbitros por terceiros.

Assim como a Lei brasileira, a argentina prevê cláusulas facultativas. O lugar onde deve ser proferida a arbitragem, que é requisito obrigatório na Lei brasileira, na argentina é uma cláusula facultativa. As cláusulas facultativas de um país e de outro mostram-se bastante

¹³¹ LYNCH, Horacio M. **Arbitraje en la Argentina**. Disponível em: <www.flawfirms.com.ar>. Acesso em: 28 ago. 2001.

¹³² LYNCH, Horacio M. **Arbitraje en la Argentina**. Disponível em: <www.flawfirms.com.ar>. Acesso em: 28 ago. 2001.

¹³³ Vide art. 10, IV, da Lei de Arbitragem Brasileira.

diferentes, coincidindo apenas no que se refere à previsão, se convencional, de prazo para apresentação da sentença arbitral, no Brasil, e do laudo arbitral, na Argentina¹³⁴.

O art. 742 do Código argentino prevê que se poderá recorrer ao juízo arbitral sempre que houver controvérsia decorrida do contrato. A aceitação da função de árbitro deve ser feita por meio de um juramento ou promessa de fiel desempenho, encaminhado ao secretário do julgado (figura essa que não aparece na legislação brasileira). Aceito o cargo, o árbitro deve executar as suas tarefas em conformidade com o que se comprometeu, sob pena de responder por perdas e danos (*daños y perjuicios*). Da mesma forma que a lei brasileira, se algum árbitro renunciar, se tornar incapaz ou falecer, esse incidente será solucionado pelo disposto no compromisso. Não havendo previsão para a solução do problema, será competente para solucionar essa pendência o órgão do Poder Judiciário, ao qual caberia, originariamente, a análise do litígio.

O art. 746 fala da *recusación*, ou seja, da recusa do árbitro ou árbitros, que se dará pelas mesmas causas que possam ser considerados como impedidos ou suspeitos os juízes estatais. Enquanto a Lei brasileira especifica apenas que as questões relativas à recusa do árbitro ou árbitros deve ser intentada na primeira oportunidade que tiver de manifestar-se a parte, a Lei argentina é mais rígida, prevendo um prazo de cinco dias depois de conhecida a nomeação para que essa recusa seja feita.

A legislação argentina também prevê a extinção do compromisso arbitral e parece ter sido mais feliz que a brasileira, dando ênfase maior ao princípio básico da arbitragem, que é a autonomia da vontade. O inciso 1º do art. 748 prevê que o compromisso pode ser extinto por decisão unânime dos que o contraíram; a brasileira não faz menção em seus tópicos essa alternativa de extinção do compromisso.

O segundo caso de extinção corresponde a uma previsão feita pela Lei brasileira, que seria a expiração do prazo para proferimento da decisão. O legislador argentino previu também a extinção por inércia das partes (não-realização de nenhum ato durante três meses)¹³⁵.

¹³⁴ C ezar Fiuza questiona: "Laudo ou sentença arbitral?" E conclui dizendo que: "a princípio, são sinônimas as palavras. O próprio legislador [*brasileiro*] as emprega indistintamente, ora falando em laudo, ora em sentença arbitral" (*Teoria geral da arbitragem*, p. 185).

¹³⁵ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 748, inc. 3.

Art. 748. Extinción del compromiso. El compromiso cesar  em sus efectos:

3) si durante tres meses las partes o los árbitros no hubiesen realizado ningún acto tendiente a impulsar el procedimiento.

Tanto a legislação argentina quanto a brasileira prevêem a designação de um presidente do tribunal arbitral, que dirigirá os procedimentos e ditará as providências de meros trâmites.

O procedimento arbitral, que difere na Lei brasileira, ordena a utilização do procedimento ordinário ou sumário, conforme a natureza e a importância econômica da causa, quando as partes não tiverem previsto em nenhum momento o procedimento a que deve ser submetido o tribunal arbitral; na Lei brasileira, se não tiver sido feita uma previsão, caberá aos árbitros ou ao tribunal arbitral disciplinar esse procedimento (Lei de Arbitragem, art. 21, parágrafo 1º). Quando existirem questões que devam ser primeiramente decididas pela autoridade judicial, haverá a suspensão do juízo arbitral, como ocorre no Brasil, até que seja decidido tal incidente.

O art. 753 veda aos árbitros a decretação de medidas compulsórias ou de execução, relegando-as aos juízes estatais.

O laudo arbitral, por sua vez, conforme o art. 754, deve conter decisão sobre todos os pontos submetidos à arbitragem, podendo, também, versar sobre questões meramente acessórias ou aquelas cuja substituição perante os árbitros foi consentida.

O art. 755 dispõe sobre o prazo em que o árbitro deve pronunciar a decisão, que deve ser o observado no compromisso, ou o fixado pelo juiz. Esse prazo será contínuo e único e interromper-se-á quando houver necessidade de substituição de árbitros. E poderá ser prorrogado por 30 dias, quando houver o falecimento de uma das partes. Também pode haver prorrogação, se assim o juiz determinar, após a petição dos árbitros, mas desde que esses não tenham dado causa ao atraso do proferimento do laudo. Se os árbitros derem causa ao atraso, não terão direito a honorários e ainda serão responsáveis por perdas e danos (*daños y perjuicios*).

A decisão dar-se-á por maioria e, se não for possível formar maioria¹³⁶, será nomeado outro árbitro para que a decisão possa ser tomada. Se, no entanto, houver maioria somente sobre algumas questões, decidir-se-á sobre elas. E sobre as quais não houver consenso, as partes ou o juiz nomearão novo árbitro para que este as solucione, e para isso será fixado prazo para que se pronuncie. No Brasil, essas questões são solucionadas pelo presidente do tribunal, que terá prevalência na solução.

Outra questão em que são incompatíveis as legislações brasileira e argentina é quanto aos recursos. Enquanto a Lei brasileira determina que a sentença arbitral é irrecorrível (art.

¹³⁶ Aqui se constata que, diferentemente da legislação brasileira, a argentina autoriza, mesmo que implicitamente, a nomeação de um número par de árbitros.

18), a argentina prevê, no seu art. 758, que à sentença arbitral poderão ser impostos os recursos admissíveis às sentenças judiciais, mas desde que isso não tenha sido renunciado no compromisso que deu origem à instituição da arbitragem. Mesmo que as partes tenham renunciado a recurso, isso não alcança as ações de nulidade e aclaratórios da sentença, ou seja, de esclarecimento de alguns pontos mal definidos na sentença.

A parte interessada pode interpor recurso, desde que já tenha sido efetuado o pagamento da multa, se está tiver sido estipulada. No entanto, quando a nulidade for embasada em um dos dispositivos dos arts. 760 e 761, haverá o depósito da multa, que só terá destino certo após o proferimento da decisão judicial. Se a decisão for em favor do recorrente, a multa será devolvida a este; caso contrário, não se admitindo a nulidade, será entregue à parte contrária.

O reconhecimento dos recursos dar-se-á por tribunal hierarquicamente superior ao juiz a quem haveria cabido conhecer a questão se essa não tivesse sido submetida à arbitragem, salvo se as partes, no compromisso, tenham estipulado que a outros árbitros terão faculdade de conhecer esse recurso. Havendo decisão em última instância, a sentença dos árbitros causará uma executória.

Adriana Noemi Pucci ressalta que o art. 765 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina “estabelece a proibição de juízes e funcionários do Poder Judiciário atuarem como árbitros, sob pena de nulidade, excetuando-se os casos onde a Nação ou as Províncias sejam parte”¹³⁷.

A legislação argentina prevê ainda, dentro do livro VI, que dispõe sobre o processo arbitral, no seu título II, o juízo de *amigables componedores*, uma espécie de arbitragem que pode ter como objeto de decisão as mesmas questões que podem ser solucionadas por meio de arbitragem e que serão decididas arbitradores ou *amigables componedores*. A diferença básica entre o juízo arbitral e o de *amigables componedores* está no direito aplicável à solução. O primeiro deve ser, necessariamente, de direito, enquanto o de *amigables componedores* é decidido por meio de equidade e será sempre a forma adotada se as partes não houverem estipulado se o litígio deve ser de direito.

Esse juízo, por ser espécie de arbitragem, possui várias das características desta, tanto que o art. 767 prevê as normas comuns dos dois institutos¹³⁸.

¹³⁷ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**, p. 130.

¹³⁸ Art. 767. Normas comunes. Se aplicará al juicio de amigables componedores lo prescripto para los árbitros respecto de:

1) la capacidad de los contrayentes;

Quanto às recusas de *amigables componedores*, só podem ser feitas por causa posterior à nomeação, sendo taxativas as causas legais de recusa do art. 768.

O procedimento que é descrito no art. 769 deixa clara, mais uma vez, a distinção entre este juízo e o juízo arbitral “puro”, autorizando a decisão dos *amigables componedores* ao seu simples saber e entender, sem sujeição às formas legais. O prazo para o pronunciamento do laudo, quando não estipulado pelas partes, é de três meses. Não é permitido recurso da decisão e, não havendo decisão de alguns pontos, é permitido às partes demandar a nulidade da decisão no prazo de cinco dias. O juiz dará vistas a outra parte por igual prazo. Contestado ou não, o juiz proferirá decisão sobre a validade do laudo, não cabendo recurso dessa decisão.

O art. 772, por sua vez, versa sobre as custas e os honorários destinados aos árbitros ou *amigables componedores*.

A diferença mais importante entre um instituto e outro é a escolha quanto à forma de decidir o litígio. Se as partes, por exemplo, pretendem que suas lides sejam resolvidas mediante a aplicação do direito, essa solução será dada por um árbitro, e o instituto aplicado será nomeado de arbitragem. E, por sua vez, se as partes concordarem que o seu litígio será solucionado pelo *ex aquo et bono*, ou seja, por meio da equidade, estar-se-á diante de um juízo *amigable componedor*¹³⁹.

Como explica Adriana Noemi Pucci

[...] a diferença radica na forma de se conduzir o procedimento. O árbitro seguirá um procedimento escolhido pelas partes ou, subsidiariamente, o estabelecido na legislação processual aplicável ao caso, e resolverá segundo a lei material escolhida ou aplicável à controvérsia, diferentemente do amigável compositor, que decidirá a questão aplicando “su saber y entender”, segundo a frase conhecida no direito argentino¹⁴⁰.

À primeira vista, parece que o juízo arbitral instituído no Brasil seria mais coincidente com o instituto do *amigable componedor*, pois autoriza a decisão por equidade e não admite recurso da sentença arbitral. Mas, fazendo-se uma análise mais profunda, constatam-se as diferenças entre os dois institutos: enquanto o juízo arbitral brasileiro autoriza

-
- 2) el contenido y forma del compromiso;
 - 3) la calidad que deban tener los arbitradores y forma de nombramiento;
 - 4) la aceptación del cargo y responsabilidad de los arbitradores;
 - 5) el modo de reemplazarlos;
 - 6) la forma de acordar y pronunciar el laudo.

¹³⁹ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**, p. 123.

¹⁴⁰ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**, p. 123.

a arbitragem de direito ou de equidade, o juízo de *amigables compondores* só comporta o procedimento regido pela equidade, não admitindo, portanto, a decisão com base no direito, que terá outro nome e outra ordenação a respeito do juízo arbitral.

Adriana Noemi Pucci, em seu livro **Arbitragem Comercial nos Países do Mercosul**, elucida que,

No Brasil, entende-se que o árbitro julga baseando-se em direito ou em equidade, segundo o previsto pelas partes no compromisso, mantendo-se o mesmo critério na nova lei sobre arbitragem. Diferente é do que acontece nos países, em que o papel do árbitro e do amigável compositor em que está bem diferenciado. Na Argentina, por exemplo, existe um procedimento especial, diferenciado do arbitral¹⁴¹.

O Título III prevê em apenas um artigo, o art. 733, quando a perícia arbitral pode ser instituída, os requisitos que devem ser observados para a sua instituição, o prazo da pronúncia da perícia, os valores das custas e dos honorários e o ajustamento da decisão judicial com o que estipular a perícia arbitral¹⁴².

Observa-se desse estudo que as legislações de arbitragem brasileira e argentina, apesar de parecidas, não são iguais, possuindo cada qual a sua particularidade. Conclui-se, portanto, que se se analisasse a legislação de cada país que disciplina a arbitragem haveria uma gama de conflitos. Dessa forma, observa-se a importância dos tratados internacionais sobre a matéria, solucionando tais conflitos para os países que o ratificarem. No âmbito internacional, vários tratados foram elaborados; entre eles se destaca o Protocolo de Genebra, as Convenções de Genebra, de Nova Iorque, do Panamá e de Montevideu, e o Acordo do Mercosul. Além desses tratados, destaca-se a Lei-Modelo da UNCITRAL, que tem servido de diretriz para algumas legislações desde a sua implementação em 1985.

1.3 A Arbitragem no Âmbito Internacional

1.3.1 O Protocolo de Genebra de 1923

O Protocolo de Genebra, apesar de ter sido expressamente revogado nos países que ratificaram a Convenção de Nova Iorque, é tratado aqui por ter sido a primeira manifestação da arbitragem num acordo multilateral e por esse ainda estar vigente no Brasil. O Estado

¹⁴¹ PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem, p. 125-126.

¹⁴² Vide Anexo II.

brasileiro o promulgou pelo Decreto n.º 21.187, em 22 de março de 1932, continuando esse vigente, porque o Brasil ainda não ratificou a Convenção de Nova Iorque.

Nas palavras de Jürgen Samtleben é que se pode identificar a verdadeira situação política sob a qual foi aprovado tal Protocolo:

Em dezembro de 1929 o governo brasileiro enviou o protocolo ao Parlamento, que, no entanto, não mais tratou deste assunto. Depois da ascensão ao poder por Getúlio Vargas, que governou o País de 1930 a 1945, quase que exclusivamente sem consultar o Parlamento, o Protocolo foi ratificado pelo Brasil em 5.2.1932. Por ocasião da ratificação, o Brasil apresentou, segundo o art. 1º, parágrafo 2, do acordo, a ressalva de que aplicaria o Protocolo apenas a assuntos comerciais. A ratificação no Brasil foi publicada, juntamente com o texto do acordo, pelo Decreto n. 21.187, de 22.3.1932, sendo ordenada a sua execução em território nacional.

[...]

Apesar de o Protocolo de Genebra com isto ter-se tornado internacionalmente vinculativo para o Brasil, podem, ainda assim, continuar a existir dúvidas quanto à sua validade nacional. Neste particular o Protocolo tem o mesmo destino de outros acordos, ratificados pelo Brasil entre 1930 e 1945, e cuja validade nacional se apresenta problemática por falta de participação do Parlamento¹⁴³.

O referido Protocolo é composto de apenas sete artigos, que dispõem, de forma precária, sobre as cláusulas de arbitragem.

O Protocolo dispõe sobre o reconhecimento dos países signatários em dar validade ao compromisso ou cláusula feita pelas partes que acordam em submeter-se à arbitragem. A arbitragem aqui estipulada tanto pode ser sobre matéria comercial quanto sobre qualquer outra que possa ser objeto de solução por via arbitral. Mas o Protocolo autoriza, por meio de aviso ao Secretário-Geral da Sociedade das Nações, a restrição de sua aplicação apenas aos contratos considerados como comerciais pela legislação nacional de cada país contratante¹⁴⁴. Como observa Carlos Alberto Carmona, “o Brasil valeu-se da reserva estipulada na parte final de seu art. 1º”¹⁴⁵.

O Protocolo especifica que o processo da arbitragem será convencionado pelas partes e pela lei do país em cujo território esse instituto deve se efetuar, devendo os Estados contratantes comprometer-se a facilitar os atos processuais que sejam necessários realizar nos seus territórios de acordo com as disposições que regem o processo de arbitragem por compromisso (art. 2º do Protocolo).

¹⁴³ SAMTLEBEN, Jürgen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: Casella, Paulo Borba. *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 34-35.

¹⁴⁴ Art. 1º do Protocolo de Genebra de 1923. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁴⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 76.

A execução da sentença, por sua vez, como designa o Protocolo, deve ser garantida pelas autoridades de cada Estado contratante, observando-se a sua legislação nacional de sentenças arbitrais proferidas no seu território.

Os últimos artigos versam sobre a abertura do Protocolo para assinaturas, que após ratificação dos Estados contratantes passam a vigorar para estes. Ele assegura ainda o direito à denúncia por qualquer Estado contratante mediante aviso prévio de um ano, cujo pedido deve ser dirigido ao Secretário-Geral da Sociedade das Nações.

Como ressalta Carlos Alberto Carmona,

A importância do tratado entre nós reside na eficácia emprestada pelo art. 1º à cláusula compromissória que, em contratos ligados a relações comerciais entre nacionais dos estados contratantes, retiraria a competência do juiz togado, independentemente da celebração do compromisso. Passaram portanto a coexistir dois sistemas distintos no país: se o litígio ocorresse entre nacionais, ou entre um nacional e um estrangeiro oriundo de um país signatário do Pacto, somente o compromisso arbitral poderia retirar ao juiz togado brasileiro a competência para dirimir dada controvérsia; se a controvérsia envolvesse matéria comercial e partes oriundas de países signatários do Pacto, bastaria a existência de cláusula compromissória para afastar o juiz togado¹⁴⁶.

E foi com esse intuito que o Protocolo serviu de parâmetro para decisão do Superior Tribunal de Justiça, tendo como recorrentes a Cia. de Navegação Lloyd brasileira e outra, e como recorrida a A. S. Ivarans Hedëri, que deu provimento por maioria ao REsp 616/RJ, de 24 de abril de 1990. Tal decisão foi proferida pela Terceira Turma e teve como relator o Min. Gueiros Leite, que tratava da validade da cláusula de arbitragem em contratos internacionais. Tal acórdão especifica que, “nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral”¹⁴⁷.

1.3.2 A Convenção de Genebra de 1927

A Convenção de Genebra de 1927 não foi assinada pelo Brasil. Ela chegou a ser levada ao Parlamento brasileiro, em dezembro de 1929, mas não foi discutida por motivo da sua dissolução¹⁴⁸. Essa Convenção, acrescenta Beat Walter Rechsteiner, “cuidou da execução

¹⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais, p. 244.

¹⁴⁷ REsp 616/RJ. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 2 nov. 2001.

¹⁴⁸ SAMTLEBEN, Jüngen. Histórico da arbitragem no Brasil, p. 34.

de laudos arbitrais estrangeiros, proferidos e baseados em cláusulas arbitrais, conforme a de Genebra de 1923”¹⁴⁹.

Ela foi firmada mais especificamente em 26 de setembro de 1927, em dois idiomas – o inglês e o francês –, e seus originais foram depositados na Secretaria da Sociedade das Nações. Como especifica José Maria Rossani Garcez, “destina-se a fazer valer no território dos Estados que a ratificarem as sentenças arbitrais decorrentes das cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais referidos no Protocolo de Genebra de 1923”¹⁵⁰.

Acrescenta-se que essa Convenção foi ratificada pela Áustria, Bélgica, Burma, Tchecoslováquia, Dinamarca, Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Grã-Bretanha, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, Nova Zelândia, Holanda, Portugal, Romênia, Suécia, Suíça, Espanha e Iugoslávia¹⁵¹.

A Convenção de Genebra de 1927 é composta de 11 artigos e está vinculada ao Protocolo de Genebra, de tal forma que, “uma vez que um Estado denuncie o Protocolo de 1923, automaticamente denuncia também a Convenção de 1927”, como especifica Juliana Sandri¹⁵².

1.3.3 Convenção de Nova Iorque de 1958

Essa Convenção, constituída em 10 de junho de 1958 e aberta a assinaturas em 31 de dezembro de 1958, foi marco da arbitragem em nível mundial. Ela dispõe sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Tal é sua importância que, com a sua criação, o Protocolo de 1923 e a Convenção de 1927 foram expressamente revogadas pela de Nova Iorque, no seu art. VII. E como cerca de 126 países¹⁵³ assinaram esta

¹⁴⁹ RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 37.

¹⁵⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 178; e GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional e a Lei brasileira de arbitragem – Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 200.

¹⁵¹ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional, p. 178; e GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional e a Lei brasileira de Arbitragem – Lei n.º 9.307/96, p. 200.

¹⁵² SANDRI, Juliana. **O acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul**. Monografia Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000, p. 50.

¹⁵³ Número este atualizado até novembro de 2000. Destes países, 58 deles fizeram declarações e reservas, entre eles a Argentina. Convenção sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. Convenção de Nova Iorque de 1958. Disponível em: <www.jus.uio.no>. Acesso em: 17 jul. 2001.

Convenção, estando o Brasil em vias de aderir-la¹⁵⁴, ficam quase sem aplicabilidade os dispositivos de tais Protocolo e Convenção de Genebra. A Argentina, pela Lei n.º 23.619, de setembro de 1988, a internalizou à legislação de seu país.

O Brasil, após uma longa espera, está prestes a assinar tal Convenção. Seu texto, proposto pela Comissão de Justiça e de Redação, sob Projeto de Decreto Legislativo n.º 397, de 2000, deve ser aprovado em breve pela Câmara dos Deputados. Conforme voto a favor do relator Geraldo Magela, a Convenção só não foi aprovada anteriormente, porque,

Quando a matéria estava sob égide da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, a Consultoria Jurídica do Ministério das Relações Exteriores, em parecer da lavra do Doutor HILDEBRANDO ACCIOLY, opôs resistência à ratificação da citada Convenção, uma vez que tais laudos arbitrais não provinham de autoridade judiciária competente, conforme dispunha o art. 15 daquele diploma legal¹⁵⁵.

O relator Geraldo Magela acrescenta, no entanto, que,

Com efeito, não existe mais tal empecilho à adesão ao acordo, eis que a Lei n.º 9.307, de 1996 – conhecida como Lei MARCO MACIEL ou Lei da Arbitragem – veio dispor especificamente sobre o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais estrangeiros, prescindindo da homologação pela autoridade judiciária do Estado de origem, com o que, a nosso ver, revogou parcialmente os dispositivos de caráter geral, incidentes sobre decisões judiciais e extrajudiciais, constantes da LICC¹⁵⁶.

E conclui:

Constata-se, ainda, que a Convenção em exame serviu de inspiração para a elaboração, pelo Congresso Nacional, da Lei n.º 9.307, sendo seus artigos 37 a 39 quase transcrições dos anexos IV e V da Convenção de Nova Iorque, que estabelecem as condições para o reconhecimento de pleno direito dos laudos arbitrais estrangeiros¹⁵⁷.

Como se pode constatar pelas disposições feitas acima, o relator se manifestou no sentido da constitucionalidade e juridicidade da Convenção, votando pela aprovação do Projeto de Decreto Legislativo n.º 397, de 2000. Apenas fez uma emenda no art. 1º da

¹⁵⁴ O Congresso Nacional aprovou o texto dessa Convenção no dia 25 de abril de 2002, logo após essa dissertação ser defendida. Espera-se agora a ratificação e a promulgação da Convenção pelo Presidente da República. Dessa forma, ficará revogada, de maneira expressa, o Protocolo de Genebra de 1923, do qual o Brasil é parte.

¹⁵⁵ Voto do relator Geraldo Magela, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no Projeto de Decreto Legislativo n.º 397, de 2000.

¹⁵⁶ Voto do relator Geraldo Magela, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no Projeto de Decreto Legislativo n.º 397, de 2000.

¹⁵⁷ Voto do relator Geraldo Magela, na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, no Projeto de Decreto Legislativo n.º 397, de 2000.

proposição, substituindo o vocábulo redigido em inglês “York” pelo seu correspondente em língua portuguesa “Torque”.

Essa Convenção é composta de 16 artigos, que estabelecem normas para o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais 1) ditadas no território de um Estado distinto daquele em que se requer o reconhecimento e execução de dita sentença, ou 2) que tenham sua origem em diferenças entre pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, 3) quando não sejam consideradas como sentenças nacionais no Estado em que se pede o reconhecimento e execução.

Sentença arbitral, para efeito dessa Convenção, é a sentença proferida por um árbitro ou por órgãos arbitrais permanentes¹⁵⁸.

Pelo princípio da reciprocidade, o Estado que assinar ou ratificar a Convenção, ou aderir a ela, pode dispor que as normas verificadas nela só serão observadas para aqueles Estados que também a tiverem ratificado, não estando obrigado a adotá-la ou a observá-la se o outro Estado-Parte não for signatário dessa Convenção. Da mesma forma, pode-se restringir a adoção dessas normas àqueles litígios surgidos de relações jurídicas, contratuais ou não, considerados comerciais para seu direito interno¹⁵⁹.

Nos termos dessa Convenção, cada um dos Estados contratantes reconhece a validade da convenção arbitral quando o acordo se der por escrito (o que denotará uma cláusula compromissória incluída num contrato ou num compromisso). Por essa convenção arbitral, as partes obrigam-se a se submeter à arbitragem, quando surgirem divergências ou dúvidas a respeito de uma determinada relação jurídica, contratual ou não, concernente a um assunto que possa ser resolvido por esse instituto. Assim, o Tribunal de um dos Estados contratantes remeterá as partes à arbitragem, a menos que se comprove que o dito acordo seja nulo, ineficaz ou inapetível.

Os Estados contratantes reconhecerão a autoridade da sentença arbitral e concederão sua execução em conformidade com as normas de procedimento vigentes no território onde a sentença seja invocada. Essas normas, no entanto, devem observar o que prevê a Convenção de Nova Iorque, que no seu artigo III dispõe que, para haver o reconhecimento ou a execução das sentenças não se imporão condições apreciavelmente mais rigorosas, nem honorários ou custas mais elevadas que as aplicáveis ao reconhecimento ou à execução das sentenças arbitrais nacionais.

¹⁵⁸ Art. 2º da Convenção de Nova Iorque.

¹⁵⁹ Art. 3º da Convenção de Nova Iorque.

O artigo IV dispõe sobre os documentos necessários que devem ser anexados à demanda, que são: 1) o original devidamente autenticado da sentença ou uma cópia desse original com as condições requeridas para sua autenticidade; e 2) o original do acordo (contrato-base) que deu origem à instituição da arbitragem, ou uma cópia que reúna as condições requeridas para sua autenticidade.

Se a sentença ou o acordo não estiverem no idioma oficial do país em que se invoca a sentença, a parte que pede o reconhecimento ou execução deve apresentar uma tradução nesse idioma dos documentos necessários para o pedido do reconhecimento ou execução. A tradução, por sua vez, deve ser certificada por um tradutor oficial ou um tradutor juramentado, ou por um agente diplomático ou consular.

O artigo V traz os casos em que podem ser negados o reconhecimento e a execução da sentença. Os casos são taxativos, e a negação do reconhecimento e da execução poderá ser feita:

- a) quando houver incapacidade da parte ou partes, que será definida pela lei de seu próprio país. E se este não fizer previsão sobre a capacidade das mesmas, serão considerados os dispositivos que tratam dessa matéria no país onde for proferida a sentença;
- b) quando não houver sido devidamente informada a parte contra a qual está sendo demandada a sentença sobre a designação do árbitro do processo de arbitragem, ou tenha lhe sido deduzida a contestação;
- c) quando a sentença tratar de objeto diferente do convencionado pelas partes. Mas se o conteúdo da sentença que se referir a questões submetidas à arbitragem puder ser destacado do referente a questões não submetidas à arbitragem, o primeiro poderá ser reconhecido e executado;
- d) se a constituição do tribunal não estiver em conformidade com o convencionado pelas partes ou, na falta desta convenção, não estiver em conformidade com a lei do país onde teve lugar a arbitragem; ou
- e) se a sentença for anulada ou suspensa por autoridade competente do país ou segundo a lei do país onde a sentença foi proferida.

Também poderá ser negado o reconhecimento e execução da sentença quando a constituição do tribunal ou procedimento arbitral fugir do que foi previsto pelas partes no acordo ou, se, por algum motivo, as partes não tiverem feito esta convenção, quando o tribunal ou o procedimento não se ajustar à lei do país onde tenha sido realizada a arbitragem.

Ou, ainda, quando a sentença não obrigar as partes ou tenha sido anulada ou suspensa por autoridade competente, conforme a lei do país onde seja proferida a sentença.

Mais dois casos de negação de reconhecimento e execução são previstos e ficam a cargo de comprovação da autoridade competente do país onde esteja sendo feito o pedido de reconhecimento ou execução. O primeiro corresponde à constatação de o objeto não ser suscetível de solução por via arbitral, sendo considerada para essa constatação a lei do país onde deve ser reconhecida ou executada a sentença; o outro caso corresponde à contrariedade do reconhecimento ou execução da sentença à ordem pública desse país¹⁶⁰. A Lei brasileira, por sua vez, reproduz esses requisitos, mas com outros termos¹⁶¹.

Se houver sido requerida a anulação ou suspensão da sentença perante a autoridade do Estado onde foi proferida a sentença, a decisão sobre sua execução pode ser adiada pela autoridade que for responsável pela ação de reconhecimento ou execução. E, ainda, é permitido a esta autoridade ordenar à parte contra quem está sendo demandada a execução que dê garantias apropriadas.

O artigo X prevê a possibilidade de restrição da aplicabilidade de Convenção, prevendo que

Todo Estado poderá declarar, no momento de sua assinatura, de sua ratificação ou de sua adesão, que a presente Convenção seja extensiva a todos os territórios cujas relações internacionais tenha a seu cargo, ou a um ou vários deles. Tal declaração surtirá efeito a partir do momento em que a Convenção entre em vigor para dito Estado.

Posteriormente, essa extensão se fará em qualquer momento por notificação dirigida ao Secretário Geral das Nações Unidas e surtirá efeito a partir do nonagésimo dia seguinte a data em que o Secretário Geral das Nações Unidas tenha recebido tal notificação ou na data de entrada em vigor da Convenção para tal Estado, se esta última data for posterior.

Com relação aos territórios dos Estados-Partes aos quais não se tenha feita extensiva a presente Convenção no momento da assinatura, da ratificação ou da adesão, a possibilidade de adoção das medidas necessárias para se estender a Convenção será de responsabilidade de cada Estado interessado, respeitando as exigências de suas respectivas constituições.

Aos Estados federados ou não-unitários, a Convenção prevê dois casos de sua aplicação:

- a) quando a competência legislativa for do poder federal, em que as obrigações do governo federal serão as mesmas dos Estados contratantes que não sejam Estados federados, ou seja, unitários; e

¹⁶⁰ Art. V da Convenção de Nova Iorque.

b) quando a competência legislativa for de cada uma das unidades federativas ou províncias, em que os artigos da Convenção serão de conhecimento das autoridades competentes das unidades federativas ou províncias.

A Convenção ainda prevê que, se qualquer outro Estado contratante solicitar uma exposição da legislação e das práticas vigentes na federação e nas entidades constituintes de um dos Estados-Partes da Convenção, este deve providenciar tais dispositivos.

A Convenção autoriza a sua denúncia mediante notificação escrita ao Secretário-Geral das Nações Unidas, e esta surtirá efeito um ano após a data em que o Secretário tenha recebido a notificação. No entanto, a Convenção continua a ser aplicável às sentenças arbitrais que pretendam ser reconhecidas ou executadas antes que entre em vigor a denúncia.

O artigo XV prevê os encargos do Secretário-Geral a respeito das notificações aos Estados, e o artigo XVI faz a ressalva de que nenhum Estado contratante pode invocar as disposições da Convenção com relação aos outros Estados contratantes mais do que ele mesmo esteja obrigado.

Essa Convenção entrou em vigor em 7 de junho de 1959, após o depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, como previa o artigo XII. Esses instrumentos foram depositados por Israel, em 5 de janeiro, Marrocos, em 12 de fevereiro, e pela República Árabe Unida, em 9 de março, todos no ano de 1959.

A Convenção de Nova Iorque foi um marco com relação ao instituto da arbitragem, representando um “ponderável avanço na direção efetiva da internacionalização da arbitragem, na medida em que os tribunais dos Estados contratantes devem pronunciar-se sobre litígios entre partes que invoquem o compromisso arbitral”¹⁶², como ressalta José Alexandre Tavares Guerreiro. Ressalta ainda esse autor que “outro avanço da Convenção de New York foi o de excluir a revisão judicial sobre o mérito do laudo proferido de acordo com seus requisitos e disposições”¹⁶³.

¹⁶¹ O art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil dispõe que: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

¹⁶² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 29.

¹⁶³ GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**, p. 29.

1.3.4 Convenção do Panamá de 1975

Denominada de Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, foi firmada em 31 de janeiro de 1975 e é composta de 13 artigos, que prevêem a instituição de uma arbitragem comercial internacional convencionada pelos governos dos Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Ela foi promulgada no Brasil pelo Decreto n.º 1.902, de 9 de maio de 1996.

O artigo 1º faz previsões de que a arbitragem será instituída, de acordo com o que dispuserem as partes, para solucionar os litígios futuros ou os que já tenham surgido, que versem sobre natureza mercantil. Esse acordo deve constar de documento assinado pelas partes, por meio de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

O artigo 2º determina sobre a nomeação dos árbitros, que poderão ser nacionais e estrangeiros, e essa nomeação será feita no modo que conveniarem as partes; pode, no entanto, sua designação ser delegada a um terceiro, pessoa física ou jurídica.

Não havendo acordo, a arbitragem será efetuada por normas e procedimentos da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial¹⁶⁴.

Essa Convenção dá caráter de sentença judicial definitiva às sentenças ou laudos arbitrais não impugnáveis segundo a lei ou as normas processuais aplicáveis. E sua execução ou reconhecimento segue as normas do país e o que for estabelecido nos tratados internacionais.

O artigo 5º, que trata da denegação do reconhecimento e da execução de sentença, é, *ipsis literis*, o que convencionou o artigo de mesmo número (art. V) da Convenção de Nova

¹⁶⁴ A Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC) é uma organização internacional privada criada para administrar, promover e divulgar os diferentes sistemas existentes para a resolução de conflitos. Sua atuação dá-se no âmbito ibero-americano. A Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB) é a representante da CIAC no Brasil. Disponível em: <www.cacb.org.br>. Acesso em: 29 out. 2001.

A CIAC tem sua origem na Resolução XLI sobre Arbitragem Comercial, adotada pela 7ª Conferência Internacional de Estados Americanos, que se celebrou em Montevideu (Uruguai), em 1933, e que acordou que, com o fim de estabelecer relações ainda mais estreitas entre as Associações Comerciais da América de maneira totalmente independente do controle oficial, deveria ser criado um organismo interamericano para que assumisse, com uma das funções mais importantes, a responsabilidade de estabelecer um sistema de arbitragem interamericano. Surge assim, em 1943, a CIAC, que veria reforçados seu papel e protagonismo pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, criada no Panamá, em 1975, cujo art. 3º indica expressamente que na ausência de um acordo expresso entre as partes a arbitragem se realizará de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Disponível em: <www.ciac-icac.org>. Acesso em: 29 out. 2001.

As Regras de procedimento da CIAC estão previstas em quarenta e um artigos, divididos em quatro seções. A primeira seção versa sobre as disposições gerais e é composta de quatro artigos (art. 1º ao art. 4º). A segunda seção é nomeada de Composição do Tribunal Arbitral e composta de dez artigos (art. 5º ao art. 14). A terceira, sob a epígrafe de Procedimento Arbitral, possui dezesseis artigos, que compreendem os artigos de número 15 a 30. E, por fim, a seção quatro em onze artigos (art. 31 ao 41) trata do Laudo.

Iorque. Portanto, faz as mesmas previsões para o não-reconhecimento e a não-execução da sentença arbitral. O artigo 6º, da mesma forma que o artigo anterior, é cópia literal do artigo VI da Convenção de Nova Iorque.

A Convenção prevê sua ratificação, estando aberta à assinatura dos Estados-Membros da OEA e, igualmente, à adesão de qualquer outro Estado¹⁶⁵.

O artigo 10 determina a sua entrada em vigor no trigésimo dia a partir da data em que for depositado o segundo instrumento de ratificação; e mesmo prazo para os Estados que vierem a ratificá-la ou a ela aderirem. Os Estados que possuem mais de uma unidade territorial em que vigorem sistemas jurídicos diferentes com relação a questões de que trata essa Convenção podem declarar, no momento da assinatura, da ratificação ou da adesão, que a Convenção se aplicará a todas as suas unidades territoriais ou somente a uma ou algumas delas. Isso pode ser modificado mediante declaração ulterior, que deve ser transmitida à Secretaria-Geral da OEA, com a especificação expressa das unidades territoriais a que se aplica esta Convenção, e surtirá efeito 30 dias após recebida a declaração¹⁶⁶.

Há previsão, da mesma forma que na Convenção de Nova Iorque, da denúncia da Convenção, que também prevê prazo de um ano para isso, contado a partir da data do depósito do instrumento da denúncia, que deve ser feito na Secretaria-Geral, para a cessação dos efeitos da Convenção para o Estado denunciante¹⁶⁷.

1.3.5 Convenção de Montevideu de 1979

Realizada em Montevideu, na República Oriental do Uruguai, em 8 de maio de 1979, a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros surge com o espírito de assegurar a eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais proferidos pela justiça dos Estados americanos em suas respectivas jurisdições territoriais.

Carlos Alberto Carmona ressalta que a essa Convenção se “vinculam hoje 10 países (dos países envolvidos no Mercosul somente o Chile, associado, não é signatário), tendo o

¹⁶⁵ Cf. arts. 7º, 8º e 9º da Convenção do Panamá de 1975. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁶⁶ Art. 11 da Convenção do Panamá de 1975.

¹⁶⁷ Art. 12 da Convenção do Panamá de 1975.

Brasil ratificado o tratado apenas 15 (quinze) anos após sua assinatura (Decreto-Executivo 2.411 de 2 de dezembro de 1997)¹⁶⁸.

A Convenção de 1979 limita a sua aplicação a sentenças ou laudos arbitrais que versem sobre matéria civil, comercial ou trabalhista, desde que o Estado-Parte não tenha feito reserva expressa de limitar o emprego dessa Convenção às sentenças condenatórias em matéria patrimonial. Pode ser extensiva, se assim for declarado no momento da ratificação, à aplicação das resoluções que terminem o processo, às ditadas por autoridades que exerçam alguma função jurisdicional e às sentenças penais quando se referirem à indenização de prejuízos derivados do delito.

Essa Convenção prevê que a Convenção do Panamá de 1975 deve ser respeitada e que suas normas só serão aplicadas se não houver conflito com aquela Convenção¹⁶⁹.

Para que tenham eficácia extraterritorial nos Estados-Partes, as sentenças devem estar revestidas de formalidades externas, de modo que possam ser consideradas autênticas no Estado de onde procedam. Previsão feita também pela Convenção de Nova Iorque no seu artigo IV, a sentença, laudo ou resolução ou documento anexo devem estar devidamente traduzidos para o idioma oficial e em conformidade com a lei do Estado onde devem surtir efeito. O juiz ou tribunal, por sua vez, deve ter competência na esfera internacional para conhecer e julgar o assunto. Por sua vez, é necessário que o demandado tenha sido notificado ou apazado na forma legal prevista no Estado onde a sentença, laudo ou resolução deva surtir efeito e que a defesa das partes tenha sido assegurada. Esse direito de defesa deve ser assegurado ainda que esses atos possuam apenas caráter executório ou força de coisa julgada no Estado em que forem ditados e que não contrariem manifestadamente os princípios e as leis de ordem pública do Estado em que se peça o reconhecimento ou a execução¹⁷⁰.

O artigo 3º cita os documentos indispensáveis para a solicitação do cumprimento das sentenças, laudos ou resoluções. Se, por uma forma ou outra, essas sentenças, laudos ou resoluções não puderem ter eficácia na sua totalidade, o juiz ou tribunal está autorizado por essa Convenção a admitir sua eficácia parcial mediante petição da parte interessada.

Uma inovação encontra-se no artigo 4º: a manutenção do benefício de pobreza, que, conforme o citado artigo, deve ser mantido no outro Estado se este for reconhecido no Estado de origem da sentença.

¹⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais, p. 246.

¹⁶⁹ Art. 1º da Convenção de Montevideu de 1979.

¹⁷⁰ Art. 2º da Convenção de Montevideu de 1979.

O artigo 6º proclama que os procedimentos para assegurar a eficácia às sentenças, laudos ou resoluções serão regulados pela lei do Estado em que se solicita seu cumprimento.

Essa Convenção, a exemplo da do Panamá, está aberta à assinatura dos Estados Membros da OEA e à ratificação e à adesão de outros Estados.

É previsto no artigo 10 sua assinatura, ratificação ou adesão com reservas, sobre disposições específicas e desde que essas não sejam incompatíveis com o objeto e o fim da Convenção.

Essa Convenção, como as Convenções de Nova Iorque e do Panamá, também autoriza aos Estados que possuam duas ou mais unidades territoriais com distintos sistemas jurídicos declarar, no momento de sua assinatura, ratificação ou adesão, se ela será aplicada a todas as suas unidades territoriais ou a só uma ou a algumas delas. E como nas Convenções anteriormente citadas, podem tais declarações ser modificadas ulteriormente e surtirão efeito trinta dias depois de recebidas pela Secretaria-Geral da OEA.

A sua denúncia também é permitida e será feita conforme a disposição do art. 13, e a Convenção cessará seus efeitos decorrido um ano a contar da data do depósito do instrumento da denúncia na Secretaria-Geral.

Posteriormente a essa Convenção, adveio a Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial das Sentenças Estrangeiras, realizada em La Paz, em 1984. Essa Convenção foi criada para solucionar alguns conflitos de competência que ocorreram com a Convenção de Montevideú, mas o seu artigo 6º, “i”, de maneira expressa, prevê que a Convenção da Bolívia não regulará sobre a matéria de arbitragem¹⁷¹, não alterando, portanto, as disposições feitas pela Convenção de Montevideú sobre a matéria.

1.3.6 Lei-Modelo UNCITRAL de 1985

Como afirma Juliana Sandri, “a Lei-Modelo da UNCITRAL [Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional] sobre Arbitragem Comercial Internacional foi elaborada em 21 de junho de 1985 para, como o próprio nome diz, servir como modelo para outros acordos que versem sobre o mesmo tema”¹⁷². À sessão que tratou da elaboração da Lei-Modelo, anota Paulo de Tarso Santos, “compareceram 36 Estados-Membros, observadores de 26 países e de 18 organizações internacionais e

¹⁷¹ Convenção de La Paz. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 30 out. 2001.

¹⁷² SANDRI, Juliana. **O acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul**, p. 58.

intergovernamentais. Após sua aprovação, foi essa lei enviada à Assembléia das Nações Unidas, com proposta para que fosse transformada, oportunamente, em tratado internacional¹⁷³.

A Lei-Modelo da UNCITRAL de 1985 aplica-se à arbitragem comercial internacional, estipulando o artigo 1º o que é considerada a arbitragem internacional¹⁷⁴, e prevê que essa Lei não se opõe a qualquer acordo multilateral ou com outra lei do Estado em virtude do qual certos litígios não possam ser submetidos à arbitragem ou que adotem modo de aplicação, com relação à arbitragem, diferentes desta Lei.

O artigo 2º dispõe sobre as definições de termos empregados pela Lei e versa também sobre as regras de interpretação. A Lei-Modelo designa que é considerada “arbitragem” toda e qualquer arbitragem, quer a sua organização seja ou não confiada a uma instituição permanente de arbitragem. Define “tribunal arbitral” designando que esse tanto pode ser um árbitro único quanto um grupo de árbitros. E segue trazendo três regras de interpretação:

- d) quando uma disposição da presente Lei, com exceção do artigo 28, deixa às partes a liberdade de decidir uma certa questão, esta liberdade compreende o direito de as partes autorizarem um terceiro, aí incluída uma instituição, a decidir essa questão;
- e) quando uma disposição da presente Lei se refere ao fato de as partes terem convenicionado ou poderem vir a chegar a acordo a respeito de certa questão, ou de qualquer outra maneira se refere a um acordo das partes, tal acordo engloba qualquer regulamento de arbitragem aí referido;
- f) quando uma disposição da presente Lei, à exceção do artigo 25, alínea *a*, e do artigo 32, parágrafo 2, alínea *a*, se refere a um pedido, esta disposição aplica-se igualmente a um pedido reconvenicional, e quando ela se refere a alegações de defesa, aplica-se igualmente às alegações de defesa relativa a um pedido reconvenicional¹⁷⁵.

O artigo 3º faz menção de quando serão consideradas recepcionadas as comunicações escritas, previsão esta que não é feita em nenhum acordo, protocolo, convenção ou tratado anteriores sobre arbitragem.

¹⁷³ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**, p. 33-35.

¹⁷⁴ Para a Lei-Modelo UNCITRAL, segundo o art. 1º, parágrafo 3º, uma arbitragem é internacional se:

- a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta Convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; ou
- b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento;
 - i) o lugar da arbitragem, se este estiver fixado na Convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com esta;
 - ii) qualquer lugar onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio se ache mais estreitamente conexo; ou
- c) as partes tiverem convenicionado expressamente que o objeto da Convenção de arbitragem tem conexões com mais de um país.

¹⁷⁵ Art. 2º da Lei-Modelo da UNCITRAL.

Outra inovação consta do artigo 4º, quando faz previsão da renúncia ao direito de oposição, ao prever que “qualquer parte, embora sabendo que uma das disposições da presente Lei que as partes podem derrogar ou qualquer condição enunciada na Convenção de arbitragem não foi respeitada, prossegue apesar disso a arbitragem sem deduzir oposição de imediato, ou, se estiver previsto um prazo para este efeito, no referido prazo”¹⁷⁶. Os Tribunais, segundo a Lei, só podem intervir nos casos em que esta os prever.

A Lei dá a definição e a forma da convenção de arbitragem no seu artigo 7º, que deve ser necessariamente escrita. Diz, também, como será instituída a arbitragem com relação ao tribunal quando o litígio surgir (art. 8º) prevendo não ser incompatível com a convenção arbitral a solicitação de medidas provisórias ou conservatórias (art. 9º).

O capítulo III trata da composição do tribunal, que, em seu art. 10, prevê que o número de árbitros é livre e fica a cargo das partes, mas, na falta de estipulação, estes serão em número de três. O artigo 11 trata da nomeação dos árbitros; o artigo 12, da recusa destes; e o 13, do processo da recusa. A nomeação de árbitros substitutos, por sua vez, terá o mesmo procedimento do artigo 11, ou seja, o mesmo da nomeação do árbitro substituído.

Como de praxe nos outros acordos, tratados e convenções, o tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria competência (princípio do *kompetenz-kompetenz*). É competente este, também, se não houver disposição em contrário, para ordenar a qualquer das partes que tome as medidas provisórias ou conservatórias sobre as quais o tribunal considere necessário versar em relação ao objeto do litígio¹⁷⁷.

As partes devem ter igual tratamento, e tanto a determinação das regras do processo quanto onde será realizada a arbitragem podem ser acordados pelas partes, mas, se estas não os estipularem, o tribunal arbitral decidirá como conduzir o processo e onde este será instituído¹⁷⁸.

O início do processo arbitral se dá, salvo convenção das partes em contrário, na data em que o pedido de sujeição do litígio à arbitragem é recebido pelo demandado¹⁷⁹.

O idioma utilizado no processo arbitral será escolhido pelas partes e, na falta de um acordo, o tribunal arbitral determinará a língua a ser utilizada¹⁸⁰.

O processo dar-se-á por um enunciado do demandante trazendo os fatos que baseiam o seu pedido e, posteriormente, será dado direito de defesa ao demandado. É autorizada a

¹⁷⁶ Art. 4º da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁷⁷ Art. 16 da Lei-Modelo da UNCITRAL. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁷⁸ Art. 20 da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁷⁹ Art. 21 da Lei-Modelo da UNCITRAL.

modificação ou complementação do pedido ou da defesa no decurso do processo arbitral, a menos que haja atraso na formulação dessas, ou que não haja a autorização da convenção arbitral de modificações ou complementações.

O tribunal é que estipulará se a produção de provas dar-se-á de forma oral ou por meio de documentos. Salvo se as partes tiverem convencionado, o tribunal organizará um procedimento oral num estágio apropriado do processo arbitral, mas há necessidade de requerimento por, pelo menos, uma das partes. As audiências e reuniões, bem como a juntada de documentos, serão comunicadas à outra parte¹⁸¹.

O artigo 25 prevê a possibilidade de término do processo arbitral no caso de o demandante não ter apresentado o seu pedido em conformidade com o artigo 23, parágrafo 1º, dessa Lei-Modelo. Estipula, ainda, que o tribunal prosseguirá o processo arbitral sem considerar a defesa do demandado que não prescreveu as condições impostas pelo artigo citado anteriormente. A Lei-Modelo, ainda, autoriza o tribunal a prosseguir o processo e decidir com base nos elementos de prova de que disponha, se uma das partes deixar de comparecer a uma audiência ou de fornecer documentos de prova.

A Lei-Modelo também traz especificações quanto à nomeação de peritos que devem seguir as recomendações do artigo 26, mas lembra que o tribunal só poderá nomeá-los se não houver convenção das partes em contrário. Igualmente é possível a solicitação de assistência para obtenção de provas a um tribunal competente do Estado onde está situado o tribunal arbitral, desde que haja o requerimento do próprio tribunal ou da parte interessada.

Sobre a sentença arbitral e encerramento do processo, dispõe o capítulo VI. No primeiro artigo deste capítulo, o artigo 28, a Lei-Modelo vislumbra que as partes designam as regras de direito que devem ser aplicadas ao fundo de causa. Acrescenta ainda que, na falta dessa designação, o tribunal arbitral aplicará a lei designada pela regra de conflitos de leis que ele julgue aplicável na espécie, e só é autorizado o julgamento *ex ad quo et bono* ou na qualidade de *amiable compositeur* quando as partes expressamente assim decidirem. Pode, no entanto, em qualquer caso, como consta no parágrafo 4º, o tribunal decidir de acordo com as estipulações do contrato e ter em conta os usos do comércio aplicáveis à transação.

A decisão, se houver mais de um árbitro, deve ser tomada por maioria, salvo se existir algo expresso em contrário. Mas as questões de processo podem ser decididas pelo presidente se este estiver autorizado pelas partes ou por todos os outros árbitros.

¹⁸⁰ Art. 22 da Lei-Modelo da UNCITRAL.

¹⁸¹ Art. 25 da Lei-Modelo da UNCITRAL.

Se, no decorrer do processo, as partes chegarem a um acordo, o tribunal dará fim ao processo, proferindo uma sentença nos termos do acordado entre as partes. Toda sentença será proferida por escrito, devendo conter a assinatura dos árbitros ou da maioria deles; deve ser fundamentada, datada, e conter, ainda, o lugar onde foi proferida. Após proferida, deve ser remetida às partes¹⁸².

O processo terá fim quando for proferida a sentença, quando for retirado o pedido pelo demandante, desde que não haja oposição do demandado, quando as partes concordarem em encerrar o processo ou quando o tribunal constatar que o prosseguimento do processo se tornará supérfluo ou impossível.

São autorizados, no prazo de 30 dias a contar da recepção da sentença, pedidos de retificação e interpretação desta. Essas alterações também podem ser feitas de ofício pelo tribunal, podendo, ainda, no mesmo prazo, uma das partes pedir ao tribunal, mediante notificação à outra parte, que o profira uma sentença adicional sobre certos pontos do pedido exposto no decurso do processo arbitral, mas omitidos na sentença.

O único recurso cabível à sentença arbitral é o pedido de anulação desta e só pode ocorrer nos casos expressamente previstos no artigo 34.

Quanto ao reconhecimento e execução das sentenças, a Lei-Modelo prevê que essas terão força obrigatória e serão executadas mediante solicitação por escrito ao tribunal competente. A recusa, no entanto, pode ser feita se ocorrer um dos casos previstos no artigo 36 da Lei-Modelo.

A Lei-Modelo, apesar de não se constituir em tratado internacional, e portanto não ser obrigatória para nenhum Estado, teve influência decisiva nos últimos anos, inspirando diversas normas nacionais que adotaram, ou atualizaram, a regulamentação interna da arbitragem.

1.3.7 O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul

A arbitragem, nos atuais dias, tornou-se um meio tão importante de solução de controvérsias internacionais que os países aliados em blocos econômicos acham relevante prever a sua utilização para a solução de suas lides. A Convenção Européia da Comissão

¹⁸² Art. 31 da Lei-Modelo.

Econômica para a Europa sobre a Arbitragem Comercial Internacional é um exemplo disso. Como especifica José Maria Rossani Garcez,

Esta Convenção aberta para assinatura dos países integrantes da CEE em Genebra, em 21 de abril de 1961, se aplica – art. 1º (a) – às convenções de arbitragem para a solução de litígios oriundos de operações de comércio internacional entre pessoas físicas ou morais que tenham, no momento da conclusão da convenção, sua residência habitual ou sua sede em um dos diferentes Estados contratantes. A convenção explicita no art. 1º (b) que, para seus efeitos, se entende como convenção de arbitragem a cláusula compromissória inserida num contrato ou o compromisso de arbitragem firmado pelas partes, ou os ajustes constantes de trocas de cartas, telegramas, ou de comunicações teleescritas e, dentre os países dentre os quais a lei não impõe a forma escrita à convenção de arbitragem, todas as convenções concluídas nas formas permitidas por usar suas leis¹⁸³.

Outro exemplo é a Convenção de Moscou, de 1972, a chamada *Convention on Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Economic, Scientific and Technical Cooperation*, que, como ressalta José Maria Rossani Garcez, “é aplicável a disputas entre partes do Bloco do Conselho para Mútua Assistência Econômica da Europa Oriental (CMEA)”¹⁸⁴. Em determinadas situações, há a obrigatoriedade de adoção do instituto, sendo aparato obrigatório do Estado, fugindo, portanto, da faculdade dada pela arbitragem tradicional de livre escolha desse meio para a resolução dos conflitos¹⁸⁵.

Surge, também, no Mercosul, no ano de 1998, o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (AACIM), sobre o qual Paulo de Tarso Santos ressalta:

Convém mencionar que tem havido, no âmbito do Mercosul, esforços de superação de assimetrias legais entre os quatro países subscritores do Tratado de Assunção. Tais esforços rotulados de ‘harmonizações de leis’ já estão ocorrendo também quanto à arbitragem. Realmente, em 23 de julho de 1998, em Buenos Aires, foi aprovado o ‘Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul’, firmado por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai com ‘Estados-Partes’.

[...]

Esse acordo já foi ratificado pela Argentina e está em processo de incorporação ao direito interno no Brasil, no Paraguai e no Uruguai. A mensagem do Poder Executivo brasileiro ao Congresso Nacional tem o n. 621, de 7 de maio de 1999¹⁸⁶.

Conforme a nota introdutória de sua redação, o AACIM se espelha na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, a chamada Convenção do Panamá; na Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, a Convenção de Montevidéu; e na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial

¹⁸³ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem internacional*, p. 180.

¹⁸⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem internacional*, p. 181-182.

¹⁸⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem internacional*, p. 182.

¹⁸⁶ SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*, p. 39-40.

Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL). A AACIM é composta de 26 artigos e tem por objetivo “regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, dos Estados-Partes do Mercosul”¹⁸⁷. Mas, como ressalta María Blanca Noodt Taquela,

O âmbito de aplicação material do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul e do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, é mais restrito que o dos outros tratados internacionais sobre o tema: aplica-se apenas à arbitragem derivada de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas de direito privado¹⁸⁸.

O artigo 3º especifica o âmbito material e espacial da aplicação do Acordo, deixando claro quando será considerada a norma no espaço físico do Mercosul¹⁸⁹.

Tal Acordo faz a previsão de que a convenção arbitral dará tratamento equitativo, portanto, utilizando-se do princípio da igualdade; ressalta que essa deve ser pactuada de boa-fé, sendo a convenção autônoma com relação ao contrato-base¹⁹⁰.

O AACIM prevê que a capacidade das partes deve ser regida pelo direito de seus respectivos domicílios; mas a validade da convenção arbitral, por sua vez, deve respeitar o direito do Estado-Parte onde estiver localizado o tribunal arbitral. A arbitragem pode ser de

¹⁸⁷ Art. 1º do AACIM. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

¹⁸⁸ TAQUELA, María Blanca Noodt. Convenciones y acuerdos de arbitraje. ¿Qué tratado hay que aplicar en el Mercosur? In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem: coletâneas de artigos sobre arbitragem**, Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 249-250: “El ámbito de aplicación material del *Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur y del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*, es más restringido que el de otros tratados internacionales sobre el tema: se aplican solamente al arbitraje derivado de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales entre personas de derecho privado”.

¹⁸⁹ Art. 3º. Âmbito material e espacial de aplicação.

O presente Acordo se aplicará à arbitragem, sua organização e procedimentos e às sentenças ou laudos arbitrais, se ocorrer alguma das seguintes circunstâncias:

- a) a convenção arbitral for celebrada entre pessoas físicas ou jurídicas que, no momento de sua celebração, tenham sua residência habitual ou o centro principal dos negócios, ou a sede, ou sucursais, ou estabelecimentos ou agências, em mais de um Estado-Parte do MERCOSUL;
- b) o contrato-base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com mais de um Estado-Parte do MERCOSUL;
- c) as partes não expressarem sua vontade em contrário e o contrato-base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado-Parte, sempre que o tribunal tenha a sua sede em um dos Estados-Partes do MERCOSUL;
- d) o contrato-base tiver algum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado-Parte e o tribunal arbitral não tiver sua sede em nenhum Estado-Parte do MERCOSUL, sempre que as partes declararem expressamente sua intenção de submeter-se ao presente Acordo;
- e) o contrato-base não tiver nenhum contato objetivo – jurídico ou econômico – com um Estado-Parte e as partes tenham elegido um tribunal arbitral com sede em um Estado-Parte do MERCOSUL, sempre que as partes declararem expressamente sua intenção de submeter-se ao presente Acordo.

¹⁹⁰ Conforme o art. 2º, d é o “acordo que dá origem às controvérsias submetidas à arbitragem”.

direito e de equidade, mas havendo omissão será de direito. As partes decidem o direito a ser aplicável à controvérsia; não havendo previsão, esta ficará a cargo dos árbitros.

Há a previsão de dois tipos de arbitragem no AACIM, a *ad hoc* e a institucional¹⁹¹, que possuem procedimentos específicos (art. 12) e que devem respeitar, do mesmo modo que faz previsão a Lei brasileira (art. 21, parágrafo 2º), os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

O início do procedimento arbitral dar-se-á pela intimação de uma parte à outra na forma estabelecida na convenção arbitral, se essa for *ad hoc*; ou no modo disposto no regulamento do instituto ao qual as partes tenham se submetido, quando se tratar de arbitragem institucional.

O árbitro pode ser qualquer pessoa legalmente capaz e deve gozar da confiança das partes. Sua capacidade será regulada pela lei de seu domicílio. Ele deve proceder no exercício de suas funções com probidade, imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição¹⁹².

O Tribunal Arbitral é responsável por decidir sobre sua própria competência. Ele é autorizado, ainda, a ditar medidas cautelares¹⁹³.

O laudo ou sentença arbitral deve ser escrito, fundamentado, e decidir completamente o litígio. Essa decisão será definitiva e obrigatória para as partes, e não serão admitidos recursos, com exceção da solicitação de retificação e ampliação ou de impugnação de nulidade¹⁹⁴.

¹⁹¹ Na arbitragem *ad hoc* as partes estipulam as regras procedimentais a serem aplicadas na arbitragem, selecionam os árbitros, e todos os requisitos necessários para se estabelecer um juízo arbitral, portanto todas as questões organizacionais são elaboradas por elas; já na arbitragem institucional todos esses procedimentos ficam a cargo de uma instituição administradora, que possui uma lista de árbitros pré-elaborada, sendo autorizado às partes a escolha dos árbitros dentre esta lista.

Acrescenta BELANDRO, Rubens Santos. Las nuevas tendencias marcadas por las recientes leyes sobre arbitraje privado internacional en América Latina. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 340-341: "Tanto el arbitraje interno como el internacional puede ser *ad hoc* o institucional. El primero es el regulado directamente por las partes, éstas se abstienen de darle competencia a una institución para que lleve adelante las instancias arbitrales. Este modo de arbitrar parece útil por su adaptabilidad al caso concreto, pero adolece de enormes riesgos puesto que las partes no pueden preverlo todo y pueden caer en lagunas e importantes contradicciones. Este arbitraje está basado fundamentalmente, en la confianza que una persona determinada le merece a los sujetos enfrentados, por su prestigio, sus conocimientos y ponderación. Pero se puede correr el riesgo que el árbitro pueda llegar a perder su neutralidad, falezca o se incapacite, o que entre en algún tipo de vinculación con uno de los contendientes. Por ello, la decisión más segura consiste en trasladar toda la organización del arbitraje a una institución privada dedicada a la tarea arbitral, la que prestará un auxilio permanente a los operadores, con la finalidad de cubrir cualquier inconveniente que pueda surgir".

¹⁹² Art. 16 do AACIM.

¹⁹³ Art. 18 do AACIM.

¹⁹⁴ Art. 20 do AACIM.

A execução do laudo ou sentença arbitral estrangeira deve ser feita conforme as disposições da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975; do Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa do Mercosul e da Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevideu de 1979¹⁹⁵.

A arbitragem, para o AACIM, se encerra quando for ditada a sentença ou laudo arbitral definitivo, ou quando, por comum acordo, as partes decidirem por terminar a arbitragem ou quando o tribunal se tornar, por qualquer razão, desnecessário ou impossível¹⁹⁶.

O AACIM autoriza a adoção das regras da Uncitral para decidir sobre fatos que esse Acordo ou as convenções e normas citadas pelo AACIM não prevejam.

Observa-se que o Acordo trata muito bem do instituto da arbitragem, seguindo a mesma tendência dos últimos dispositivos dos tratados multilaterais sobre arbitragem, mas questiona-se se realmente ele possuirá grandes destaques no âmbito de Mercosul, visto que esse parece ter perdido sua força como bloco econômico. E questiona-se se o AACIM não será esquecido nas gavetas dos países que o devem ratificar, pois só entrará em vigor, conforme as disposições finais desse Acordo, após a ratificação dos dois primeiros Estados-Partes, mais especificamente trinta dias depois que o segundo país proceda ao depósito de seu instrumento de ratificação e, para os demais Estados ratificantes, também após trinta dias do depósito do seu instrumento de ratificação¹⁹⁷.

O Brasil já aprovou o texto do Acordo, por meio do Decreto-Legislativo n.º 265, de 29 de dezembro de 2000, mas ainda está espera a entrega do instrumento de ratificação e conseqüente promulgação.

É relevante ressaltar que, na mesma data em que foi concluído o AACIM, o Mercosul concluiu com a Bolívia e o com Chile, sob a Decisão 04/98 do Conselho do Mercado Comum, um acordo comercial internacional contendo o mesmo teor do AACIM.

Ainda no âmbito do Mercosul, pode-se destacar que o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa¹⁹⁸ prevê no seu capítulo V, em sete artigos, disposições sobre o reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais. Suas disposições, quase na totalidade, coincidem com as da Convenção de Montevideu de 1979. Esse Protocolo foi “feito no Vale de Las Leñas,

¹⁹⁵ Art. 23 do AACIM.

¹⁹⁶ Art. 24 do AACIM.

¹⁹⁷ Art. 26 do AACIM.

Departamento de Malargüe, Província de Mendoza, República Argentina, aos 27 dias do mês de junho de 1992, em um original, nos idiomas espanhol e português, sendo ambos os textos igualmente autênticos”¹⁹⁹ e procura estabelecer três modalidades diferentes de cooperação interjurisdicional: medidas de simples trâmite processual ou probatórias, informação sobre o direito vigente e o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais proferidos nos Estados-Partes. A grande inovação se dá no modo de requerer a homologação de sentença estrangeira, tanto judicial quanto arbitral, que ocorre por meio de *carta rogatória*, expedida no juízo de origem, tal como previsto em seus arts. 19 a 24, e cujo encaminhamento e recebimento são feitos pela Autoridade Central designada pelo Estado²⁰⁰.

Constata-se de tudo isso que a arbitragem sempre esteve presente ao longo da história. A sua incorporação no sistema jurídico brasileiro é de longa data, já estando presente nas Ordenações Filipinas, primeira legislação escrita aplicada no Brasil e sua importância é retomada com a promulgação da Lei nº 9.307/96. Com o estudo da legislação argentina e dos atos internacionais que disciplinam a matéria conclui-se que o resgate desse instituto não possui uma característica exclusivamente brasileira, sua evolução é sentida no mundo todo.

¹⁹⁸ Anexo MERCOSUR/CMC/Dec. N. 05/92.

¹⁹⁹ Art. 36 do Protocolo de Las Leñas, de 1992.

²⁰⁰ SOUZA JR, Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999, p. 412.

Acesso à Justiça e a Crise do Poder Judiciário

2.1 O Acesso à Justiça

“A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Rui Barbosa²⁰¹

Não se pretende aqui esgotar a discussão sobre os problemas mundiais do acesso à Justiça e da crise do Poder Judiciário. Pretende-se, neste capítulo, mediante o estudo bibliográfico desses dois tópicos, analisar o que é o acesso à Justiça como meio efetivo de assegurar os direitos dos indivíduos e da sociedade, demonstrando-se os problemas atuais encontrados pelo Poder Judiciário, denominados, atualmente, de crise do Poder Judiciário.

2.1.1 Conceito de Justiça

A Justiça, por ser tema complexo e exaustivo, continua com definição aberta²⁰² e em plena evolução, de tal forma que, quanto mais complexas as relações interpessoais, mais modificações vão se implementando e se incorporando à sua noção. Pode-se observar que o conceito de Justiça muda de uma sociedade para outra, moldando-se às necessidades desta: a sociedade sofre transformações, assim como a idéia de Justiça e o acesso a esta também passam por mudanças. Por exemplo, as mais elaboradas discussões acerca da Justiça e do justo não tiveram correspondência na prática judiciária institucional. As ordálias ou os juízos de Deus, formas de julgamento primitivo, para a época atual não podem ser perquiridos como

²⁰¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <www.jahr.org/nel/rui>. Acesso em: 19 jan. 2002.

²⁰² José Geraldo Souza Júnior, citando Castoriadis, afirma que uma sociedade justa não é a que estabeleceu leis justas definitivamente, mas a que assegura condições para que a questão da Justiça esteja sempre aberta ao debate (**Judiciário e contemporaneidade**). Disponível em: <www.solar.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2001).

acesso à Justiça, mas para aquele tempo significavam acesso a um julgamento, considerado justo pelo grupo social²⁰³.

A Justiça, portanto, incorporou vários sentidos ao longo do tempo, e Jair Gonçalves reforça que, “pela importância que tem, [...] o termo justiça é uma das palavras que mais foge à univocidade”²⁰⁴.

Jair Gonçalves traz em seu artigo alguns dos sentidos que são atribuídos o termo Justiça: a justiça cósmica compreende a organização de tudo por uma única lei, em que cada coisa tem seu lugar e finalidade no Universo; a justiça divina advém da vontade de Deus, ser que rege tudo, e que tudo levou à perfeição. Com o cristianismo, há a idéia do homem justo que é medido pela sua fé²⁰⁵; a justiça universal compreende a plenitude da bondade moral das pessoas, em que se adquire a perfeição por meio da participação da vida divina pela vida humana; a justiça particular, por sua vez, materializada na expressão “dar a cada um o que é seu”, segundo o direito, concretiza a inclinação da vontade humana; na justiça objetiva, em oposição a essa última, há a atribuição de dar a cada um o que lhe pertence, por um agente exterior ao sujeito desse direito; há, ainda, a justiça funcional ou institucional, pela qual a realização e execução da justiça emana do conjunto de órgãos jurisdicionais e administrativos; e por fim, a Justiça social, justiça “como princípio de valor, norma, critério ou fim que regula a vida dos membros da sociedade, conforme as concepções desta mesma sociedade, dentro das idéias de bem comum, liberdade, legalidade, ordem, etc.”²⁰⁶.

Vários ramos da ciência constituíram a justiça como objeto de suas pesquisas. E entre esses ramos, pôde-se citar a Filosofia, a Teologia, a Ética, a Política, o Direito e a sociologia. Cada campo de pesquisa emprega o sentido próprio, delimitando o seu objeto e diferenciando a Justiça apenas pelo modo de percebê-la. Por exemplo, para o campo filosófico, a Justiça é compreendida como moral; já para a axiologia, ela é um valor²⁰⁷.

a) Sentido axiológico de Justiça

No sentido axiológico, como se referiu anteriormente, a Justiça é compreendida como um valor, sentido que é adotado neste trabalho. Para tal sentido, como especifica Jair

²⁰³ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12-13.

²⁰⁴ GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). *Direito em questão: aspectos principiológicos da justiça*. Campo Grande: UCDB, 2001, p. 25.

²⁰⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, p. 9.

²⁰⁶ GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo, p. 25-26.

Gonçalves, a Justiça deriva da essência do homem e só é alcançada quando visualizada num contexto de dar a cada um o que lhe é devido. Para tanto, deve-se observar uma certa igualdade, que também deve ser buscada na essência do homem e transferida à sociedade e à ciência²⁰⁸. Essa tarefa, no entanto, não é fácil, pois a igualdade é relativizada, tanto que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal brasileira prevê que “Todos são iguais perante a lei [...]”, originando uma igualdade fictícia, em que se tratam igualmente os desiguais.

Nos Estados, onde primeiro surgiu a idéia da ampliação do acesso à Justiça, houve a tentativa de amenização dessa problemática, adotando-se como fundamento de igualdade a igualdade substancial, ou seja, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Esse tipo de igualdade, entretanto, vai de encontro à igualdade formal, aquela que possui na letra fria da lei as diretrizes determinantes das igualdades²⁰⁹.

b) O princípio da isonomia como parâmetro de igualdade

A igualdade formal enunciada pelo princípio da isonomia, como afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “oferece na sua aplicação à vida inúmeras e sérias dificuldades”²¹⁰, isso porque a sua observância integral legitima injustiças por se dar tratamento igual aos que se encontram em situações desiguais. Esse autor, ainda, sustenta que “a justiça que reclama tratamento igual para os iguais pressupõe tratamento desigual dos desiguais. Ora, a necessidade de desigualar os homens em certos momentos para estabelecer, no plano fundamental, a sua igualdade cria problemas delicados que nem sempre a razão humana resolve adequadamente”²¹¹.

Boaventura de Sousa Santos reforça essa idéia proclamando que “a igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos, uma confrontação que em breve se transformou num vasto campo de análise sociológica e de inovação social centrado na questão do acesso diferencial ao direito e à justiça por parte das diferentes classes e estratos sociais”²¹².

²⁰⁷ GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo, p. 25-26.

²⁰⁸ GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo, p. 32.

²⁰⁹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29-30.

²¹⁰ Apud NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 29-30.

²¹¹ Apud NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 29-30.

²¹² SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 43.

É fato que o princípio da isonomia, como teoria, é relevante, porém, mais que de teorias, há a necessidade de medidas práticas. José Renato Nalini, com relação à análise prática da igualdade, orienta que,

Perante o Judiciário, não parece verdadeiro que todos sejam efetivamente iguais. A partir da exigência de um profissional que a Constituição considera indispensável à administração da justiça – art. 133 – constata-se que o despossuído em regra não consegue se fazer representado por jusperito de talento. E se o Estado é obrigado a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – inciso LXXIV do art. 5º da Constituição da República –, na prática o nomeado se desincumbe formalmente do encargo, longe de ombrear-se com o empenho do advogado constituído²¹³.

Além disso, a História demonstra que, sob a ordem de dar a cada um o que lhe é devido, algumas injustiças foram legitimadas. É o que se observa com os nazistas, que se julgavam superiores às demais raças. O massacre era justificado, como se observa nas exposições de Luiz Fernando Cabeda:

No pórtico da sede operativa principal do DOI/CODI²¹⁴, [nos anos 70] em São Paulo, poderia ser escrita a divisa que ainda consta no campo de concentração de Buchenwald: *Jedem das Seine!* (A cada um o que merece!). Ao contrário dos outros campos de extermínio nazistas, onde costumava ser inscrita a exaltação *arbeit macht frei* (O trabalho torna livre), um verdadeiro deboche à escravidão que era ali praticada, no campo de Buchenwald havia sido encontrada uma fórmula mais refinada, e mais sinistra, de dizer que a morte e o sofrimento programados decorriam de um merecimento, *a cada um a vida que lhe cabe*, numa transcrição mais literal, *a cada um o seu*²¹⁵.

A Justiça, como se constata, é de difícil valoração, sendo ela subjetiva e ideológica, pois o que pode parecer justo para uma pessoa para outra pode não ser. Esse paradoxo, que se encontra desde os primórdios humanidade, tem na literatura a procura incessantemente por algo que se aproxime de uma definição ideal. É o que se procura demonstrar a seguir, nas idéias de Jair Gonçalves:

Em suma, a justiça exige que a realização dos valores sociais que caem dentro do âmbito do jurídico guarde a proporção harmônica que requer a estrutura hierárquica dos valores. Uma relação jurídica supõe uma situação participante de uma multidão de sentidos ou conexões estimativas que têm relação com o Direito, visando sempre a busca da igualdade. Nos elementos de uma vinculação social se encarnam vários valores; a justiça exige que o Direito regule essa situação de tal maneira que entre as concretizações de valores encarnadas em cada sujeito se realize a proporcionalidade que existe, objetivamente, entre esses valores²¹⁶.

²¹³ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 30.

²¹⁴ Departamento de Operações e Informações (DOI) do Centro de Operações de Defesa Interna (CODI).

²¹⁵ CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza**: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário. São Paulo: Esfera, 1998, p. 44.

²¹⁶ GONÇALVES, Jair. **A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo**, p. 34.

Compreende-se, portanto, que a Justiça para esse último autor emana de uma proporcionalidade de valores, com o objetivo de se chegar a uma igualdade.

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

[A] justiça [é] como um sistema de cooperação de escala social que se apóia nesse sentido restrito de reciprocidade ou de equidade. A justiça consistiria na “equidade nos termos que governam um sistema de reciprocidade das dimensões da sociedade. O sistema consiste em cada pessoa dar apoio à estrutura social básica e dela retirar benefícios. O cidadão de uma sociedade bem-ordenada é motivado a reciprocitar benefícios, e essa motivação geral torna-se a motivação para se conformar às normas que ele considera equitativas²¹⁷.

Essa concepção é denominada por Gibbard de “justiça com reciprocidade”, surgindo como alternativa à “justiça como benefício mútuo” e à “justiça como imparcialidade”²¹⁸.

Ressalta Olinto A. Pegoraro que, “para J. Rawls, a justiça não será nem aristotélica (justiça como virtude) e nem kantiana (a justiça como direito), mais [sic] será um princípio fundante e ordenador da sociedade”²¹⁹.

John Rawls coloca a pessoa como figura central e intocável, afirmando que os direitos e valores sociais são sempre inegociáveis, e a inviolabilidade de cada pessoa tem sua defesa fundada na justiça, que não pode ser violada, mesmo em nome do bem-estar do conjunto da sociedade²²⁰. “Por este motivo, a justiça proíbe que a perda da liberdade de alguns possa ser justificada pela obtenção de uma maior vantagem para todos os outros”²²¹. Para esse autor, portanto, o direito individual está acima do direito social, e esse deve ser garantido para que possa ser concretizada a Justiça.

Em resumo, o pensamento central de John Rawls dá-se da seguinte forma:

Cada pessoa deve ter direito ao sistema mais largo de liberdade de base iguais [sic] para todos, compatíveis com o sistema similar para todos os outros; 2. As desigualdades sociais e econômicas devem ser tais que (a) nos limites de um justo princípio de poupança, garantam a maior vantagem possível aos menos favorecidos e (b) sejam ligadas à tarefas [sic] e posições acessíveis a todos em função de uma justa igualdade de oportunidades²²².

²¹⁷ Apud VITA, Álvaro de. Duas interpretações da motivação moral. In: FELIPE, Sônia T. (Org.). **Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas** (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998, p. 67.

²¹⁸ VITA, Álvaro de. Duas interpretações da motivação moral, p. 67.

²¹⁹ PEGORARO, Olinto A. Justiça e utilitarismo: os pactos sociais. In: FELIPE, Sônia T. (Org.). **Justiça como equidade: fundamentação e interlocuções polêmicas** (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998, p. 335.

²²⁰ PEGORARO, Olinto A. Justiça e utilitarismo: os pactos sociais, p. 336.

²²¹ PEGORARO, Olinto A. Justiça e utilitarismo: os pactos sociais, p. 336.

²²² PEGORARO, Olinto A. Justiça e utilitarismo: os pactos sociais, p. 336.

Relevante parece, após essas noções introdutórias, diferenciar-se Justiça de jurisdição. Enquanto a primeira pode ser entendida como a satisfação das partes com relação à solução da pretensão requerida, saneando-se todas as possíveis divergências criadas pelo litígio, a jurisdição nada mais é do que dizer o direito, dar a solução ao caso proposto, sem, no entanto, preocupar-se necessariamente com o contentamento ou satisfação das partes.

Horácio Wanderlei Rodrigues ressalta que, atualmente, não mais se deve pensar em jurisdição “como mera atividade de aplicação do direito, na tradicional visão da separação dos poderes de Montesquieu”²²³, mas sim “incorporada contemporaneamente em um estado intervencionista e que possui função social”. E conclui que “sua atividade deve ser voltada ao cumprimento dos objetivos fixados pelo Estado no qual está inserida; na fixação desses é indispensável levar em consideração as necessidades e aspirações da sociedade. É esse elemento que lhe confere legitimidade”²²⁴.

Denota-se daí que o que se tenta, atualmente, é a satisfação das partes com a solução dada e preservação das relações interpessoais surgindo, então, uma nova modalidade de Justiça, pois não cabe mais os sentidos antes atribuídos a essa. Procura-se outra essência à palavra: a noção coexistencial.

c) O novo contexto de justiça: a justiça coexistencial

Atualmente, surge no contexto social uma nova idéia de Justiça, a justiça coexistencial, idéia essa que compreende, no âmbito do Poder Judiciário, o mais alto nível de Justiça: a resolução da totalidade da lide com a preservação das relações interpessoais e sociais. Essa nova idéia “afasta da Justiça tradicional muitos conflitos para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas”²²⁵. Essa justiça tradicional originou-se de uma cultura ocidental, que tem como escopo anunciar um vencedor e um vencido, obtendo, disso, um fator negativo: a dissolução do vínculo social, principalmente em grupos de convivência permanente (vizinhança, bairro, igreja, família, trabalho, etc.), como traduz

²²³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 24.

²²⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*, p. 24.

²²⁵ CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (Org.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju: OAB, 2000, p. 108-109.

Mauro Cappelletti²²⁶. Esses grupos são denominados de instituições integrais por J. S. Fagundes Cunha²²⁷.

O novo enfoque de tratamento da resolução desses conflitos advém do contexto em que a via tradicional de solução da litigiosidade não tem se manifestado como a melhor forma de satisfazer essas pretensões, viabilizando, com isso, o aparecimento de uma nova noção de Justiça, que, no atual momento, denomina-se justiça coexistencial ou conciliatória. Essa justiça não tem base na polarização do processo judicial, como explicava Cláudio Vianna de Lima, por ser “tendente à obtenção de consenso, antes do que uma condenação, evitando o acirramento de ânimos entre pessoas que tenham que persistir convivendo, coexistindo na mesma comunidade, no mesmo meio”²²⁸. E observa Mauro Cappelletti que,

[...] embora nos dois últimos séculos, pouco mais ou menos, as civilizações ocidentais tenham glorificado o ideal de lutar pelos direitos de cada qual (o famoso Kampf ums Recht de JHERING), conviria admitir que, em certos setores, um enfoque diferente a que costumamos chamar “Justiça coexistencial” – pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à Justiça²²⁹.

Esse tipo de justiça está mais destinada a remendar o litígio e não a decidir e definir, isso com o objetivo de aliviar as situações, vislumbrando um valor maior: a preservação de um bem durável, a preservação da convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas. Essa preocupação não é inerente à justiça tradicional, que “olha mais para o passado do que para o futuro”²³⁰, diferentemente da justiça coexistencial, que se preocupa com a conservação das instituições integrais. Conforme salientou J. S. Fagundes Cunha,

A fuga de tais comunidades ou instituições (*voidance*), se não é impossível, pelo menos importaria em custos extremamente pesados, inclusive o custo psicológico do isolamento ou da transferência para outro bairro, outra escola, outro trabalho, etc. Nas relações familiares, mesmo com a ruptura da separação ou do divórcio a discussão, como enfrentamento (e não como conciliação de interesses - diferente de reconciliação), agrava a discórdia e alimenta as variáveis do distanciamento e dificuldades psicológicas futuras de comunicação entre os envolvidos nas questões²³¹.

²²⁶ Apud CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano, p. 111.

²²⁷ CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002.

²²⁸ LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**, p. 21.

²²⁹ Apud CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano, p. 108.

²³⁰ CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002.

²³¹ CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002.

Nesse contexto, antes da luta pelo direito, deve-se lutar pela equidade, “por uma solução justa e aceitável por todos os contendores. Nessas situações [de necessidade de manter as relações interpessoais], aquela busca da verdade para se saber quem teve razão e quem não teve razão (no passado), deve encaminhar-se para a busca de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro), sempre no interesse das próprias partes”²³².

A noção de Justiça está intimamente ligada ao seu acesso, pois de nada adiantaria seu asseguramento sem uma maneira hábil de torná-la aplicável e possível. Essa noção, de acesso à Justiça, será tratada no tópico 2.1.3 deste capítulo.

2.1.2 Surgimento da justiça estatal como jurisdição

A Bíblia (Deuteronômio, capítulo XVI versículo 18) cogita a organização judiciária acessível a todos e pronuncia o seguinte: “Constituirás juízes e escribas para tuas tribos, em todas as cidades que o Senhor, teu Deus, te concedes; e eles exercerão com justiça sua jurisdição sobre o povo”²³³. Observa-se, assim, que a noção de Justiça foi incutida desde os primórdios dos tempos, de tal modo que sua observância era necessária para que a decisão fosse aceita pelas partes.

A jurisdição estatal, método solucionador de controvérsias posterior à arbitragem, surgiu com a organização política da sociedade (*polis, civitas*, império), que tornou o Estado responsável pela administração da Justiça, que passa, portanto, a ser uma função pública. Como especifica José Roberto Dromi, “passa essa de justiça privada para subestabelecida como função estatal autônoma”²³⁴. Ele ainda ressalta que, “a partir daí, se administra a justiça em nome do ‘Rei’, do ‘Povo’, da ‘República’, da ‘Nação’ ou do ‘Estado’, segundo a inspiração ideológica dos distintos regimes políticos”²³⁵.

O Estado, por sua vez, transmite o poder-dever de dizer o direito ao magistrado, função que anteriormente pertencia ao árbitro. O título de magistrado, na cidade-estado grega, “era dado a um cidadão que exercesse algum tipo de poder de comando, civil ou militar, no

²³² CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002.

²³³ Cf. Tradução ecumênica da Bíblia. Disponível em: <http://cf6.uol.com.br>. Acesso em: 19 jan. 2002. e GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**, p. 22.

²³⁴ DROMI, José Roberto. **El poder judicial: en la constitución, en la crisis, en la democracia**. Tucumán-Argentina: UNSTA, 1982, p. 21.

²³⁵ DROMI, José Roberto. **El poder judicial: en la constitución, en la crisis, en la democracia**, p. 21.

interesse público”²³⁶. Aristóteles registra que o magistrado podia ser escolhido por eleição ou por sorteio, não havendo exigência de conhecimentos especializados para desempenhar a profissão, e que o cargo podia ser exercido em caráter temporário ou vitalício²³⁷.

Dalmo de Abreu Dallari ressalta que

A magistratura poderia ser um órgão constituído de uma só pessoa ou um colegiado, mas em qualquer hipótese o magistrado ou o colégio de magistrados encarregado de solucionar conflitos não tinha iniciativa e suas atribuições não iam além da busca de superação dos dissensos nos casos e nas situações que fossem submetidos à sua decisão²³⁸.

O processo de escolha dava-se conforme o sistema político vigente. No sistema oligárquico, por exemplo, só os membros da classe dominante podiam ser magistrados; já nos sistemas democráticos, qualquer cidadão podia ser nomeado magistrado ou participar do processo de seleção destes²³⁹.

Os romanos também passaram pela evolução dos meios de soluções de controvérsias. O poder de julgar que, no princípio, era “dever” do rei passou às mãos dos cônsules, que o repartiram com outras autoridades dispersas pelo vasto território romano²⁴⁰. Desse modo, as soluções de litígios que, durante mais de dois séculos, eram atribuídas aos sacerdotes, na época da realeza e na sucessiva constituição política republicana, dão espaço aos magistrados públicos (*magistratus publici populi romani*), que passaram a ser responsáveis por decidir as lides trazidas a seu conhecimento²⁴¹. Esclarecem Tucci e Azevedo que,

Pressupondo, então, que o processo arcaico tenha-se desenrolado integralmente frente a uma única autoridade: o *rex, magister populi*, com o andar dos tempos, em decorrência do rápido desenvolvimento da riqueza, do comércio e de outros setores da vida social de Roma, os litígios privados tornam-se sempre mais complexos e numerosos reclamando a criação de magistraturas com específicas funções jurisdicionais²⁴².

Uma dessas manifestações do poder público para solucionar os litígios foi o *ordo iudiciorum privatorum*²⁴³, conhecido no período arcaico e no clássico. Pertencente ao

²³⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 9.

²³⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 9.

²³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 9.

²³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 9.

²⁴⁰ GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**, p. 26.

²⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 43.

²⁴² TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 43.

²⁴³ Mais informações sobre o instituto do *ordo iudiciorum privatorum*, vide Capítulo I, 1.1.4.

processo formular²⁴⁴, ele se caracterizava por duas fases processuais distintas: *in iure* e *apud iudicem*. A primeira dava-se perante o magistrado, também chamado de pretor; autoridade pública, cuja função era organizar a controvérsia, “transformando o conflito *real* num conflito *judicial*”²⁴⁵. Ressalta-se, no entanto, que a sua função era apenas a de administrar a Justiça e não a de julgar o caso concreto. Por fim, a segunda fase, denominada de *apud iudicem*, era a fase decisória do litígio e se desenvolvia perante um juiz (*iudex*) ou árbitro (cidadão particular)²⁴⁶. No entanto, nem o pretor nem o juiz eram juristas (jurisperitos, jurisconsultos, jurisprudentes), de modo que esses últimos não faziam parte do aparelho judicial, apesar de colaborarem de diversas maneiras com aqueles²⁴⁷.

O *ordo judiciorum privatorum* foi substituído por uma nova fase, iniciada no século III d.C. e nomeada de *cognitio extra ordinem* ou *cognitio extraordinaria*²⁴⁸. De início, entretanto, a *cognitio extra ordinem* surge ao lado do processo formular sem substituí-lo completamente²⁴⁹.

Essa fase consistiu na extensão das atribuições do pretor a áreas que até então não lhe eram reservadas, passando esse a ocupar o espaço que, anteriormente, cabia ao árbitro²⁵⁰. Como se pode observar, a modificação mais importante ficou a cargo da unificação das instâncias, de modo que o que era obrigatoriamente bipartido passou a ser do início ao fim administrado por uma única autoridade estatal²⁵¹.

Como ressaltam Cintra, Grinover e Dinamarco, “passou este [o pretor] a conhecer ele próprio do mérito dos litígios entre os particulares, proferindo sentença inclusive, ao invés de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que o fizesse”²⁵². Ao magistrado, a quem antes era reservado apenas o parecer jurídico (*sententia*) de um simples cidadão autorizado pelas

²⁴⁴ O processo formular é o ambiente do desenvolvimento da jurisprudência clássica, que continuará florescendo até o século III d.C. Criado pela *Lex Aebutia* (c. 149-126 a.C.), redefinido pela *Lex Julia*, de 17 a.C. (principado de Augusto). Esse processo tinha como personagem central o pretor urbano (magistratura criada em 367 a.C.) e o peregrino (criada em 242 a.C.), que remetiam o julgamento a um juiz (*iudex*) ou árbitro privado. Vigorou na República tardia e no Principado, caindo em desuso com o aumento do poder do imperador e sua burocracia. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 47.

²⁴⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 47.

²⁴⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 47.

²⁴⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 47-48.

²⁴⁸ Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 23; e LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 47.

²⁴⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 53.

²⁵⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 23.

²⁵¹ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**, p. 48.

²⁵² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 23.

leis, fica então a responsabilidade de decidir o litígio de maneira completa, tendo comando vinculante de um órgão estatal, consubstanciando a atuação da autoridade do Estado (*ex auctoritate principis*)²⁵³.

Outra novidade da *cognitio extraordinaria* está na possibilidade de instauração de recurso. Como ressalta José Reinaldo de Lima Lopes,

Ao lado da forma tradicional de justiça, consistente na bipartição de tarefas pretor/juiz, surge esta forma concentrada. Para julgar no lugar do príncipe são criados delegados seus, assim como na administração das províncias e no cuidado de seu tesouro já se haviam instalado ‘funcionários’ ou agentes imperiais. Quando além do julgamento de casos que ele resolve avocar, o imperador também passa a ouvir queixas contra sentenças proferidas por outros, ouvindo apelos (*supplicatio*) ou recurso, a tarefa não é exercida por ele pessoalmente mas por algum membro de seu conselho, que se transforma em cúria e tribunal central do império. E nestas funções estarão presentes os juristas. O príncipe torna-se aos poucos o juiz supremo, tanto em matéria civil quanto penal, intervém a convite de um magistrado, funcionário, ou de um particular²⁵⁴.

A *cognitio extra ordinem* marcou, portanto, a transferência da justiça privada para a justiça pública. Com isso, “o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindido da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses”²⁵⁵, atividade essa que foi denominada de jurisdição.

Tucci e Azevedo ressaltam que para alguns autores a atividade jurisdicional *extra ordinem* não foi criada pelo direito romano. Sustentam esses que ela adveio de uma praxe judiciária seguida nas províncias, especialmente no Egito, que a utilizavam como modelo típico de processo. No entanto, Tucci e Azevedo, contrapõem essa idéia, asseveram que o início dessa atividade jurisdicional teria ocorrido “com a sua intervenção esporádica em qualquer fase ou momento processual, ao avocar para o tribunal imperial o litígio previamente submetido ao juiz natural, ou até mesmo revendo as decisões daquele”²⁵⁶.

Na *cognitio extraordinaria*, o recurso tornou-se facilitado por não haver mais um conflito de competências, que, até então, ocorria no *ordo judiciorum privatorum*, por motivo da subordinação, ou seja, da equivalência entre o pretor e o juiz, que concorriam conjuntamente para solucionar o litígio. Esse obstáculo não era mais encontrado pela *cognitio*, já que o julgamento dava-se por um delegado do imperador. O imperador, por sua vez, podia

²⁵³ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, p. 48.

²⁵⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*, p. 53.

²⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*, p. 23.

²⁵⁶ TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*, p. 138.

reavaliar e corrigir a decisão daquele delegado, já que era seu superior hierárquico, de tal forma que o julgamento proferido pelo príncipe consistia num decreto (*decretum*) ao caso concreto²⁵⁷.

Conclui-se, portanto, que duas foram as diferenças principais desse instituto com relação ao anterior processo formular: a centralização do juízo e a introdução da possibilidade de recurso.

A partir daí, como se observa, surge a jurisdição estatal que substituiu a justiça privada e a justiça de mãos próprias (autotutela), em que não mais estão autorizadas as partes a agir, restando a essas apenas “a possibilidade de **fazer agir**, provocando o exercício da função jurisdicional”²⁵⁸.

2.1.3 Conceito de Acesso à Justiça

Horácio Wanderlei Rodrigues ressalta que na literatura encontram-se dois sentidos fundamentais para a expressão “acesso à Justiça”. O primeiro dá ao significante “Justiça” o mesmo sentido e conteúdo que o de “Poder Judiciário”, tornando sinônimas as expressões “acesso à Justiça” e “acesso a esse poder”²⁵⁹. O segundo, por sua vez, segundo uma visão axiológica, “compreende o acesso a ela [Justiça] como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”²⁶⁰.

Acompanha-se, neste trabalho, a idéia proposta por Horácio Wanderlei Rodrigues e adota-se a expressão “acesso à Justiça” no segundo sentido, de tal forma que ela “não se esgota no acesso ao Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal”²⁶¹.

Capelletti e Garth apresentam dois aspectos do acesso à Justiça que servem para determinar as finalidades básicas do sistema jurídico. O primeiro aspecto diz respeito a ser o sistema jurídico de igual acesso a todos, e o segundo, o dever desse sistema de produzir os resultados que sejam individual e socialmente justos. Esses autores, no entanto, reconhecem a dificuldade de se chegar a uma definição consensual do termo²⁶².

²⁵⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**, p. 53.

²⁵⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**, p. 23.

²⁵⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**, p. 28.

²⁶⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**, p. 28.

²⁶¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**, p. 28.

²⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 8.

A idéia de acesso à Justiça, assim como outros institutos, passa por transformações ao longo do tempo. Esse termo, de forma específica, tem influências diretas das modificações sofridas pelo processo civil, de modo que o acesso à Justiça, atualmente, possui nova compreensão. Nos séculos XVIII e XIX, mais especificamente no período dos estados liberais burgueses, o “direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação”²⁶³; ou seja, teoricamente e “no papel”, todos os indivíduos eram iguais e possuíam o direito à Justiça. Mas também deveriam providenciar, por si mesmos, uma maneira de concretizar esse direito, visto que o Estado não tinha o dever e a obrigação de garantir esse acesso. Cada um agiria da melhor forma para ver seus direitos assegurados perante o Poder Judiciário, devendo, para tanto, afastar a “pobreza no sentido legal”, ou seja, a incapacidade que muitas pessoas possuíam de utilizar plenamente a Justiça e suas instituições²⁶⁴. Portanto, só tinha acesso à Justiça quem podia financiá-la, de tal forma que os que não eram agraciados financeiramente eram largados à própria sorte, sem obter a proteção do Estado e, conseqüentemente, a proteção de seus direitos. Desse modo, “o acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva”²⁶⁵, como afirmam Cappelletti e Garth.

Com as transformações da sociedade, houve também a mudança paradigmática do acesso à Justiça, havendo necessidade de tornar efetiva a acessibilidade dos direitos proclamados a todos, o que ocorreu com a valorização do caráter coletivo em detrimento do caráter individualista antes sistematizado. O marco desse acontecimento deu-se com a Declaração de Direitos Humanos movimento esse que se fez “no sentido de reconhecer os *direitos e deveres sociais* dos governos, comunidades, associações e indivíduos”²⁶⁶.

Quando se fala em acesso à Justiça, o objetivo direto é de tornar efetivo um dos principais e fundamentais direitos do cidadão: o de garantir seus direitos e não apenas garantir a sua propositura. Com relação à investidura do acesso à Justiça muito já foi feito, mas sobre à sua concretização ainda há muito o que se fazer. Já dizia Norberto Bobbio que “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”²⁶⁷, e enfatiza que,

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses

²⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 8.

²⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 9.

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 9.

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 10.

²⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se não são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados²⁶⁸.

E complementam Capelletti e Garth que “o acesso à justiça pode [...] ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁶⁹.

O acesso à Justiça é portanto algo mais complexo, representando mais do que o ingresso no processo e seus meios, indo além dos limites do acesso aos órgãos judiciais existentes²⁷⁰. Deve-se ir além do acesso garantido a todos pela Constituição Federal, deve-se alcançar o asseguramento dos direitos e garantias sociais fundamentais, mas não só isso. Deve-se também garantir o acesso a uma “ordem jurídica justa”, na expressão de Kazuo Watanabe²⁷¹.

E como ainda exclama Ada Pellegrini Grinover, “Acesso à Justiça! A significar não o simples ingresso, a entrada física de uma pretensão no Judiciário, mas, muito além, a assegurar a efetiva prestação da Justiça, como ideal, na justa composição da lide”²⁷².

Essa ordem jurídica justa, no entanto, não é tarefa fácil, como se pode deduzir. Ela se compõe de vários fatores, que por si só também implicam conceitos vagos. Há a necessidade de interpretações de preceitos constitucionais consagradores, de acordo com o princípio da efetividade ótima por parte do juiz; de uma densificação dos preceitos consagradores de direitos fundamentais de forma a possibilitar a sua aplicação imediata, designadamente nos casos de ausência de leis concretizadoras; e de uma contribuição para o cumprimento das imposições constitucionais, observados que sejam a especificidade e limites da sua competência funcional²⁷³.

E, além disso, para que haja uma efetividade perfeita de acesso à Justiça, no contexto de um dado direito substantivo, há a necessidade de uma “igualdade de armas”, necessidade essa que se pode denominar de fator externo ao sistema jurídico, fator que inviabiliza a afirmação e a reivindicação dos direitos.

Conclui-se, entretanto, como especificam Cappelletti e Garth, que “essa perfeita igualdade, naturalmente, é utópica. As diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas. A questão é saber até onde avançar na direção do objetivo

²⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, p. 25.

²⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 12.

²⁷⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*, p. 29.

²⁷¹ Apud RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*, p. 29.

²⁷² Apud LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*, p. 24.

utópico e a que custo. Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à Justiça podem e devem ser atacados?”²⁷⁴.

A mudança na noção de acesso à Justiça, portanto, começa a ser sentida. O que nos séculos XVIII e XIX consistia num direito assegurado, mas não facilitado pelo Estado, agora sofre transformações:

não se trata [mais] de um direito *concedido* pelo Estado, pois configura-se *dever* deste prover os meios à solução dos litígios e a pacificação social.

O dever de assegurar o acesso à justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes jurídicos, o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, uma justiça célere em prol do jurisdicionado²⁷⁵.

“Entretanto”, como ressalta Pedro A. Martins, “não podemos esquecer que a busca pela Justiça é processo sem fim, e a melhoria dos sistemas necessários à sua concretização é de natureza emergencial”²⁷⁶.

2.2 Acesso à Justiça e Demanda pelo Judiciário

A ampliação do acesso à Justiça, que teve seu início nos anos 60, com o aumento dos direitos civis, nos Estados Unidos, e, logo após, na América Latina, com o constitucionalismo, acabou por acarretar o abarrotamento das demandas do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o entrave da entrega da prestação da tutela jurisdicional. Boaventura de Sousa Santos observa que a crise no sistema judicial, nos países capitalistas, à primeira vista, “manifesta-se pela crescente incapacidade (em termos de falta de recursos financeiros, técnicos, profissionais e organizacionais) do sistema judicial para responder ao aumento da procura dos seus serviços”²⁷⁷.

Joaquim Tavares Conceição, por sua vez, anota que

Na prática essa ampliação se verificou através de uma postura mais humana dos operadores do direito, das reformas legislativas em prol de um processo mais efetivo

²⁷³ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, p. 44.

²⁷⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 15.

²⁷⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. *Acesso à justiça*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 4.

²⁷⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. *Acesso à justiça*, p. 4.

²⁷⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados*. *Direito e Avesso*. Boletim da nova escola jurídica brasileira, Brasília, ano II, n. 3, 1983, p. 139.

e instrumental e sobretudo na busca de soluções alternativas para solução de conflitos.

Com esse alargamento do caminho em direção à justiça um grande número de pessoas que tinham horror dos tribunais passaram a procura-los. Por isso a ampliação desse acesso tem agora o custo do grande número de processos pendentes sem decisão²⁷⁸.

Para melhor esclarecimento do aumento da demanda pelo Judiciário, passa-se a analisar a ampliação dos direitos civis, nos Estados Unidos, e o constitucionalismo na América Latina.

2.2.1 Os EUA e a Luta pelos Direitos Civis

Em vários países, principalmente nos Estados Unidos, as demandas sociais, como a dos negros, a dos estudantes, a dos consumidores e a das mulheres, foram relevantes para que houvesse a aceleração da transformação do Estado liberal no Estado-assistencial ou no Estado-providência, Estado “ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas”²⁷⁹, como conceitua Boaventura de Sousa Santos. O Estado-assistencial, além disso, oportunizou a expansão dos direitos sociais e a integração da classe trabalhadora à sociedade de consumo, mas, como consequência, teve o número de conflitos aumentados.

Diante de um novo quadro, com a modernização da sociedade, os novos meios de comunicação, a industrialização, a migração do campo para a cidade, o grande avanço tecnológico e conquistas trabalhistas, a sociedade passa a se reorganizar a partir das experiências trazidas pelos movimentos sociais. Modernamente, novos movimentos são incorporados à realidade social, e alguns representantes são as organizações não-governamentais (ONGs) e os movimentos sociais lideradas pela Igreja. Estes possuem a seguinte reivindicação: que a liberdade e a igualdade saiam do plano teórico e passem a fazer parte da vida real²⁸⁰.

Laura Nader demonstra o quadro da expansão dos direitos a partir dos anos 60 nos Estados Unidos e o consequente aumento de demanda.

Os anos 60 foram descritos como conflitantes, uma época em que vários grupos sociais nos Estados Unidos sentiram-se motivados a seguir adiante com suas propostas: direitos civis, direitos do consumidor, direito ambiental, direito da

²⁷⁸ CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano, p. 108.

²⁷⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça, p. 43.

²⁸⁰ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública, p. 25.

mulher, direito dos indígenas, etc. Também foi um período de críticas à lei e aos advogados em relações com temas de direitos e soluções. Porém num período de 30 anos, o país passou de uma preocupação por justiça a uma preocupação com a harmonia e eficácia, de uma preocupação com a ética do bem e do mal, uma ética de tratamento, com as correntes alternativas de resolução de disputa. Como ocorreu isso?²⁸¹.

Mas, como se ressaltou anteriormente, essas modificações tiveram um custo: os conflitos que emergiram das conquistas desses novos direitos transformaram-se em conflitos jurídicos, cuja solução cabia, em princípio, aos tribunais. Com essas conquistas, como destaca Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “é que o Poder Judiciário volta a ocupar lugar de destaque na busca para a realização dos direitos. Os assim chamados direitos sociais são objeto de conflito e necessitam de uma esfera estatal de conciliação e julgamento”²⁸².

Boaventura de Sousa Santos retrata esse quadro de maneira clara quando observou que

a integração das classes trabalhadoras (operariado e nova pequena burguesia) nos circuitos do consumo foi acompanhada e em parte causada pela integração da mulher no mercado de trabalho, tornada possível pela expansão da acumulação que caracterizou este período. Em consequência, o aumento da *pool* de rendimentos familiares foi concomitante com mudanças radicais nos padrões do comportamento familiar (entre cônjuges e entre pais e filhos) e nas próprias estratégias matrimoniais, o que veio a constituir a base de uma acrescida conflitualidade familiar tornada socialmente mais visível e até mais aceite através das transformações do direito de família que entretanto se foram verificando. E esta foi mais uma causa do aumento dos litígios judiciais²⁸³.

Alastrou-se com isso uma grande explosão de litigiosidade, e o Poder Judiciário não podia dar conta das demandas que lhe eram propostas. O quadro, no entanto, agrava-se no início da década de 70, quando a expansão econômica dá lugar a recessão. O resultado disso foi “a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior”²⁸⁴. Assume-se, assim, uma crise financeira do Estado que se propagou nas mais diversas áreas de atividade estatal, obtendo repercussão, inclusive, “na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a

²⁸¹ Apud CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002. "Los años 60 han sido descritos como confrontacionales, una época en que varios grupos sociales en Estados Unidos se sintieron motivados para pasar al frente con sus propuestas: derechos civiles, derechos de consumidores, derechos de medio ambiente, derechos de la mujer, derechos de los pueblos indígenas, etc. También fue un período de duras críticas a la ley y a los abogados en relación con temas de derechos y soluciones. Pero en un período de 30 años el país pasó de una preocupación por la justicia a una preocupación por la armonía y la eficiencia, de una preocupación por la ética del bien y del mal, a una ética de tratamiento, de las cortes a la Resolución Alternativa de Disputas. Como sucedió esto?"

²⁸² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 25.

²⁸³ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça**, p. 44.

²⁸⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução à sociologia da administração da justiça**, p. 43.

criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada”²⁸⁵. Verifica-se, portanto, um fator adicional à crise da administração da Justiça.

2.2.2 O Brasil e o Constitucionalismo

A partir da década de 70, ainda no período da ditadura, o Brasil passa a figurar entre os países que começam a sofrer os primeiros indícios de um movimento social que procura lutar pela igualdade social, pela cidadania plena e para trazer à tona a discussão dos problemas cotidianos vividos pela sociedade²⁸⁶.

Já nessa época podia se sentir os indícios da crise, tanto que, em 1974, um estudo vultoso foi empreendido pelo Supremo Tribunal por provocação do Ministro Eloy da Rocha ao então presidente da República, Ernesto Geisel.

Como explica Roberto Rosas,

Dizia o magistrado da impossibilidade da vida judiciária pelo excesso de processos, e de outras causas, acarretando a crise do Judiciário. Pediu, então, o Presidente da República um estudo da crise e a formulação das soluções. Então, o Supremo Tribunal encorajou-se no recolhimento de sugestões, que formaram cerca de noventa volumes, constituindo o mais sério levantamento do problema, e enviado ao Executivo. Nada foi feito, até que, o Presidente Geisel editou a Emenda Constitucional nº 7, de 13.4.1977, também apelidado de “Pacote de Abril”, porque viera no meio da crise institucional, que impôs o recesso do Congresso²⁸⁷.

Se naquele tempo já se sentiam os problemas decorrentes da demanda pelo Poder Judiciário, com a ampliação dos direitos, esses problemas se agravaram.

A Igreja, de igual modo que nos países desenvolvidos, teve papel importante na organização popular para a reivindicação dos direitos sociais. Aqui, essa bandeira começou a ser levantada com o desenvolvimento das Comunidades Eclesiais de Base, criadas no início da década de 70, com a Comissão Pastoral da Terra, em 1975, e a Comissão Pastoral Operária, de 1976, tendo destaque ainda o Movimento do Custo de Vida, que surgiu em 1973 e atingiu o seu ápice em 1978²⁸⁸.

Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro,

²⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da justiça, p. 43.

²⁸⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 43.

²⁸⁷ ROSAS, Roberto. Judiciário brasileiro: de 1969 ao final do século XX. In: NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: II – República**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000, p. 103.

²⁸⁸ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 43.

O refluxo do papel político da Igreja, nos últimos anos, é sobretudo sinal de que a sociedade civil, após a democratização, passou a se organizar e expressar pelos canais institucionais de participação política, e não mais por caminhos que eram alternativos à forte intolerância do regime militar com o movimento popular²⁸⁹.

Mas os movimentos sociais de acesso à Justiça, no Brasil, começaram a se intensificar, na realidade, com a transformação legislativa a partir da década de 1980.

O quadro político muda com a criação da Lei de Anistia e com a nova Lei Orgânica dos Partidos. Os movimentos sociais tomam força, sendo autorizada a defesa de diversas demandas até então caladas pela ditadura. Surge desse quadro o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, Movimentos Ecológicos e ONGs que defendem as mais diversas causas, e exigindo, entre outras demandas, “a efetivação de direitos fundamentais e sociais, enfim, uma vida digna e livre e, portanto, justiça, na sua acepção mais ampla e nobre”²⁹⁰. Prega-se o acesso à Justiça a todos, de forma igualitária e eficiente, e um sistema jurídico mais moderno, atuante, condizente com a realidade atual e mais perto das pessoas “comuns”.

Trabalhos e estudos científicos também trataram de matérias dessa ordem; e que se intensificaram, como se referiu anteriormente, com a incorporação, ao sistema legislativo do país, dos direitos requisitados pelos movimentos sociais.

Exemplo dessas modificações legislativas no plano do direito individual é a Lei n° 7.019, de 1982, que cria procedimento de arrolamento de bens por partilha amigável. Outro exemplo é a criação dos Juizados de Pequenas Causas, viabilizados pela Lei n° 7.244, de 7 de novembro de 1984, que veio a responder às exigências feitas pelos movimentos sociais. Esse juizado foi criado com o intuito de tornar a Justiça mais acessível às pessoas de menor poder aquisitivo; dar preferência ao método de conciliação extrajudicial do conflito; viabilizar o acesso ao Judiciário de causas de pequeno valor, que até então não eram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário; incentivar a participação popular nas resoluções de conflito; servir de meio informativo da defesa dos interesses gerais da população; e, por ser gratuita, rápida e efetiva, desafogar a justiça tradicional²⁹¹.

No âmbito do direito coletivo, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n° 6.938/81) foi um dos exemplos das modificações legislativas. Além disso, vários movimentos levantavam a defesa dos direitos difusos e coletivos, defesa essa foi atendida pela Lei n° 7.347, em 1985, que surge com a finalidade de assegurar o direito de intentar ação civil

²⁸⁹ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 43.

²⁹⁰ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 44.

²⁹¹ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, p. 45-47.

pública para proteger o meio ambiente, o consumidor, os bens e os direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico²⁹². Em 1989, com a promulgação das Leis nº 7.853 e nº 7.913, foi a vez, respectivamente, da proteção da tutela jurisdicional de interesses das pessoas portadoras de deficiência e da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores imobiliários. Pode-se citar, além dessas conquistas, outras como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078) ambos do ano de 1990. Além disso, foram criados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pela Lei nº 9.099/95, e a arbitragem tomou ordem própria, por meio da Lei nº 9.307/96. Algumas modificações foram inseridas no Código de Processo Civil, procurando tornar esse tipo de processo mais efetivo e rápido. E, por fim, houve mudanças nas instituições relevantes para o funcionamento da justiça: no Ministério Público, pela Lei Orgânica Nacional nº 8.625/93 e pela Lei Complementar nº 75/93; e no Ministério Público da União e na Defensoria Pública, pela Lei Complementar nº 80/94²⁹³.

No entanto, o apogeu da ampliação desses direitos se deu com a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88), denominada por Ulisses Guimarães de “Constituição Cidadã”, que teve influência significativa dos movimentos sociais, e “consagrando e alargando o âmbito dos direitos fundamentais, individuais e sociais, prevendo a criação de mecanismos adequados para garanti-los, especialmente no que se refere ao acesso à justiça [...]”²⁹⁴, como ressalta Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

Entre as matérias tratadas pela Constituição Federal de 1988, tratou-se de consagrar a igualdade material, garantindo, ao menos no papel, a redução das desigualdades sociais. Garantiu-se também a assistência judiciária gratuita aos necessitados e viabilizou-se a criação de juizados especiais para assuntos de menor complexidade nas áreas civil e criminal, nos casos de crimes de menor potencial ofensivo. Essa constituição viabilizou, ainda, a criação da justiça de paz; estendeu a ação civil pública a todos os direitos coletivos e difusos, e não só àqueles previstos na Lei nº 7.347/85; criou novos meios de defesa do interesse coletivo, tais como os mandados de segurança coletivo e de injunção; concedeu legitimidade aos sindicatos e entidades associativas para defenderem os direitos coletivos e individuais homogêneos de seus filiados; reestruturou e fortaleceu o Ministério Público, e reorganizou a Defensoria Pública²⁹⁵.

²⁹² Art. 1º da Lei nº 7.347.

²⁹³ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública, p. 48.

²⁹⁴ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública, p. 48.

²⁹⁵ CARNEIRO, Paulo. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública, p. 49-51.

A exemplo do que ocorreu com os Estados Unidos, no Brasil e nos países da América Latina o Poder Judiciário não mais conseguiu atender ao crescimento da demanda, originando uma crise, desencadeada pelo aumento da concessão de direitos, que prossegue até hoje.

Ao lado desses fatores, alguns índices justificam o aumento da demanda do Poder Judiciário e o descrédito que lhe advém desse problema.

2.2.3 Sobrecarga do Judiciário

A respeito da sobrecarga do Judiciário, alerta Sálvio de Figueiredo Teixeira que os jurisdicionados desconhecem a real dimensão da problemática do abarrotamento do Poder Judiciário. O autor observa que, no Brasil, tem-se um juiz para cada 25 mil a 29 mil habitantes. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, julga mais de 40 mil processos por ano, e o Superior Tribunal de Justiça, mais de 100 mil. Acrescenta ainda que “igualmente supercongestionadas estão as instâncias ordinárias”²⁹⁶.

Bryant Garth, por sua vez, também contribui com suas estatísticas, proclamando que

No triênio 93/94/95 os 33 Ministros do Superior Tribunal de Justiça apreciaram e julgaram 106.000 processos, restando pendentes, ainda assim, 51.000 medidas judiciais. Tal fato corresponde a uma média anual de 3.300 sentenças por Ministro ou 20 sentenças por sessão, para cada Ministro. O Supremo Tribunal Federal apresenta a mesma média, já que recebeu o equivalente a 1/3 do número de processos distribuídos ao STJ (aproximadamente 35.000 ações judiciais) e o Tribunal é composto por apenas 11 Ministros²⁹⁷.

Outros dados alarmantes são apresentados pelo autor:

Nas Justiças Federal e Estadual tramitam em torno de 8 milhões de processos (a metade corre nos foros de São Paulo), enquanto que a Justiça do Trabalho, somente no ano de 1994, recebeu 2 milhões de novas ações. Em março de 1997, o Tribunal Superior do Trabalho convocou dez juízes de Tribunais de segunda instância para, em tour de force, cooperar no julgamento dos processos que se acumulavam no TST: cerca de 100.000 ações trabalhistas²⁹⁸.

Esse crescimento recente, no entanto, pode ser relacionado com a ampliação do acesso à Justiça, observa-se que, “entre 1945 e 1954, em torno de 700 mil ações foram distribuídas na 1ª instância da Justiça do Trabalho. Nos dez anos seguintes, passaram a 1,6

²⁹⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Judiciário e as propostas de um novo modelo**. Disponível em: <www.solar.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2001; e TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Reforma do Judiciário: reflexões e prioridades. **Consulex**. Brasília, ano V, nº 112, 15 set. 1996, p. 38.

²⁹⁷ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 2-3.

²⁹⁸ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 2-3.

milhão. Na década de 80, o total alcançou 9 milhões de feitos. Esse mesmo número emplacou nos cinco anos iniciais da década de 1990, de acordo com o Instituto Liberal²⁹⁹.

Com o advento da ampliação de direitos, como se pode analisar, e com a conseqüente sobrecarga do Poder Judiciário em dar a prestação jurisdicional a esses novos direitos, houve o aparecimento da crise do Poder Judiciário, com os seus problemas contemporâneos. Esses fatores são agora analisados.

2.3 A Atual Crise do Judiciário

Em 1997, Régis de Oliveira observou que, na realidade, o cidadão distancia-se da Justiça por vários fatores: por essa ser alheia a seu centro geográfico de interesses, pelo cidadão não conhecer os seus direitos, pela morosidade da decisão, pelo alto custo da prestação jurisdicional, questões estas que se agravam por faltarem, segundo dados do Supremo Tribunal Federal, cerca de 28% de juízes no País³⁰⁰.

Isso se coaduna, ainda, com a idéia exteriorizada por um significativo segmento da sociedade de que a Justiça brasileira é “velha e antiquada, distante do povo, elitista, refletindo privilégios, não confiável, lenta, acomodada, cerceada, não acessível, não transparente, burocrática, não informatizada, desatualizada, ineficiente, desrespeitosa ao cidadão, instrumento eficaz de punição apenas contra os pobres etc.”³⁰¹, segundo pesquisa de opinião encomendada à “Salles Inter-Americana de Publicidade” pela Escola Paulista de Magistratura.

Tem-se percebido, com isso, que o acesso à Justiça tornou-se arcaico em relação à atual realidade contemporânea. O sistema jurídico não acompanha o progresso da sociedade, e em contrapartida, deixa, por vezes, lacunas na resolução dos litígios e não satisfaz os auspícios de uma prestação jurisdicional adequada e satisfatória, para o que deveria estar preparado o Poder Judiciário. Os problemas são abundantes, desde as custas elevadas até o tempo do processo, que não mais condiz com a velocidade da informatização.

Muitas causas são encontradas para esse “desserviço” prestado pelo Poder Judiciário. Essa expressão, desserviço, aqui utilizada é para se chamar a atenção de que, com a demora do Poder Judiciário de proferir suas decisões, acaba por afetar a noção de Justiça, pois, como

²⁹⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 2-3.

³⁰⁰ OLIVEIRA, Régis de. **O juiz na sociedade moderna**. São Paulo: FTD, 1997, p. 66-67.

³⁰¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 117.

já dizia Rui Barbosa, “A justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”³⁰².

O desgaste do acesso estatal à Justiça se coaduna com a crise do Poder Judiciário, que vem acumulando vários problemas ao longo dos tempos. Trata-se, aqui, de identificar os elementos básicos da crise do Judiciário. Vale ressaltar que, para Adel Al Tasse, não se poderia falar em crise do Poder Judiciário, pois para esse autor o Poder Judiciário sempre esteve em crise e não corresponde às expectativas da sociedade em todos os tempos. Para ele,

O Judiciário brasileiro não está em crise, e meros paliativos não são suficientes para fazê-lo funcionar novamente. É o modelo de Justiça brasileira que já não serve mais. Não se aceita mais o tipo estrutural do Estado brasileiro, que afasta o povo da administração da justiça, concentrando todo o poder nas mãos daqueles que, desde o Brasil colônia, detêm o poder político³⁰³.

Vários outros países, também, enfrentam essa realidade. Por exemplo, na Argentina, desde muito, tem-se observado a crise institucional do Poder Judiciário, onde, em termos de ordem normativa, há uma paulatina e progressiva debilitação e desierarquização desse poder, em que o plano do direito não condiz com o plano dos fatos³⁰⁴.

Os Estados Unidos, também, não estão imunes a essa crise. Segundo Arnold M. Zack,

Entre muitos problemas enfrentados pela maioria das nações está o crescimento da negação de prestação jurisdicional para um número crescente de cidadãos. Em muitos países, isto se justifica pela opressão governamental. Mas mesmo em nações democráticas, há uma crescente lacuna entre os direitos dos cidadãos e a capacidade de assegurar direitos. Nos Estados Unidos, o problema pode ser determinado pelo alto custo da representação legal, o crescimento da complexidade e litigiosidade dos processos legais e os recursos financeiros limitados dos cidadãos teoricamente protegidos por essa legislação³⁰⁵.

Após essa brevê introdução, abordam-se, agora, alguns tópicos mais pontuais do estudo dos problemas contemporâneos que agravam a crise do Poder Judiciário e que, conseqüentemente, afastam os indivíduos da busca da jurisdição estatal para resolver os seus litígios.

³⁰² BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Disponível em: <www.jahr.org/nel/rui>. Acesso em: 19 jan. 2002.

³⁰³ TASSE, Adel Al. *A “crise” no Poder Judiciário*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 43-44.

³⁰⁴ DROMI, José Roberto. *El poder judicial: en la constitución, en la crisis, en la democracia*, p. 31.

³⁰⁵ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 1.

“Among the numerous problems facing most nations is a growing denial of legal justice to an increasing number of its citizens. In many countries, this may be traceable to governmental oppression. But even in democratic nations, there is a growing gap between the rights of citizens and the ability to secure legal protection for those rights. In the United States, the problem can be traced to the high cost of legal representation, the increasing complexity and litigiousness of the legal process and the limited financial resources of the citizens allegedly being protected by such legislation”.

Começa-se a exposição dos problemas relativos à crise do Poder Judiciário com uma citação de Vítor Barboza Lenza, que retrata o infeliz estágio em que se encontra o sistema jurídico: “O Poder Judiciário fez pouco nesse período para minorar as dificuldades ao acesso judicial, possibilitando ao aforismo popular asseverar que, da época áurea do direito romano até os dias contemporâneos, a melhoria que conseguiu introduzir foi a máquina de escrever”³⁰⁶.

Os problemas foram divididos neste estudo em: fatores diretamente ligados ao Poder Judiciário e fatores externos ao Judiciário. Isso por se entender que, metodologicamente, seriam mais bem compreendidos os fatores determinantes dessa crise.

2.3.1 Fatores diretamente ligados ao Poder Judiciário

Há fatores da crise com os quais o Poder Judiciário contribui de maneira imediata com a sua formação. Eis os mais importantes:

a) Morosidade

“O tempo é algo mais do que ouro: é justiça!”³⁰⁷, assinala Eduardo Couture. Mediante esse alerta, começa-se a revelar a atual fase em que se encontra a Justiça contemporânea.

Para se chegar a uma decisão exequível, as partes, na maioria das vezes, têm que esperar dois, três anos, ou mais, quadro que se mostra mais alarmante se se somarem a esses dados os índices de inflação que tornam ainda mais devastadores esse contexto. Isso porque “ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito”, denunciam Cappelletti e Garth³⁰⁸.

Alguns fatores contribuem para a morosidade do Judiciário. A grande demanda é um desses fatores³⁰⁹; a falta de agilidade dos atos de comunicação é outro. José Renato Nalini ressalta que “os atos de comunicação não primam por rapidez e eficácia. O fluxo dos papéis e

³⁰⁶ LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação**. Goiânia: AB, 1997, p. 20.

³⁰⁷ Apud ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (Org.). **Inovações no processo civil**. Aracajú: OAB/SE, 1999, p. 27.

³⁰⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 20.

³⁰⁹ Vide Capítulo II, 2.

o ritmo do processo são de lentidão exasperante. Principalmente se considerando a imersão da sociedade mundial numa era de informação, em que a comunicação se dá de maneira instantânea, em qualquer parte do globo³¹⁰.

O tempo do processo, portanto, não mais condiz com o tempo real das comunicações, transações, das relações interpessoais. Atualmente, torna-se comum, com a informatização, ter-se em poucos segundos a realização de transações comerciais com partes de diferentes lugares do planeta. José Renato Nalini salienta que “as fronteiras estão desaparecendo nesta *era da informação*, em que tudo o que acontece na Terra é imediatamente divulgado, em tempo real, para os mais longínquos rincões”³¹¹.

A área comercial é a que tem mais sofrido com essa morosidade. É fato que as distâncias têm se encurtado, as relações se intensificado e que o Poder Judiciário não tem conseguido acompanhar esse avanço, costumeiramente prejudicando o advento de novas transações, por haver um descrédito sobre a eficácia do Poder que deveria solucionar os problemas resultantes dessas transações. Cézar Fiúza esclarece que “o exercício da mercancia é dinâmico. Não pode e não deve ser embaraçado pela lentidão do processo”³¹². Esse autor também coloca o seguinte: “muito bem nos lembra Theóphilo de Azevedo Santos que uma das características do Direito Comercial é a simplicidade. Não comporta, pois, regulamentação rígida. A freqüência e velocidade das transações mercantis reclamam o abandono do formalismo”³¹³.

Portanto, a insegurança no convívio social é consequência direta dessa demora na prestação jurisdicional, que cria um estado de paralisação e indignação, propiciando um distúrbio social e um estado de incerteza, que causa injustiça não só aos contentores mas a toda a sociedade. Henri Clay Santos Andrade acrescenta que isso causa uma descrença tal que “desestimula o cidadão de acionar o Estado em busca da tutela jurisdicional, fato que redundando em uma autêntica restrição de acesso à justiça”³¹⁴, e conclui que, atualmente, “o valor tempestividade ascende ao mesmo patamar de importância do valor segurança, para o fim de efetivamente prestar uma tutela jurisdicional justa e de utilidade prática”³¹⁵.

Como exaustivamente ressaltou-se neste trabalho, o acesso ao Judiciário é providencial para que o direito à Justiça seja resguardado. É necessário, enfim, que esse

³¹⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 63.

³¹¹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 28.

³¹² FIUZA, Cézar. **Teoria geral da arbitragem**, p. 25.

³¹³ FIUZA, Cézar. **Teoria geral da arbitragem**, p. 25.

³¹⁴ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 20.

acesso seja instrumento capaz de atender ao exercício pleno da cidadania, e isso se torna inconciliável com a morosidade para a prestação da tutela jurisdicional. Diante disso, o Poder Judiciário mostra-se vulnerável por não atingir a estabilidade e a agilidade que lhe devia ser inerente, e, conseqüentemente, padece de uma ilegitimidade advinda da descrença popular, surgida em geral por esse não ser eficaz na sua função peculiar de distribuir a Justiça. “E, tornando-se ilegítimo, perece o seu fundamento de existência em um Estado constitucionalmente programado para a prática democrática”³¹⁶, como declara Henri Clay Santos Andrade.

A preocupação com o tempo da prestação jurisdicional é tão veemente que a Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível³¹⁷.

O que se deseja, no entanto, é que haja uma razoabilidade do tempo na decisão da lide, que, no entender de Henri Clay Santos Andrade, “consiste em prover a decisão pautada na racionalidade do contraditório, em que o agente do Estado – o juiz – tenha o poder-dever inquisitório para tornar o processo um instrumento jurídico menos complicado e mais célere”³¹⁸.

Heitor Beltrão, em 1922, já dizia que “o único prejuízo irreparável pela humanidade do século XX é, a não ser a morte, a perda de tempo. Na era vertiginosa, em que as distâncias se encurtam e a vida diminui em extensão o que cresce em intensidade, desperdiçar dias é suicidar-se lentamente”³¹⁹.

b) O surgimento de novos direitos

Outro problema encontrado pelo Judiciário é a dificuldade de adaptação às novas realidades da sociedade. A sociedade tem avançado mais do que o direito pode acompanhar. O sistema jurídico brasileiro, baseado em pilares positivistas, entrava muito a decisão dos litígios. Não existem normas específicas para todas as situações e, apesar de o Código Civil autorizar tanto a aplicação da analogia, do costume e dos princípios gerais do direito e, em

³¹⁵ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 28.

³¹⁶ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 27-28.

³¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 20.

³¹⁸ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 19.

casos específicos, quanto o uso da equidade, outra barreira é encontrada: a mentalidade do juiz. O juiz não foi acostumado a libertar-se do vínculo legal, ou seja, de considerar que por trás de sua sentença não há uma norma que justifica o seu ato. É o que especifica Dalmo de Abreu Dallari,

A primeira grande reforma que deve ocorrer no Judiciário, e sem dúvida a mais importante de todas, é a mudança de mentalidade. Embora se tenha tornado habitual, na linguagem comum do povo, a referência ao Judiciário como sendo “a Justiça”, o fato é que na grande maioria das decisões judiciais, sobretudo dos tribunais superiores dos Estados e do país, fica evidente que existe preocupação bem maior com a legalidade do que com a justiça³²⁰.

E em outro trecho ressalta que

Ainda é comum ouvir-se um juiz afirmar, com orgulho vizinho da arrogância, que é “escravo da lei”. E com isso fica em paz com sua consciência, como se tivesse atingido o cume da perfeição, e não assume responsabilidade pelas injustiças e pelos conflitos humanos e sociais que muitas vezes decorrem de suas decisões. Com alguma consciência esse juiz perceberia a contradição de um juiz-escravo e saberia que um julgador só poderá ser justo se for independente. Um juiz não pode ser escravo de ninguém nem de nada, nem mesmo da lei³²¹.

Eugenio Raúl Zaffaroni, de outro modo, anota que “não deve ele [o juiz] se valer da lei como texto, mas, além das metodologias jurídicas sempre discutíveis, para enfrentar a conflitualidade de nossas sociedades, deve incorporar dados da realidade, não lhe bastando o tão desgastado ‘sentido comum’ e, embora não o queira, não pode escapar de uma valoração desses dados”³²².

Enquanto não solucionado esse problema, isso cria um obstáculo ao desempenho do Judiciário, visto que diariamente se vê o surgimento de novos direitos e, conseqüentemente, de novos conflitos. Contemporaneamente, pode-se citar o aparecimento de controvérsias na área ambiental, na biotecnologia, na bioética, na área da informatização, questões a respeito dos interesses relativos à internet, além de outros inerentes à pessoa humana e conhecidos de muito tempo, tais como as questões de proteção ao menor, da preservação do casamento, das garantias recíprocas dos concubinos, e deles para com seus filhos, da maternidade da mulher

³¹⁹ Apud LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*, p. IX - X.

³²⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*, p. 80

³²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juizes*, p. 80.

³²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 85.

solteira, do controle da natalidade, e mesmo da igualdade e de direitos e deveres da esposa e do marido que ainda hoje não encontraram solução adequada³²³.

c) Custas processuais

Tanto o pagamento de taxas quanto o pagamento dos honorários advocatícios entram no contexto de custas processuais. Declara Vítor Barboza Lenza que

A justiça é cara e esse refrão não é apanágio da justiça brasileira, uma vez que em quase todo o mundo o acesso judicial depende de boa disponibilidade financeira do postulante, seja com relação ao pagamento do trabalho das escrivânias, ou dos honorários dos peritos judiciais e de seus assistentes. Há que se levar em conta os efeitos da sucumbência, com determinação de pagamento de venda honorária ao advogado³²⁴.

A Constituição Federal, no seu art. 133, dispõe que é indispensável a presença de um advogado à administração da Justiça³²⁵. Apesar de a mesma Constituição, ainda, garantir no seu art. 134 a assistência judiciária aos necessitados³²⁶, sendo um direito fundamental como versa o art. 5º, LXXIV³²⁷, constata-se que não se tem garantido o princípio da igualdade, que deveria ser assegurado a todos, como prevê essa Constituição³²⁸.

Exemplo desse desequilíbrio da balança observa-se quando, “de um lado, situa-se empresa provida de infindáveis arsenais para um litígio que lhe convém, muita vez, institucionalizar em vez de pacificar. De outro, o indivíduo isoladamente considerado, carecedor de armas compatíveis para enfrentar a pugna, onde começa já na condição de perdedor”³²⁹.

José Renato Nalini questiona a necessidade de preparo para que um recurso seja recebido, pois é inerente ao sistema jurídico brasileiro o reexame das decisões judiciais, que dispõe fundamento constitucional para isso. Evidencia o autor, portanto, que o recolhimento de custas auxilia o prolongamento desnecessário das lides. E ressalta que, “se não se quiser eliminar de vez as custas, nada impede que venham a arcar com elas quando da sucumbência

³²³ CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 255.

³²⁴ LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação**, p. 23.

³²⁵ CF, art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

³²⁶ CF, art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

³²⁷ CF, art. 5º, LXXIV. O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

³²⁸ Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

³²⁹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 30.

os perdedores, excluídos os que, comprovadamente, ostentarem insuficiência de recursos, exatamente conforme consagrou o constituinte³³⁰.

Com o perfil socioeconômico do Brasil, onde 20% dos mais pobres detêm apenas 2% da riqueza, enquanto 20% dos mais ricos detêm 66%, pode-se constatar que o fim social e as exigências a que a aplicação da ordem jurídica deve atender não são concretizados. E surge a questão levantada por José Eduardo Faria: “fins sociais e bem comum na perspectiva de quem?”³³¹.

Nos EUA, torna-se evidente o alto custo para as partes, pois esse sistema Judiciário não obriga o vencido a reembolsar ao vencedor os honorários despendidos com seu advogado. Nos sistemas onde há o ônus da sucumbência ao vencido, como no Brasil, a situação, porém, não é diferente. Só quando o litigante tiver a mais absoluta certeza de que vencerá a demanda, ele deverá entrar com uma ação, pois, comparando-se os dois sistemas, o ônus para a parte vencida no sistema brasileiro pode vir a ser ainda maior que no sistema adotado pelos EUA, pois a parte vencida deve arcar com todas as despesas do processo³³².

No caso de causas de somas relativamente pequenas, a barreira dos custos é ainda maior, de tal forma que, se o litígio necessariamente tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem ultrapassar o montante da controvérsia, ou, como acrescentam Cappelletti e Garth, “se isso não acontecer, podemos consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade”³³³.

Ainda se pode constatar que “o elevado custo pecuniário do processo e a morosidade para a solução definitiva do litígio são fatos que distanciam o Estado da consecução dos seus fins, deslegitimando-o na medida em que desestimula o cidadão a educar-se para a constante procura do Poder Judiciário toda vez que haja ameaça ou violação ao seu direito e favorecendo, assim, o temerário estado de impunidade”³³⁴, como revela Henri Clay Santos Andrade.

³³⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 62.

³³¹ FARIA, José Eduardo. **Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado**. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994, p. 101.

³³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 17.

³³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 19.

³³⁴ ANDRADE, Henri Clay Santos. **A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública**, p. 22.

d) Sobrecarga do Poder Judiciário

O aumento da demanda, fator tratado anteriormente, é elucidado aqui para não ser esquecido como uma das maiores problemáticas que atinge o Poder Judiciário atualmente. O paradoxo é nítido: “o povo está distante da Justiça por causa do grande número de feitos submetidos à mesma Justiça”, analisa Walter Ceneviva. Ele conclui, ainda, que “o congestionamento – sinal mais exterior da grande crise – impede que qualquer processo tenha andamento normal”³³⁵.

e) Desaparelhamento pessoal e material e a burocratização do Judiciário

É fato que o Poder Judiciário não acompanhou a evolução dos tempos, e, como assegura Walter Ceneviva, alguns chegam a falar no esclerosamento da Justiça³³⁶. Carlos Mário Velloso justifica que isso acontece por haver um desaparelhamento dos órgãos judiciários, principalmente dos de primeiro grau, e ainda por ocorrer um excesso de formalismo provocado pelas normas procedimentais.

Carlos Mário Velloso demonstra que alguns fatores contribuem para o desaparelhamento do Poder Judiciário na primeira instância: o número deficiente de juízes; a existência de cargo vagos de juízes; a forma inadequada de recrutamento de novos magistrados; a inexistência de maior especialização em primeiro grau; a má qualidade do apoio administrativo destinado aos magistrados, especialmente nas grandes cidades; e o aumento na distribuição de processos, ano a ano³³⁷. O autor ainda ressalta que, entre estes fatores do desaparelhamento do Poder Judiciário, os cinco iniciais (ou seja, 86%) se relacionam com medidas de responsabilidade do Estado.

Mais um fator contribui para o mau desempenho do Judiciário: o excesso de formalidades e burocratizações. Dalmo de Abreu Dallari observa que “no Poder Judiciário as mudanças foram mínimas, em todos os sentidos. A organização, o modo de executar suas tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e até os trajes dos julgadores nos tribunais praticamente permanecem os mesmos há mais de um século”³³⁸. Mas ele revela que o mais grave ainda é a mentalidade do Judiciário que continua a mesma. No contexto dessa

³³⁵ Apud CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação, p. 259.

³³⁶ CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação, p. 259.

³³⁷ Apud CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação, p. 264-265.

³³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. O poder dos juízes, p. 5.

antiquada mentalidade, está “a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer que tem deficiências nem pode ser submetido a críticas, pois tamanha é a magnitude de sua missão que seus integrantes pairam acima do comum dos mortais”³³⁹.

Apesar de algumas mudanças já sentidas, surgidas da própria magistratura, há muito ainda para se fazer. Como observa José Renato Nalini, “a passividade já não se admite, cada operador jurídico – e sobretudo o juiz – há de encontrar alternativas para que a prestação jurisdicional não seja desencargo de uma operação burocrática, mas efetivamente solucione os conflitos”³⁴⁰.

2.3.2 Fatores externos ao Judiciário

Denominam-se aqui de fatores externos ao Judiciário os fatores ligados subjetivamente às partes. Ou seja, fatores que dificultam o acesso efetivo à Justiça, mas que não têm como agente causador direto o Poder Judiciário. Os problemas relativos às partes concentram-se em questões de recursos financeiros, de aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, de desinformação e, ainda, em questões de ordem psicossocial.

a) Recursos financeiros

É fato que as pessoas providas de melhor situação financeira possuem mais facilidade também com relação ao acesso ao Judiciário. Isso é demonstrado claramente por Cappelletti e Garth:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mãos de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa; a ameaça de litígio torna-se tanto plausível quanto efetiva. De modo similar, uma das partes pode ser capaz de fazer gastos maiores que a outra e, como resultado, apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente³⁴¹.

³³⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**, p. 5.

³⁴⁰ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 25.

³⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 21.

Observa-se, assim, que a igualdade assegurada pela lei não sai efetivamente do papel, justificando que uns são mais iguais que os outros, e o que define essa igualdade é o poder econômico.

b) Aptidão para reconhecer um direito e propor a ação ou sua defesa

Dois fatores podem ser incluídos nesse tópico. Primeiramente, a dificuldade de reconhecimento da existência de um direito juridicamente exigível, ou seja, as pessoas, culturalmente, não estão preparadas para identificar todos os direitos a elas inerentes. Se a identificação desses direitos já é difícil, imagina-se a dificuldade na procura de um profissional que possa lhes dar assistência ao caso, e, em segundo momento, e já previsível, os conhecimentos limitados a respeito da maneira de ajuizar uma demanda. “A necessidade de informação é primordial e prioritária”, ressaltam Cappelletti e Garth³⁴².

A disposição entre litigantes eventuais e litigantes habituais, também, é fator diferenciador na hora de reconhecimento de um direito ou de ajuizamento de uma demanda. São considerados litigantes eventuais aqueles indivíduos que têm contatos isolados e pouco frequentes com o Sistema Judiciário; já os habituais têm contatos costumeiros e naturais com esse sistema. Galanter demonstra que as vantagens dos litigantes habituais são numerosas, tais como: o melhor planejamento do litígio, visto a sua experiência com o Direito; a economia de escala, por ter mais casos tramitando na justiça; a oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; a diluição de riscos da demanda por maior número de casos; e a tentativa de estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros³⁴³.

c) Desinformação

Vários são os fatores que emperram o livre acesso judicial, e deles o que se reputa mais sério é a desinformação. O cidadão, quando se encontra em uma situação adversa, passando por um constrangimento qualquer, por ser analfabeto ou de pouca instrução, não sabe que atitude tomar, a quem ou a qual serviço procurar que possa restaurar o seu direito ameaçado ou lesado³⁴⁴.

³⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 23.

³⁴³ Apud CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 25.

³⁴⁴ LENZA, Vítor Barboza. *Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*, p. 21.

E numa situação dessas cabe ao sistema educacional, aos meios de comunicação e às instituições públicas em geral auxiliar na minimização desses problemas, e para isso lhes destinam primeiramente duas funções, como assinala Horácio Wanderlei Rodrigues,

Em primeiro lugar, o esclarecimento de quais são os direitos fundamentais que o indivíduo e a sociedade possuem, e quais os instrumentos adequados para a sua reivindicação e efetivação. Em segundo lugar, devem criar uma mentalidade de busca dos direitos, de educação para a cidadania: o respeito aos direitos passa pela consciência de que seu desrespeito levará à utilização dos mecanismos estatais de solução de conflitos³⁴⁵.

d) Fator psicossocial

Outro ponto que bem caracteriza as dificuldades do cidadão ao acesso judicial é uma questão de ordem psicossocial. Como se sabe, “o cidadão hipossuficiente tem dificuldades até para adentrar o recinto forense, uma vez que, em regra, são ambientes formais, recatados e circunspectos; dessa forma, o cidadão de baixa renda sente-se um estranho naquele ambiente absolutamente diferenciado dos estabelecimentos, repartições públicas de seu bairro”³⁴⁶.

Associado às barreiras de dificuldade de reconhecimento de direitos e de como ajuizar uma demanda, o fator psicossocial surge como uma terceira barreira para as pessoas recorrerem ao processo judicial para solucionar seus problemas, pois, como ressaltam Cappelletti e Garth, “mesmo aqueles que sabem como encontrar aconselhamento jurídico qualificado podem não buscá-lo”³⁴⁷.

e) Confiabilidade

A desconfiança das pessoas com relação ao Judiciário também é outro problema encontrado na utilização desse Poder como solucionador de controvérsias. Vítor Barboza Lenza aponta uma pesquisa de opinião pública realizada no terceiro trimestre de 1995, encomendada pelo Jornal do Brasil ao instituto Vox Populi. Nessa pesquisa, das 3.075 pessoas entrevistadas, 38% confiam pouco na justiça e 35% não confiam nunca. Apenas 26% disseram confiar na justiça e 1% não soube ou preferiu não responder ao questionamento³⁴⁸.

³⁴⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*, p. 38.

³⁴⁶ LENZA, Vítor Barboza. *Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*, p. 22.

³⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 23.

³⁴⁸ LENZA, Vítor Barboza. *Cortes arbitrais: doutrina, prática, jurisprudência e legislação*, p. 28.

Nota-se que todos os fatores, ao menos indiretamente, estão interligados. Muitas vezes, um fator é fato gerador de outro, problematizando ainda mais a obtenção de uma prestação jurisdicional justa.

O quadro decadente pelo qual atravessa o Judiciário não é atual; em 1974, Luiz Olavo Baptista já informava que as queixas com a despesa, o tempo consumido na decisão judicial e uma justiça excessivamente formal, lenta e cara formavam a chamada crise do Judiciário³⁴⁹.

Além de todos os problemas que enfrenta o Poder Judiciário, mais um fator se coaduna com esses problemas: o perfil da autoridade judicial responsável pela entrega da tutela jurisdicional. O juiz é treinado para vivenciar os dogmas da inércia, imparcialidade e neutralidade, e analisa com uma só dimensão de tempo, o passado, permanecendo imerso numa realidade meramente virtual, como retrata José Renato Nalini³⁵⁰. Esse modelo de Judiciário, caricaturado na figura do juiz, não é, claramente, compatível com a realidade atual. Uma realidade instável, iníqua e contraditória, caracterizada por fortes desigualdades sociais e por uma explosão de litigiosidade, onde há o impedimento do acesso de parcelas significativas da população aos tribunais, devido aos altos custos processuais, que, por sua vez, acarretam o comprometimento da efetividade dos direitos fundamentais.

Algumas mudanças se fazem necessárias, pois há uma descrença geral da população com o Poder Judiciário, e José Eduardo Faria alerta que,

Submetido a um intenso fogo cruzado, dificilmente o Judiciário brasileiro conseguirá manter intocadas suas estruturas atuais. Perante a sociedade, este é visto cada vez mais como um inepto, viciado e moroso prestador de serviços. Como podem [os Tribunais] aplicar direito de última geração, se a cultura técnico-profissional de seus magistrados, essencialmente formalista e processual, foi forjada com base em premissas incompatíveis com a atual realidade sócio-econômica brasileira?³⁵¹

Diante dessa realidade, há o impedimento da expansão do aparato burocrático para atender ao crescimento da demanda, onde, ainda, se pode encontrar, como especifica José Eduardo Faria,

um sistema legal incoerente e incapaz de gerar um mínimo de previsibilidade de expectativas e segurança nas relações sociais, dada a profusão de regras gerais editadas para dar conta de casos muito específicos e meramente conjunturais e de normas excessivamente singelas para serem aplicadas em situações altamente

³⁴⁹ Apud SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*, p. 68.

³⁵⁰ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, p. 53.

³⁵¹ Apud SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*, p. 64.

complexas; e uma progressiva afirmação das fontes materiais, resultantes dos processos de deslegalização e desconstitucionalização provocados pela transnacionalização dos mercados, pelo policentrismo decisório na economia globalizada, pela relativização das fronteiras geográficas e pelas metamorfoses em andamento nos princípios da soberania e da territorialidade³⁵².

Para tentar neutralizar todos esses problemas de questionável reversão, pioneiramente, Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisaram alguns movimentos que denominaram de “movimentos de revitalização do acesso à Justiça”, que serão abordados no tópico seguinte.

2.4 Movimentos de Revitalização do Acesso à Justiça

Nos países do mundo ocidental, a partir de 1965 e emergindo mais ou menos em seqüência cronológica, alguns movimentos de revitalização do acesso à Justiça foram constatados. Esses movimentos foram denominados de “as três ondas de revitalização de acesso à Justiça”, por Cappelletti e Garth. Eles identificam como a primeira onda, a assistência judiciária; como segunda a representação jurídica para os interesses difusos, principalmente no âmbito ambiental e do consumidor; e como terceira a representação jurídica para os interesses difusos³⁵³.

2.4.1 A Assistência Judiciária

A primeira onda, que também pode ser considerada um dos motivos do aumento da demanda do Poder Judiciário, surge com a implementação de serviços jurídicos aos pobres, como modo de proporcionar o acesso à Justiça de maneira igualitária a todos, o que até então era inviável, visto que o auxílio advocatício, na maior parte das sociedades modernas, era e continua sendo indispensável para ajuizar causas. Desse modo, parafraseando Cappelletti e Garth, são vitais os métodos para propiciar a assistência jurídica àqueles que não a podem custear³⁵⁴.

A primeira onda teve início nos Estados Unidos, em 1965, com o *Office of Economic Opportunity* (OEO), mas atingiu seu ápice no ano de 1972, quando na França houve a substituição do esquema de assistência judiciária do século XIX, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de *securité sociale*, no qual o custo dos

³⁵² Apud NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 53.

³⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 31.

honorários é suportado pelo Estado. Na Suécia, no mesmo ano, um inovador programa da Suécia tornou-se lei e, na Inglaterra, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária aumentou o alcance do sistema implantado em 1949, especialmente na área de aconselhamento jurídico. Na província canadense de Quebec houve o estabelecimento do primeiro programa de assistência judiciária financiado pelo governo. E a República Federal da Alemanha, que já havia implementado o seu programa, o aperfeiçoou, aumentando a remuneração paga aos advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres. Em julho de 1974, por fim, os Estados Unidos estabeleceram a *Legal Services Corporation*, com o objetivo de preservar e ampliar os progressos do programa do OEO, agora dissolvido. Tanto a Áustria quanto a Holanda, nesse período, reviram seus programas de assistência judiciária, de modo a remunerar os advogados mais adequadamente³⁵⁵.

Três grandes sistemas de assistência judiciária tiveram maior adoção pelos países que optaram por fazer essa reforma de acesso à Justiça.

O sistema *judicare*, que foi implementado por Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha, “trata-se de um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida *como um direito* para todas as pessoas que se enquadrarem nos termos da lei. *Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado*”³⁵⁶, mas quem recebe a nota de honorários é o cliente. Esse sistema, por outro lado, só ataca as barreiras de custo da assistência jurídica, não solucionando outros problemas enfrentados pelas pessoas de menor poder aquisitivo, quais sejam, a não-compreensão de seu direitos e a não-identificação das áreas em que se podem valer de remédios jurídicos³⁵⁷.

O sistema do advogado remunerado pelos cofres públicos possui, por sua vez, objetivo diverso do sistema analisado acima. Nesse sistema, que foi adotado pelos EUA no programa do OEO, de 1965,

Os serviços jurídicos deveriam ser prestados por “escritórios de vizinhança”, atendidos por advogados pagos pelo governo e encarregados de promover os interesses dos pobres, enquanto classe. Como observou um comentarista: “O objetivo era utilizar o dinheiro dos contribuintes de modo a obter a melhor relação custo-benefício”³⁵⁸.

³⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 32.

³⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 33-34.

³⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 35.

³⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 38.

³⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 40.

Esse sistema ataca, além da barreira do custo, os problemas derivados da desinformação jurídica pessoal dos pobres. Mas problemas também são encontrados, como a possibilidade de uma ajuda de segunda classe ou até mesmo um tratamento diferenciado por parte dos advogados com relação aos indivíduos com menos dinheiro. Outro problema é a dependência de apoio governamental³⁵⁹.

Um outro sistema combinou os dois primeiros e foi denominado por Cappelletti e Garth como modelo combinado. Os dois primeiros ordenamentos a adotar esse sistema foram o da Suécia e o da província de Quebec, que viabilizaram a escolha entre o atendimento por advogados servidores públicos ou por advogados particulares³⁶⁰.

O Brasil, constitucionalmente, prevê a assistência judiciária gratuita aos que comprovadamente demonstrarem insuficiência de recursos³⁶¹.

2.4.2 Representação jurídica para os interesses difusos

A segunda onda de revitalização do acesso à Justiça vem para solucionar o problema da representação dos interesses difusos, ou seja, os interesses coletivos ou grupais. Essa onda provocou reflexões nas noções tradicionais do processo civil, que não deixava espaço para a proteção desses interesses, e no papel dos tribunais, que não facilitavam as demandas dos interesses difusos intentadas por particulares³⁶². Essa reforma tornou concreta a legitimação ativa dos indivíduos ou grupos como representantes dos interesses difusos e fez com que houvesse mudanças no papel do juiz e em conceitos básicos como “citação” e “direito de ser ouvido”. Isso porque, como ressaltam Cappelletti e Garth, “nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo”³⁶³. Desse modo, é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. “Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos”³⁶⁴.

Para materializar essa reforma, surgem a ação governamental e as agências públicas regulamentadoras especializadas, ambas estatais e não muito bem-sucedidas. Além desses

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 41.

³⁶⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 43.

³⁶¹ Cf. arts. 5º, LXXVI, e 134 da Constituição Federal.

³⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 49.

³⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 50.

meios de intentar a reforma, surgem as técnicas do procurador-geral privado ou de demandantes ideológicos que suplementam a ação do governo e que permitem a propositura, por indivíduos, de ações em defesa de interesses públicos ou coletivos³⁶⁵. Outro meio é a técnica do advogado particular do interesse público, pela qual grupos representativos intentam a demanda de direitos coletivos que o Ministério Público não tenha vindicado efetivamente; ou ainda, como acontece nos países de *common law*, por meio de uma ação delegada, que é intentada por uma parte que normalmente não teria legitimidade para a causa, mas que obtém a permissão do procurador-geral para tanto, que prossegue com a sua supervisão e controle³⁶⁶.

Outros meios além dos grupos existentes começam a surgir. Exemplos disso são a *class action* e as ações de interesse público, que permitem que um litigante represente toda uma classe numa determinada demanda, evitando os custos de criar uma organização permanente. Essas ações são geralmente representadas por sociedades de advogados do interesse público, que comumente se constituem de organizações sem fins lucrativos, mantidas por contribuições filantrópicas. E por meio da assessoria pública, essas instituições são subsidiadas pelo governo com o fim de servir ao interesse público, mas contando com o auxílio do interesse e fiscalização dos grupos particulares³⁶⁷.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro assevera que, com as reivindicações sociais, surge a demanda por formas mais céleres e efetivas de Justiça para a população em geral. “Despontam os chamados Juizados de Pequenas Causas, conhecidos nos EUA, no sistema da *common law*, como *Small Claim Courts*, para a defesa de direitos individuais e, ainda, os caminhos jurídicos para defesa coletivamente considerada, o que viria a ser o embrião da *class action*, ambos inseridos nas *Federal Rules*”³⁶⁸, ressalta o autor.

E por último, a solução pluralística, ou mista, composta pela união dos dois sistemas anteriores, onde “a idéia da assessoria pública foi integrada com diversas outras teses, tornando-se, em nosso entendimento, a melhor proposta de reforma já apresentada para essa área”³⁶⁹.

³⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 50.

³⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 55.

³⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 57-58.

³⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 61-64.

³⁶⁸ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública*, p. 27.

³⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 65.

2.4.3 Ampliação do acesso à justiça

O mais relevante para esse estudo é a terceira onda, que compreende um novo enfoque de acesso à Justiça, que amplia a concepção desse acesso, indo além da representação em juízo. E, para isso, ocupa-se da reforma da advocacia, judicial e extrajudicial, e ainda “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”³⁷⁰.

Mas essas reformas são difíceis de ser atingidas, utilizando-se apenas uma representação judicial aperfeiçoada, por meio de advogados apenas, pois o advento de novos direitos necessitam, entre outras medidas, de um modo procedimental que os tornem exequíveis. Salienta-se, no entanto, que a questão da representação judicial não pode ser abandonada, mas deve-se reconhecer que não é o único problema a ser resolvido. “O movimento de acesso à Justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma.”³⁷¹

As questões sobre a eficiência do sistema judiciário surgiram do modo de repensar os institutos e dos meios para se fazer efetivo o assecuramento dos novos direitos, tendo como ponto inicial desse novo pensamento a enorme demanda latente.

Neste sentido, Cappelletti e Garth observaram que

Inicialmente [...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial³⁷².

Algumas tendências a esse novo enfoque do acesso à Justiça apareceram, e nisso importaram algumas análises críticas do Poder Judiciário, levantando-se, inclusive, possíveis modificações e reformas em todo o aparato judicial.

Luiz Fernando Franceschini da Rosa anota que, nessa terceira fase, “procurou-se substituir a chamada justiça contenciosa pela dita justiça coexistencial baseada em formas conciliatórias que se destinam a minimizar a contenciosidade inerente à relação processual,

³⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 68.

³⁷¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 69.

³⁷² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 71.

em prol de decisões equânimes e razoáveis para todos os envolvidos, com a clara intenção e projetar a convivência para o futuro³⁷³.

Cappelletti e Garth asseguram que as tendências ao uso do enfoque do acesso à Justiça pode dar-se de cinco maneiras: por meio de uma reforma dos procedimentos judiciais em geral; da especialização de instituições e procedimentos judiciais; da mudança nos métodos utilizados para a prestação de serviços jurídicos; da simplificação do direito; e da utilização de métodos alternativos para decidir as causas judiciais.

a) A reforma dos procedimentos judiciais

A reforma dos procedimentos judiciais, em geral, se faz necessária, pois, ainda que alguns métodos alternativos sejam criados para solucionar grande parte dos problemas de acesso à Justiça, haverá alguns tipos de conflitos que deverão necessariamente passar pela apreciação do Judiciário.

A maioria dos países já iniciou suas reformas judiciais. Em 2001, Maria Dakolias elaborou uma publicação sobre as reformas judiciais, originadas da ênfase dada a essa matéria pelo Banco Mundial. Isso incluiria uma mudança na legislação e reformas na administração da justiça, visando que o Judiciário e outras instituições responsáveis pela operação da estrutura legal e da resolução de disputas possam ser competentes e eficientes³⁷⁴.

Algumas inovações foram implantadas em diversos países. No continente europeu, por exemplo, ocorreram movimentos de reforma designados de oralidade, que visavam essencialmente à livre apreciação da prova, à concentração do procedimento e ao contato imediato entre juízes, partes e testemunhas³⁷⁵.

No Brasil, a reforma do Judiciário é matéria discutida há muito tempo. Tanto que, desde 1992, tramita no Congresso Nacional a proposta de emenda à Constituição de matérias pertinentes a essa reforma. Em junho de 2000, a proposta numerada de PEC nº 96-A/92 teve sua votação concluída pela Câmara dos Deputados. Atualmente, ela está sendo apreciada pelo Senado Federal, onde recebeu a numeração de PEC 29/00 e já sofreu 19 alterações³⁷⁶.

³⁷³ ROSA, Luis Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. **Solução e prevenção de litígios internacionais II**. São Paulo: NECIN-CAPEs; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 206.

³⁷⁴ DAKOLIAS, Maria. **Initiatives in legal and judicial reform**. Disponível em: <www4.worldbank.org>. Acesso em: 14 fev. 2002.

³⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, 76.

³⁷⁶ Reforma do Judiciário. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 31 jan. 2002; e <www.senado.gov.br>. Acesso em: 31 jan. 2002.

A reforma do Judiciário, no entanto, continua em pauta nas manifestações políticas e acadêmicas, tanto que a moção das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil, evento realizado na Bahia, em 1999, trouxe mais sugestões para a instituição de uma reforma constitucional do Poder Judiciário³⁷⁷.

b) Especialização de instituições

O desvio especializado e a criação de tribunais especializados são os movimentos mais importantes em relação à reforma do processo, criando, para tanto, instituições e procedimentos especiais para determinados tipos de causas de particular importância social. E com o intuito de assegurar a acessibilidade dos tribunais a pequenas causas intentadas por pessoas comuns, é que se pensou na criação de fóros mais acessíveis³⁷⁸. A grande tarefa dos reformadores do acesso à Justiça, atualmente, é, como revelam Cappelletti e Garth, “preservar os tribunais ao mesmo tempo em que *afeiçoam uma área especial do sistema judiciário que deverá alcançar esses indivíduos, atrair suas demandas e capacitá-los a desfrutar das vantagens que a legislação substantiva recente vem tentando conferir-lhes*”³⁷⁹.

Na tentativa de alcançar esses objetivos, foram criados procedimentos especiais para pequenas causas; tribunais de “vizinhança” ou “sociais” para solucionar divergências na comunidade; tribunais especiais para a demanda de consumidores e mecanismos especializados para garantir direitos novos em outras áreas do direito.

³⁷⁷ Cf. CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Reforma constitucional do Poder Judiciário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999, p. 48-49. Das propostas das III Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil: 1. em primeira instância: previsão de técnica de reunião de processos e de transformação de processos individuais em um único processo coletivo, com a finalidade de molecularizar as controvérsias; ênfase à arbitragem e à mediação; ampliação das hipóteses de transação penal; previsão de agravamento da sucumbência e de sanções para o descumprimento das ordens judiciárias; supressão da limitação temporal das liminares, a serem garantidas em qualquer processo, de acordo com o entendimento da Corte Européia; garantia da duração razoável do processo, em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica e previsão da competência de tribunais internacionais;

2. com relação aos tribunais: efetividade do mandado de injunção e da declaração de inconstitucionalidade por omissão; atribuição ao STF de competência exclusivamente constitucional; aumento do número de ministros do STJ; feição dúplice às sentenças proferidas em ação direta de inconstitucionalidade e na ação declaratória de constitucionalidade, garantindo o contraditório, com eficácia vinculante; efeito *erga omnes* e eficácia vinculante a todas as decisões sobre constitucionalidade ou inconstitucionalidade, tomadas por maioria qualificada dos ministros do STF; e previsão da súmula inibitória de recursos;

3. quanto à Organização judiciária: manutenção da Justiça do Trabalho como justiça especializada, com a competência atual, abolidos apenas os juízes classistas; manutenção da Justiça Militar, com competência exclusiva para os crimes propriamente militares; atribuição de função de planejamento do Poder Judiciário ao Conselho Nacional de Justiça; criação do Conselho Nacional do Ministério Público, em simetria com o CNJ;

4. com relação aos precatórios: além da ampliação das hipóteses de seqüestro, previsão da abolição dos precatórios para as dívidas alimentares, permitidas a compensação e a penhorabilidade de bens não afetos às finalidades essenciais do Estado.

³⁷⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 90-91.

Os procedimentos especiais para pequenas causas surgem com o objetivo de solucionar as pequenas injustiças de grande importância social, tais como a violação dos direitos referentes às relações de consumo ou de locação. Essa reforma tem por escopo direto a promoção da acessibilidade geral, a tentativa de equalizar as partes, a alteração no estilo de tomada de decisão e a simplificação do direito aplicado³⁸⁰.

Os tribunais de vizinhança, que tiveram experiência piloto nos Estados Unidos, por meio de centros vicinais de Justiça, objetivam o tratamento de problemas do dia-a-dia, como os relativos a pequenos danos à propriedade ou delitos leves. A experiência norte-americana, por exemplo, tinha como finalidade principal a criação de um órgão acolhedor para as pessoas comuns sujeitas a conflitos relativamente insignificantes, que não poderiam solucionar sozinhas, e que nem teriam condições de trazer ao exame dos tribunais regulares³⁸¹.

Os tribunais especiais para demandas de consumidores, por sua vez, visam à estruturação dos mecanismos de defesa do consumidor. Dois modos são enfatizados. O de divulgação da violação desses direitos, mecanismo que enfatiza a persuasão em detrimento da coerção, ou seja, utiliza-se dos meios de comunicação como forma de repressão à violação do direito. Essa forma de solução do problema é chamada de “solução pela imprensa”. O outro modo é essa defesa por meio de arbitragem privada de demandas do consumidor; ou ainda, por vias de soluções disponibilizadas pelo governo, geralmente arbitragens governamentais³⁸².

Já os mecanismos especializados vieram viabilizar a proteção de novos direitos, tais como as causas relativas ao meio ambiente, os litígios entre inquilinos e proprietários, os litígios de direito administrativo e os conflitos individuais do trabalho, entre outros.

Em 1995, o Brasil adotou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pela Lei nº 9.009, de 26 de setembro, como forma de resolução de disputas. E recentemente ampliou essas reformas, com a criação desses Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, pela Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Esses juizados cuidarão de causas previdenciárias e assistência social que discutam valores de até 60 salários mínimos. E no caso de processos criminais, cuidarão de casos de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles em que a lei determina pena máxima de dois anos ou multa³⁸³.

³⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 92.

³⁸⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 99.

³⁸¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 115.

³⁸² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**, p. 123-127.

³⁸³ Juizados especiais. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 31 jan. 2002.

Essas reformas têm como maiores características o baixo custo, a informalidade e a rapidez, com o objetivo de acelerar a resolução dos problemas das matérias tratadas acima.

c) Prestação de serviços jurídicos

Essa mudança tem como objetivo tornar a assistência jurídica de alta qualidade acessível a todos. Os reformadores pensaram, portanto, numa solução para essa problemática e deram dois enfoques a essa mudança.

O primeiro enfoque consiste em desenvolver substitutos mais especializados e menos dispendiosos que os advogados individuais. Surgem, assim, os paraprofissionais. Os “parajurídicos” são assistentes jurídicos com diversos graus de treinamento em direito e assumiram papel importante no esforço de melhorar o acesso à Justiça. O sistema alemão, por exemplo, possui um funcionário-juiz paraprofissional, o *rechtspfleger*, que, entre outras atividades, aconselha aqueles que necessitam preparar suas demandas judiciais³⁸⁴.

“Um segundo enfoque [...] está em encontrar novos meios para tornar os profissionais altamente qualificados, acessíveis às pessoas comuns. Esses métodos incluem planos de ‘seguro’ ou serviços jurídicos ‘em grupo’”, como explanam Cappelletti e Garth³⁸⁵.

d) Simplificação do direito

A simplificação do direito é outra reforma a ser adotada, pois, no momento em que a lei se torna mais compreensível, mais acessível ela se torna às pessoas comuns. Essa simplificação, todavia, também deve tornar mais fácil a satisfação das exigências para a utilização de determinado recurso jurídico por parte das pessoas³⁸⁶.

e) Utilização de métodos alternativos

Por se saber que as reformas dos tribunais regulares são limitadas, os reformadores do acesso à Justiça vislumbraram a criação de alternativas por meio de procedimentos mais simplificados e/ou de julgadores mais informais; e, para tanto, utilizam-se do juízo arbitral, da conciliação e dos incentivos econômicos para a solução dos litígios fora dos tribunais. O juízo

³⁸⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 144.

³⁸⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 90-91.

³⁸⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 156.

arbitral, que já foi tratado ao longo do trabalho, é o método alternativo ao Poder Judiciário para a resolução de controvérsias, em que as partes delegam a uma terceira parte a solução de seus litígios, tendo caráter obrigatório essa decisão. Na conciliação, o terceiro imparcial apenas aproxima as partes, formula propostas, facilitando a resolução do conflito, mas a sua opinião não possui força de obrigatoriedade. O incentivo econômico, por sua vez, consiste na demonstração dos custos que deverão ser pagos pelas partes se essas não preferirem adotar um solução amigável da controvérsia. Essas técnicas tanto podem ser obrigatórias para algumas ou todas as demandas, quanto podem tornar-se disponíveis como opção para as partes³⁸⁷.

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

Os métodos alternativos de solução de conflitos são melhores compreendidos quando enquadrados no movimento de acesso à Justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos moldes tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz.[...]

Ampliam-se portanto, não só o espectro de acesso aos tribunais (seja pela legitimidade ativa ou através da colocação à disposição dos interessados de novos mecanismos de pacificação social) como também as formas de composição e solução das lides. É nesse contexto social, político jurídico que aparecem a institucionalização da *mediação extrajudicial* (ou *juízos meramente conciliatórios*); o incremento processual das audiências preliminares de tentativa de *composição amigável* (*conciliação ou transação*), a *privatização dos interesses pelas instituições de classe e o desenvolvimento dos juízos arbitrais*, além das buscas incansáveis de *técnicas diferenciadas de tutela jurisdicional e sumarização das formas*³⁸⁸.

José Renato Nalini ressalta, entretanto, que “o movimento do acesso à justiça é uma solução de compromisso. O aspecto normativo do direito não é renegado, mas enfatizado como elemento de extrema importância”³⁸⁹.

Horácio Wanderlei Rodrigues, em seu trabalho sobre a análise do acesso à Justiça no direito processual brasileiro, apresenta alguns pressupostos necessários para o efetivo acesso à Justiça, em seu sentido amplo. O autor cita a necessidade da existência:

(a) de um direito material legítimo e voltado à realização da justiça social; (b) de uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a plena realização do Direito; (c) de instrumentos processuais que permitam a efetividade do direito material, o pleno exercício da ação e da defesa e a plenitude da concretização da atividade jurisdicional; e (d) de um Poder Judiciário

³⁸⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 81.

³⁸⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual de arbitragem*, p. 60-61.

³⁸⁹ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, p. 24.

axiologicamente em sintonia com a sociedade na qual está inserido e adequadamente estruturado para atender às demandas que se lhe apresentam³⁹⁰.

Na análise aqui apresentada dá-se mais ênfase ao último tópico, questionando-se se, no momento atual, o Poder Judiciário atende às exigências e às evoluções da sociedade, estando devidamente estruturado para atender aos litígios que lhe são entregues para solução. Pelo estudo elaborado, constata-se que o Poder Judiciário tem-se mostrado deficiente para solucionar os problemas das mais diversas ordens. O terceiro capítulo tem, portanto, o escopo de encontrar uma alternativa plausível à crise desse Poder.

³⁹⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**, p. 15.

A Arbitragem e o Acesso à Justiça

“Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out them how the nominal winner is often a real loser – in fees, expenses and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man”.

Abraham Lincoln³⁹¹

Como se pôde observar, entre os meios alternativos divulgados pelo terceiro movimento de revitalização do acesso à Justiça encontra-se a arbitragem, que toma outra forma no Brasil após a Lei n.º 9.307/96. O Capítulo I teve como escopo analisar a arbitragem, abordando alguns de seus tópicos gerais e sua regulamentação pelas leis brasileira e argentina e pelos tratados internacionais; e o Capítulo II, o acesso ao Judiciário e seus problemas.

Este capítulo, por sua vez, tem a finalidade de analisar as vantagens proporcionadas pela arbitragem e confrontar essas vantagens com os problemas apresentados pelo Poder Judiciário. Da mesma forma, pretende-se apresentar os problemas relativos à arbitragem para analisar se esse instituto pode ser uma alternativa viável à crise do Judiciário.

3.1 As Características e as Vantagens da Arbitragem

3.1.1 Características Gerais

A arbitragem apresenta diversas características que se confundem, por vezes, com as suas próprias vantagens. Dentre as características inerentes à arbitragem podem-se destacar as

³⁹¹ “Desencoraje o litígio. Persuada seus vizinhos para um compromisso sempre que você puder. Demonstre a eles como o vencedor nominal é freqüentemente um perdedor real – em honorários, custas e tempo. Como um

seguintes: ampla liberdade de contratação, permissão do árbitro de disciplinar o procedimento arbitral, celeridade, economia processual, caráter de título executivo judicial da sentença arbitral, irrecorribilidade e princípio da “competência-competência”.

A *ampla liberdade de contratação* deriva do princípio basilar desse instituto: o da autonomia da vontade. Segundo uma concepção tradicional, como explica José Alexandre Tavares Guerreiro, “por vontade autônoma entende-se aquela que tem em si própria um poder criador de situações jurídicas”. E ainda ressalta que “a vontade, como fator determinante, *per se*, de preceitos no campo negocial ou contratual, corresponderia à *fons et origo* da obrigatoriedade jurídica decorrente das recíprocas declarações das partes, pondo-se de acordo quanto à forma e ao conteúdo do convencionado”. Desse modo, “corresponde a *autonomia* a autêntica *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações exercida pelo titular, projetando-se no *negócio jurídico*, concebido como ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares”³⁹².

Essa característica da arbitragem viabiliza às partes uma ampliação de sua liberdade de contratar, de tal modo que tudo pode ser estabelecido por meio de acordo, devendo este apenas e unicamente respeitar a ordem pública e os bons costumes, como determina o art. 2º, parágrafo 1º, da Lei de Arbitragem. Assim, as partes podem definir o objeto do litígio, escolher as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele, elegendo, inclusive, a lei que regerá o juízo arbitral, podendo até optar pela adoção de lei estrangeira³⁹³. Como expõe Joel Dias Figueira Júnior, “[...] ficam as partes absolutamente livres para definir se a decisão arbitral será fundada em equidade ou em direito e, neste último caso, quais as regras (nacional ou estrangeiras) que irão nortear o julgamento dos árbitros”³⁹⁴.

No entanto, encontra-se na literatura discussão sobre o assunto. João Bosco Lee, por exemplo, entende que “a escolha pelas partes de um direito estrangeiro em presença de uma arbitragem interna poderia configurar um caso de fraude à lei”³⁹⁵. Ele justifica esse posicionamento ao dizer que

pacificador, o advogado tem uma oportunidade superior de ser um homem bom”. *Notes for a Law Lecture*, 1850.

³⁹² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, p. 38-39.

³⁹³ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 188.

³⁹⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 103.

³⁹⁵ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. São Paulo, ano 4, n. 11, jan./mar. 2001, p. 356.

À arbitragem interna se impõe o direito interno. Como ensina Jean-Christophe Pommier: “em presença de um contrato interno, a única lei competente susceptível de reger este contrato é a ordem jurídica interna onde todos os pontos de contato convergem”. Professores Phillipe Fouchard, Emmanuel Gaillard, e o saudoso Berthold Goldman adotam a mesma posição: “Um primeiro ponto é incontestável. Se todos os pontos de contato conduzem a um só País, a arbitragem em questão não será nada além que uma arbitragem nacional, submetida ao direito interno deste País...”. De fato, “a possibilidade de designação da lei aplicável ao contrato pelas partes supõe que a arbitragem esteja revestida pelo caráter internacional, como exigência prévia³⁹⁶”.

Deve-se, para resolver essa questão, questionar qual o alcance da autonomia da vontade quando o contrato e a conseqüente opção pela arbitragem não possuem elementos de conexão internacional. Batiffol e Lagade acreditam que “a regra da autonomia não governa indistintamente toda questão relativa a um contrato”³⁹⁷. Dessa forma, se a autonomia da vontade for considerada limitada, os autores defensores da vinculação da arbitragem interna com a lei nacional dos litigantes possuem sua posição justificada. Há autores, como assevera Luiz Olavo Baptista que estendem essa interpretação à arbitragem internacional, justificando que a lei aplicável a esse tipo de arbitragem deve estar vinculada com a lei nacional de ao menos uma das partes³⁹⁸. É interessante aqui ter-se ciência da existência dessa discussão, mas não se aprofundar nela, já que esse tema pode ser objeto de outra pesquisa.

A arbitragem também é conhecida como a *justiça de técnicos*. Como se enfatizou em outras oportunidades³⁹⁹, qualquer um pode ser designado árbitro, desde que seja capaz e que possua confiança das partes. Geralmente, a escolha recai sobre peritos no assunto a ser solucionado. Joel Dias Figueira Júnior ressalta que

[...] é muito vantajosa a possibilidade conferida de escolha dos árbitros, o que se faz em comum acordo pelos próprios litigantes, fazendo com que a indicação recaia sobre pessoas previamente definidas e detentoras de profundo conhecimento da questão litigiosa ou, ainda, permite que se faça referência a instituição arbitral especializada que, por sua vez, possui um quadro bem formado de árbitros⁴⁰⁰.

Desse modo, teoricamente, as sentenças são mais bem dirigidas a uma solução que atenda aos desejos das partes. Por ser o árbitro um profissional com estrita ligação com a matéria originária do litígio, deduz-se que ele esteja mais apto e preparado para decidir a

³⁹⁶ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, p. 355-356.

³⁹⁷ Apud BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 41.

³⁹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*, p. 46-47.

³⁹⁹ Vide Capítulo I, tópico 2.2.

⁴⁰⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 103.

questão, proferindo, portanto, uma decisão mais coerente com a realidade das partes e, por esse motivo mais satisfatória para ambas.

A *permissão do árbitro de disciplinar o procedimento arbitral* é outra característica da arbitragem. Essa permissão, no entanto, lhe é concedida apenas quando as partes tenham se omitido sobre as regras do procedimento arbitral⁴⁰¹. Essa autorização torna mais prático o instituto, pois evita atrasos desnecessários ao proferimento da decisão final⁴⁰². Essa característica traz como consequência “uma perfeita sintonia entre a tutela pretendida e o instrumento oferecido, o qual, via de regra, prima pelo princípio da oralidade e, por conseguinte, atende aos seus outros subprincípios, tais como a imediatidade, concentração, simplicidade, informalidade e economia”⁴⁰³, como ressalta Joel Dias Figueira Júnior.

A maior *celeridade* na solução dos conflitos é outra característica, que se confunde com uma das vantagens proporcionadas pela arbitragem. Vantagem saliente se comparada à morosidade da decisão definitiva a ser proferida pelo Poder Judiciário, como se verá adiante.

A *economia processual*, por sua vez, constitui outra característica, isso por ser a arbitragem um instituto informal, que dá primazia à oralidade e à simplificação dos procedimentos, e que não utiliza toda a engrenagem e burocracia natural à jurisdição estatal⁴⁰⁴.

Além disso tudo, ainda, a arbitragem prima pelo *sigilo* do procedimento arbitral, de tal forma que se torna característica essencial da função de árbitro, a discricção⁴⁰⁵. Joel Dias Figueira Júnior assevera que “[...] a discricção e o sigilo dos atos processuais e do julgamento propriamente dito importam em outra vantagem, à medida que as partes permanecem a cômodo durante todo o processo e, em especial, para a produção de provas, o que não raras vezes viabiliza a consecução de um acordo”⁴⁰⁶.

Outra característica da arbitragem no Brasil, após a Lei nº 9.307/96, é o caráter de *título executivo judicial*. Desse modo, não há necessidade, portanto, de homologação da sentença arbitral⁴⁰⁷ pelo Poder Judiciário, com exceção da sentença arbitral estrangeira, que continua a ser homologada pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, essa sentença estrangeira deixou de ser duplamente homologada, ficando para trás a antiga interpretação

⁴⁰¹ Lei de Arbitragem brasileira, art. 21, parágrafo 1º.

⁴⁰² MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 188.

⁴⁰³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 103.

⁴⁰⁴ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição*, p. 189. Nesse mesmo sentido, Joel Dias Figueira Júnior (vide nota de rodapé 12).

⁴⁰⁵ Lei de Arbitragem brasileira, art. 13, parágrafo 6º.

⁴⁰⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 103.

⁴⁰⁷ Esse termo é utilizado para designar tanto a sentença como o laudo arbitral, pois como se observou no capítulo primeiro, em princípio, as palavras são sinônimas, sendo utilizadas no Brasil indistintamente.

jurisprudencial, que entendia que para que, uma sentença, ou laudo arbitral, fosse reconhecida ou executada no Brasil, ela devia ser primeiramente homologada no país onde ela havia sido proferida⁴⁰⁸.

A *irrecorribilidade*, por sua vez, consiste na impossibilidade de recurso da decisão arbitral. Essa característica acaba gerando um atributo positivo à arbitragem, a maior celeridade na decisão do litígio, e acaba afastando o inconveniente de se esperar por anos pelo proferimento de uma decisão por via tradicional. Ressalta-se, todavia, que a irrecorribilidade da decisão arbitral constitui uma característica inerente ao sistema jurídico brasileiro, não sendo adotado por todos os países indistintamente. Na Argentina, o recurso da sentença arbitral é expressamente previsto, por exemplo, no art. 758 do Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. E serão admitidos os mesmos recursos cabidos às sentenças estatais.

O princípio da *competência-competência* é outro caracterizador da arbitragem. Por esse princípio, os árbitros são considerados competentes para decidir sobre sua própria competência, ou seja, qualquer incidente no decorrer do juízo arbitral, com exceção da nulidade da sentença⁴⁰⁹, será decidido pelos próprios árbitros, tornando o instituto mais célere. A celeridade proporcionada por esse princípio advém da não-necessidade de se socorrer ao Poder Judiciário toda vez que surgir um incidente ao longo do procedimento arbitral. Se, de outra forma, o Poder Judiciário fosse competente para solucionar todas as pendências relativas ao instituto, um litígio submetido à arbitragem poderia levar anos para ser concluído, além do que o levantamento desses incidentes poderia ser motivo de procrastinação por parte de um litigante mal-intencionado, inviabilizando, assim, a adoção desse instituto.

3.1.2 Vantagens

A divisão entre as características e vantagens da arbitragem foi realizada para que houvesse uma melhor visualização do que se determinou como características e como vantagens desse instituto. Observa-se, contudo, que, geralmente, uma característica está interligada a outra característica, vindo algumas delas a gerar vantagens atribuídas à arbitragem, tais como celeridade, custos minorados, manutenção das relações interpessoais, confiabilidade, sigilo e conhecimento da matéria. Por vezes, é difícil a demarcação nítida de

⁴⁰⁸ Vide infra: seção 3.3.

⁴⁰⁹ Lei de Arbitragem brasileira, art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos previstos nesta Lei.

onde termina uma característica e começa uma vantagem. Sabe-se, no entanto, que essas duas expressões possuem conceituações distintas, em que característica compreende uma individualização, uma particularidade do instituto, enquanto vantagem compreende um lucro adquirido por quem se utilizar desse instituto.

A *celeridade*, que ora foi apresentada como característica, também constitui uma das vantagens da arbitragem. Isso ocorre, como já se referiu, pelo aprazamento estipulado pelas próprias partes e, se nada for acordado, da necessidade de a sentença arbitral ser proferida no curto prazo de seis meses⁴¹⁰.

O *custo*, vantagem lembrada por instituições arbitrais como o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA) e a Confederação das Associações Comerciais do Brasil (CACB), aqui é vista como uma vantagem relativa, pois os custos de um procedimento arbitral, por vezes, são dispendiosos; na maioria das vezes, por exemplo, o pagamento dos honorários dos árbitros é feito por hora, vindo a ser mais oneroso que uma solução por via tradicional de solução de litígios no Judiciário brasileiro. A justificativa, no entanto, para o custo ser computado como uma vantagem do juízo arbitral, está na compensação do tempo ganho com a solução rápida do litígio viabilizada pela arbitragem, mas não pela minoração das custas em si.

Manutenção das relações interpessoais é uma vantagem que surge da tentativa das partes de dirimir o conflito da forma mais rápida e pacífica possível, pois, geralmente, quem faz opção por ter seus conflitos solucionados pela arbitragem é pessoa física ou jurídica que possui necessidade de acelerar a resolução do litígio, com intenção de preservar as relações com o outro litigante, principalmente se as negociações entre as partes forem de longa duração. Preservam-se as relações e negociações futuras, corroborando, assim, a noção de justiça coexistencial, que visa à manutenção dos institutos integrais⁴¹¹.

A *confiabilidade* mostra-se outra vantagem, pois, como as partes escolhem o terceiro que irá solucionar seu litígio, por uma manifestação autônoma de vontade, a credibilidade depositada nessa pessoa é muito maior.

O *sigilo* constitui outra vantagem. Isso porque em determinadas situações há a necessidade, por parte dos litigantes, de manter em segredo o conteúdo do contrato, e a arbitragem proporciona essa condição: “as deliberações dos árbitros e o conteúdo da sentença arbitral permanecerão em confidencialidade perpétua, a menos que as partes liberem o árbitro

⁴¹⁰ Art. 23 da Lei de Arbitragem.

⁴¹¹ Sobre justiça coexistencial e instituições integrais, vide capítulo 2, tópico 2.1.1, “c”.

dessa obrigação”⁴¹², como ressalta Selma Maria Ferreira Lemes. Essa vantagem torna-se providencial quando o objeto do litígio versar sobre segredo de mercado ou de propriedade intelectual. Desse modo, a arbitragem vem atender a esse auspício, preservando as partes e, por vezes, evitando constrangimento aos litigantes.

E, por fim, outra vantagem é a *especialização* da matéria. Como as partes são autorizadas a escolher o árbitro, entende-se que as partes farão opção por alguém que tenha entendimento pleno da matéria, fazendo, por vezes, a função que o perito faria na jurisdição tradicional. Portanto, geralmente, o árbitro que decidirá o caso é um *expert* na matéria a ser solucionada. Joel Dias Figueira Júnior enfatiza essa característica ao afirmar que

[...] a arbitragem é mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontado com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes (quase) irresponsáveis⁴¹³.

Por todas essas vantagens é que a literatura em geral consagra, a arbitragem como um método seguro e eficaz de resolução de litígios.

3.2 As Vantagens da Arbitragem e as Problemáticas do Poder Judiciário

No Capítulo II, observou-se que o Poder Judiciário apresenta problemas claros de acesso à Justiça ora, por fatores diretamente ligados a esse Poder, como a morosidade, o surgimento de novos direitos, custas processuais, sobrecarga do Poder Judiciário, desaparecimento e burocratização, ora por fatores externos a ele, como: recursos financeiros das partes, aptidão para reconhecer um direito e propor a ação ou sua defesa, desinformação, fator psicossocial e confiabilidade. Nesse tópico, pretende-se fazer uma confrontação dos problemas apresentados pelo Poder Judiciário e as vantagens proporcionadas pela arbitragem, para se analisar até que ponto esta pode trazer uma melhora ao quadro que atravessa o Poder Judiciário.

Como se citou anteriormente, uma das vantagens proporcionadas pela arbitragem é a celeridade, vantagem essa sobressaliente se comparada com o maior problema enfrentado pelo Poder Judiciário: a morosidade. No Brasil, essa agilidade decorre da previsão feita pela

⁴¹² LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: o padrão de conduta ideal*, p. 263.

própria Lei de Arbitragem, que determina que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes, ou, se nada houver sido estipulado, no prazo máximo de seis meses, podendo esse prazo ser prorrogado, desde que haja a concordância das partes⁴¹⁴. Ressalta-se, inclusive, que, se a sentença arbitral não for proferida no prazo estipulado, ela é considerada nula. Para se declarar a nulidade da sentença arbitral, no entanto, a parte interessada deve pleitear essa declaração ao órgão do Poder Judiciário competente⁴¹⁵.

Dois fatores, no Brasil influenciam positivamente a celeridade do juízo arbitral: a irrecorribilidade das decisões arbitrais (interlocutórias ou sentença arbitral) e a inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário⁴¹⁶. A legislação argentina, por sua vez, ainda é mais rígida com relação ao prazo de proferimento da sentença arbitral. Esta legislação determina que, não havendo justificativa para o não-proferimento da decisão no prazo estipulado, não serão devidos honorários aos árbitros além de estes poderem ser responsabilizados por perdas e danos (*daños y perjuicios*)⁴¹⁷.

A celeridade na decisão do litígio tem cada vez mais se feito necessária, pois o tempo dos contratos, principalmente nas transações comerciais, não mais condiz com o tempo do processo. A arbitragem surge, assim, como uma resposta direta a esse problema, pois tempo é dinheiro⁴¹⁸. Esse chavão possui coerência. Cada vez mais as empresas têm procurado a arbitragem para solucionar seus litígios; inclusive as que possuem grandes recursos financeiros, porque as custas judiciais são menos preocupantes do que a demora na prestação jurisdicional, insuportável e insustentável para esses litigantes. José Renato Nalini retrata de maneira clara esse quadro: “[...] grupos financeiros de expressão, notadamente de capital internacional ou multinacional, também não se submetem ao Judiciário. Os interesses que os movem e o vulto financeiro que assumem não se compadecem com a morosidade da justiça. A arbitragem, de há muito absorvida pelo sistema, assimila todos os conflitos”⁴¹⁹. Constata-se que, por vezes a arbitragem é procurada para solucionar o litígio, não por ser um meio menos oneroso, mas sim por corresponder a uma necessidade básica: que o tempo do processo corresponda à exigência do tempo real das transações.

Essa necessidade de resolução rápida dos conflitos ocorre em virtude da instabilidade econômica e da volatilidade dos preços, que se faz sentir mesmo nos países que conseguiram

⁴¹³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, p. 102.

⁴¹⁴ Cf. *caput* e parágrafo único do art. 23 da Lei de Arbitragem brasileira.

⁴¹⁵ Cf. Lei de Arbitragem brasileira art. 32, VII e art. 33.

⁴¹⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, p. 103.

⁴¹⁷ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, art. 756.

⁴¹⁸ LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 16.

debelar completamente a inflação. Assim, a demora na prestação jurisdicional pode gerar uma injustiça, tornado impossível o restabelecimento do *status quo ante*⁴²⁰.

No entanto, como observa Dalmo de Abreu Dallari, torna-se “indispensável que a pressa em decidir e o cuidado de economizar não prevaleçam em prejuízo do conhecimento mais complexo dos elementos necessários à boa solução”⁴²¹. Essa questão é relevante, mas se se considerar que a arbitragem é uma justiça de técnicos e um instituto que preserva as relações interpessoais, pode-se presumir uma decisão rápida e sem prejuízo de sua qualidade.

A dificuldade de adaptação ao surgimento de novos direitos é outro problema enfrentado pelo Poder Judiciário⁴²². A cada dia surgem novos direitos, que devem ser protegidos pelo Estado, e para tanto faz-se necessária uma adaptação do modo tradicional de resolução de conflitos. A arbitragem, diante desses fatos, constitui-se num mecanismo mais flexível, podendo disciplinar os novos litígios, satisfazendo uma exigência da vida moderna, por ser baseada no princípio da autonomia da vontade e disponibilizando às partes a opção de solucionar os litígios mediante a utilização da equidade. Esse tipo de arbitragem é pouco utilizado, mas mesmo assim constitui uma opção possível.

A criação do Centro de Arbitragem e Mediação por parte da Organização Mundial de Propriedade Intelectual (World Intellectual Property Organization) é um exemplo dessa adaptação. Esse centro foi criado há cinco anos “em resposta à incapacidade dos sistemas jurídicos nacionais de lidar com a complexidade técnica e as múltiplas jurisdições de tais disputas”⁴²³, como ressalta Hiram Chodosh. O Centro tem por objetivo assegurar o ritmo das mudanças nos mercados nacionais e nos mercados globais emergentes, o que resulta em pressões cada vez maiores sobre os grandes interesses comerciais, no sentido de resolver as disputas rapidamente, a baixo custo e de forma amistosa, construtiva e criativa, para maximizar os interesses em longo prazo e para preservar as relações comerciais existentes⁴²⁴. Assim, a justiça tradicional tem sido incapaz de solucionar alguns litígios, e as partes os têm satisfatoriamente solucionado por meio de jurisdição privada.

⁴¹⁹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**, p. 31.

⁴²⁰ WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente, p. 18.

⁴²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 106-107.

⁴²² Vide tópico 2.3.1.

⁴²³ CHODOSH, Hiram E. **A mediação jurídica e a cultura legal**. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov>>. Acesso em: 19 jan. 2002.

⁴²⁴ CHODOSH, Hiram E. **A mediação jurídica e a cultura legal**. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov>>. Acesso em: 19 jan. 2002.

No entanto, no que diz respeito às custas processuais, como se adiantou anteriormente, essa vantagem pode ser considerada relativa. A arbitragem possui custas, e essas podem ser altas, mas, se comparadas às custas de uma decisão definitiva do Judiciário, elas ainda são vantajosas. Isso porque aos custos de uma decisão final por via tradicional são contabilizados os honorários, as taxas, o preparo para o recebimento de um recurso, o que resulta num montante relativamente maior que as custas de um litígio solucionado por via arbitral; além do tempo muito mais dilatado para que uma decisão definitiva seja proferida no Judiciário. Joel Dias Figueira Júnior observa que, “[...] mesmo sendo as despesas de todo o procedimento arbitral arcadas pelos litigantes, o seu custo final, ou melhor, o seu custo-benefício, certamente ultrapassará as expectativas das partes”⁴²⁵.

É importante ainda ressaltar que as arbitragens, principalmente as institucionais, são inviáveis para a maioria da população, não sendo, portanto, um instituto popularizado. Adverte-se, desse modo, que, antes de se fazer uma opção pela via arbitral ou pela via tradicional, deve-se ponderar todas as características do litígio, pois apenas as custas não justificam a adoção da arbitragem.

Assim, conclui-se que a arbitragem possui vantagens claras, como se pôde observar, mas de longe será um instituto acessível a todos. Não se deve esquecer, contudo, que a arbitragem tem um impacto social positivo, visto que retira causas complexas do Judiciário, que lhe demandariam muito tempo e que, uma vez instaurado um juízo arbitral para solucioná-las, haverá mais tempo para solucionar conflitos de competência exclusiva do Poder Judiciário. Welber Barral, a esse respeito, assevera que a arbitragem “permite que o Judiciário se desafogue de litígios comerciais, e possa se dedicar aos litígios que envolvam interesse público ou direitos indisponíveis”⁴²⁶.

Associada a essas vantagens, outra pode ser considerada: a promoção da adimplência, pois não permite a delonga no processo, não premiando os litigantes mal-intencionados.

A arbitragem, desta forma, soluciona apenas em parte o problema da sobrecarga do Poder Judiciário, visto que só poderão ser objeto de arbitragem os conflitos que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como dispõe o art. 1º da Lei de Arbitragem brasileira. Ela, portanto, não alcança todos os conflitos de um modo geral, além disso só é utilizada por pessoas que estejam adaptadas e informadas a respeito do instituto, ou seja, um número relativamente reduzido de pessoas, ao menos no Brasil. Deduz-se, portanto, que uma

⁴²⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*, p. 103.

⁴²⁶ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 102.

preocupação recorrente de que a arbitragem poderia esvaziar o Judiciário acaba não sendo sustentada, pois “a maioria dos litígios hoje no Judiciário não é arbitrável, e envolvem interesse público”⁴²⁷, como já adiantava Welber Barral. Dessa forma, o problema da sobrecarga do Judiciário não será solucionado satisfatoriamente apenas pela adoção de uma nova lei sobre arbitragem.

Mas, de outro modo, a arbitragem demonstra-se mais prática e informal do que a jurisdição estatal, não necessitando de todos os aparatos utilizados por essa via tradicional de solução de litígios, aspecto de extrema relevância para as transações comerciais, visto que necessitam de uma simplificação dos instrumentos processuais, a fim de corresponder o tempo do processo ao tempo real de negociação. Cláudio Vianna de Lima já esclarecia que,

Com efeito, às técnicas mercantis, práticas e objetivas, bem se ajustam a simplicidade e o informalismo da solução amigável, sem desnecessários tropeços, mais indicada a, por vezes existente, complexidade, urgência e vulto dos negócios, não raro exigindo, no seu trato, conhecimentos especializados. Esta especialização é que, também não raramente, assegura a solução mais pronta, adequada e justa dos próprios conflitos de interesses, do que muito poucos se apercebem. Presteza, adequação e justiça que o Judiciário – tanto mais obstaculado pelo número excessivo de demandas! – não tem e não pode ter. Os magistrados oficiais – com raras e honrosas exceções de praxe – formados, deformados e conformados na contenciosidade, são infensos, via de regra, a meios amigáveis de pacificação dos conflitos. Não dominam – e não têm possibilidade de dominar – as variadas tecnologias (muito menos as “de ponta” que o empresário corre a viabilizar). Reunindo o árbitro, como é comum, a condição de *expert*, na matéria conflituosa, e de julgador, tem, incomensuravelmente, muitíssimo e maior conhecimento de causa para bem decidir⁴²⁸.

Dos problemas aqui chamados de fatores externos ao Judiciário, a arbitragem vem solucionar apenas a questão da confiabilidade. Isso porque os outros fatores, recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor a ação ou sua defesa, desinformação, fator psicossocial, dependem exclusivamente de uma boa informação. Essa falta de informação é que constitui um dos gravames para a não-adoção da arbitragem, pois além de se tratar de um instituto “novo”, e, por esse motivo de difícil assimilação por leigos e até mesmo para os profissionais do Direito, as poucas divulgações da matéria difundem a idéia de um instituto mal elaborado, exercido por pessoas pouco habilitadas, por tribunais com o objetivo único e exclusivo de beneficiar-se com o recurso financeiro das partes litigantes, criado apenas com o intuito de legitimar fraudes.

Desse modo, o único problema que pode ser solucionado diretamente pela arbitragem é a confiabilidade, isso porque ela deriva da decisão prévia das partes para

⁴²⁷ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 102.

designarem um árbitro que decidirá a questão e que necessita única e exclusivamente dois requisitos: capacidade e a confiança das partes⁴²⁹.

Conclui-se, portanto, que a arbitragem soluciona alguns dos problemas sérios pelos quais está atravessando o Poder Judiciário, mas não constitui uma solução milagrosa. No Brasil, alguns problemas a respeito do instituto foram suscitados e outros continuam em aberto, é o que se passa a analisar.

3.3 Os Problemas Enfrentados pela Arbitragem

A arbitragem, há muito presente no sistema jurídico brasileiro, ainda possui pouca utilização no ordenamento do país. Pedro A. Batista Martins justifica que a ineficácia da cláusula compromissória e a necessidade de homologação da decisão arbitral foram os grandes problemas para que a arbitragem tivesse a sua implementação entravada. Acrescenta esse autor que, “não fossem esses obstáculos, estaríamos, por certo, anos-luz à frente dos demais povos em termos de jurisprudência, doutrina e prática arbitral”⁴³⁰.

A homologação do laudo arbitral, que consistia na apreciação por parte do Judiciário da decisão proferida pelos árbitros, foi revogada, satisfatoriamente, pela Lei nº 9.307/96. Essa homologação era expressamente prevista no art. 1.098 do CPC, que estabelecia que “é competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originariamente tocar o julgamento da causa”. Essa homologação, portanto, era pressuposto de validade desse laudo e ainda requisito básico para que ele surtisse seus efeitos. Pode-se imaginar quão inviável era a adoção desse instituto, pois, ao invés da celeridade, característica básica da arbitragem, via-se um instituto truncado, sem fundamento, uma vez que a solução do litígio ficava a cargo do Judiciário, desprezando-se, portanto, o princípio da autonomia das partes⁴³¹. Incorria isso

⁴²⁸ LIMA, Cláudio Vianna de. A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem, p. 16.

⁴²⁹ Art. 13 da Lei de Arbitragem.

⁴³⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 15.

⁴³¹ Cf. José Alexandre Tavares Guerreiro, “segundo uma concepção por assim dizer tradicional, por vontade autônoma entende-se aquela que tem em si própria um poder criador de situações jurídicas”. E ainda, ressalta que “a vontade, como fator determinante, *per se*, de preceitos no campo negocial ou contratual, corresponderia à *fons et origo* da obrigatoriedade jurídica decorrente das recíprocas declarações das partes, pondo-se de acordo quanto à forma e ao conteúdo do convencimento”; de tal modo que, “corresponde a *autonomia* a autêntica *potestas* de auto-regulamentação dos próprios interesses e relações exercidas pelo titular, projetando-se no *negócio jurídico*, concebido como ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou

numa demora da solução da controvérsia e num abarrotamento do Judiciário com novas demandas, além de afastar as vantagens da celeridade e a confidencialidade atribuídas à arbitragem. O problema, contudo, era mais complexo, pois, como observa Welber Barral, “o Judiciário, ao invés de aplicar simples juízo de deliberação, conforme expressamente determinado no CPC, recusava-se não raramente a homologar o laudo em razão do mérito, o que suscitava recursos infundáveis às instâncias superiores”⁴³².

No âmbito internacional, o quadro ainda era pior, já que havia a necessidade de dupla homologação da sentença arbitral. Essa sentença, portanto, além de ser homologada no país onde foi proferida, devia ser novamente homologada no Brasil, requisito essencial para que ela fosse reconhecida ou executada no país. O caso *Otraco S.A versus Conoil* (SE-2.006) foi um exemplo desse posicionamento no sistema jurídico brasileiro. O caso citado se originou de um requerimento da empresa suíça Otraco S.A para homologar a sentença arbitral proferida pelo tribunal arbitral *The Cattle Food Trade Association*, com sede em Londres. Essa sentença condenava a empresa brasileira Companhia Nacional de Óleos Vegetais, Conoil, a pagar indenização fixada em 40.000 francos franceses. O pedido de homologação, no entanto, foi indeferido pelo STF, por a referida sentença não ter sido homologada no país de origem⁴³³.

A Lei Marco Maciel, de maneira feliz, solucionou esses problemas, afastando completamente a exigência de homologação de sentenças e laudos arbitrais proferidos no país, como dispõe o art. 18 da Lei de Arbitragem: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário”. Com relação às sentenças arbitrais estrangeiras, foi afastada a dupla homologação. Há necessidade apenas de que essa sentença seja homologada única e exclusiva pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale ressaltar ainda que, conforme determina o art. 34 da Lei de Arbitragem, “a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da Lei nº 9.307/96”. Dessa maneira, o Brasil capacitou os tratados por ele ratificados para disciplinar sobre matéria de reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira. Tem-se, atualmente, duas convenções ratificadas pelo Brasil que dão diretrizes a essas matérias: a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial

a extinção de relações jurídicas entre particulares” (**Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**, p. 38-39).

⁴³² BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**, p. 99.

⁴³³ SE-2006, que teve como relator o Min. Oswaldo Trigueiro, e por votação unânime teve sua homologação indeferida. Essa sentença estrangeira teve seu julgamento em 18.11.1971 e publicação em 21.12.1971.

Internacional (Convenção do Panamá, de 1975) e a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Convenção de Montevidéu, de 1979)⁴³⁴. O Protocolo de Genebra, que foi ratificado pelo Brasil, não disciplina especificamente o assunto.

A primeira dessas convenções dispõe no seu art. 4º que “sua execução ou reconhecimento poderá ser exigido da mesma maneira que a das sentenças proferidas por tribunais ordinários nacionais ou estrangeiros, segundo as leis processuais do país onde forem executadas e o que for estabelecido a tal respeito por tratados internacionais”. E, logo a seguir, no art. 5º, determina taxativamente quais os casos em que poderão ser denegados o reconhecimento e a execução de tais sentenças. A Convenção de Montevidéu, por sua vez, determina no seu art. 1º que “as normas desta Convenção aplicar-se-ão, no tocante a laudos arbitrais, em tudo o que não estiver previsto na Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975”. Disciplina, ainda, nos artigos seguintes, as condições de eficácia extraterritorial nos Estados-Partes das sentenças e laudos arbitrais (art. 2º), os documentos necessários para solicitação do cumprimentos dessas sentenças e laudos (art. 3º) e a admissão de eficácia parcial dessas quando requerida pelas partes (art. 4º).

No entanto, a Convenção que mais contribuiu para a elucidação dos problemas referentes ao reconhecimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros, a Convenção de Nova Iorque, não foi ratificada pelo Brasil, mas, apesar disso, teve seu texto consultado e estudado para dar redação à Lei de Arbitragem brasileira. Essa Lei, portanto, será competente para solucionar os problemas referentes ao reconhecimento e execução dessas sentenças quando as Convenções supracitadas não disciplinarem algumas particularidades da matéria, como é o caso, por exemplo, da determinação do órgão competente e do procedimento processual adequado para a homologação de tais sentenças e laudos⁴³⁵.

Como se observou, os problemas relativos à cláusula arbitral foram solucionados pela Lei da Arbitragem, bem como os relativos à sua homologação. No entanto, um novo problema foi levantado e, embora mais complexo, possuía justificativa infundada, como foi comprovado em 12 de dezembro de 2001. Esse problema versava sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96, quando os ministros Sepúlveda Pertence, Sidney

Ementa: Sentença estrangeira. Decisão proferida por juízo arbitral, sem haver sido homologada por tribunal do país de origem. Pedido de homologação indeferido. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2002.

⁴³⁴ A Convenção do Panamá foi promulgada pelo Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996; e a Convenção de Montevidéu, pelo Decreto nº 2.411, de 11 de junho de 1996.

Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves alegavam que os arts. 6º e 7º da referida Lei⁴³⁶ conflitavam com o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴³⁷, vindo a afastar da apreciação do Judiciário matérias a ele pertinentes. E, por conseguinte, como observa Pedro A. Batista Martins, “[...] tornaria ilegal a transferência do poder decisório sobre um litígio, do Judiciário para órgãos privados”⁴³⁸. O incidente surgiu do pedido de homologação de uma sentença estrangeira proferida na Espanha, em que a empresa brasileira Resil foi condenada a pagar determinada quantia a uma empresa suíça MBV. Ressalta-se que a empresa brasileira não negava a legitimidade da homologação e fazia questão de quitar sua dívida, a fim de preservar seu nome no mercado internacional.

Entretanto, o relator do caso (SE-5.206), Ministro Sepúlveda Pertence, entendeu que a cláusula compromissória não era passível de execução específica. A renúncia do cidadão à tutela jurisdicional estatal, antes da existência do litígio, violaria a garantia de acesso ao Judiciário. Desse modo, ele decidiu que a renúncia antecipada ao direito de ação não produzia efeito legal por ferir a Constituição Federal⁴³⁹.

Dessa forma, o incidente resultou num agravo regimental que suscitou a inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem brasileira. Além do mais, a interpretação do Ministro Pertence foi a de que a lei conflitava com a Constituição ao dispensar a justiça estatal para ratificação da decisão. Ou seja, para o Ministro, o mandamento constitucional que determinava a inafastabilidade do acesso ao Judiciário esvaziaria a solução privada da solução de controvérsias⁴⁴⁰. Sobre esse voto, Rabih Ali Nasser observa que

A justificativa principal para a decisão do ministro é a de que, apesar de as partes de uma relação jurídica poderem abrir mão do direito que a Constituição garante de levarem quaisquer litígios ao Poder Judiciário, a renúncia a esse direito apenas pode ser considerada definitiva quando o litígio ou disputa já tiver surgido e tiver seus

⁴³⁵ Lei de Arbitragem brasileira, capítulo VI.

⁴³⁶ Lei de Arbitragem, art. 6º. Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte invocada ou, comparecendo, recusando-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocava o julgamento da causa.

Lei de Arbitragem, art. 7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

⁴³⁷ CF, art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴³⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto, p. 15.

⁴³⁹ Vide voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2001.

⁴⁴⁰ Supremo declara constitucional a Lei de Arbitragem. Disponível em: <www.fesac.org.br>. Acesso em: 9 fev. 2002.

contornos claramente definidos. Assim, não bastaria a assinatura de cláusula compromissória em um contrato, seria preciso que a vontade de se sujeitar à arbitragem fosse reafirmada quando do surgimento do litígio específico, através da celebração de compromisso arbitral⁴⁴¹.

Em 1999, no entanto, o mesmo Ministro deferiu o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira (SEC-5.847), oriunda da Inglaterra, afastando a discussão a respeito da constitucionalidade dos dispositivos da Lei de Arbitragem⁴⁴².

Pedro A. Batista Martins que o verdadeiro motivo da inserção do inciso XXXV, no artigo 5º da Constituição, foi o de pôr a termo à experiência ditatorial, em que não raras vezes o Judiciário era impedido de reexaminar questões decididas em inquéritos levados ao conhecimento de comissões paralegais, e que o direito à ampla defesa era esquecido. “As conclusões desses procedimentos eram finais e impositivas, sem que o interessado pudesse submeter, ao Poder Judiciário, a questão apreciada a nível administrativo, em razão de interpretação que se dava a determinadas regras inseridas em nosso sistema legal”⁴⁴³, conclui o referido autor.

José Maria Rossani Garcez também contribui para elucidar o verdadeiro motivo da inserção do art. 5º, XXXV como dispositivo constitucional. Alega esse autor que o referido artigo “remonta aos tempos do Estado Novo, em que o regime ditatorial fazia com que os inquéritos parlamentares e policiais fossem levados a efeito sem que os envolvidos tivessem assegurado direito e garantias mínimas, sendo vedado ao Judiciário o *reexame* da questão”. Acrescenta o autor que, “neste contexto, no regime de 1937, justificou-se o preceito inserido na CF de 1946 em razão da legislação existente, excludentes de apreciação judicial inquéritos parlamentares e policiais, prevendo não poder a *lei* excluir a apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça de direito, sendo ele mantido nas Cartas de 1967 e 1988, quase com a mesma redação”⁴⁴⁴, para ter-se determinado qual o objetivo primeiro do referido dispositivo constitucional.

Pedro A. Martins acrescenta ainda que a norma referida possuía outra finalidade e não a que sustentou o Ministro:

⁴⁴¹ NASSER, Rabih Ali. **A arbitragem discutida no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.crasp.com.br>. Acesso em: 9 fev. 2002.

⁴⁴² **Homologação de sentença arbitral**. Informativo 150 do STF. Brasília, 17 a 21 de maio de 1999. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 fev. 2002.

⁴⁴³ MARTINS, Pedro A. Batista. **Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto**, p. 21.

Visa essa norma constitucional coibir abuso de direito, ato arbitrário ou ilegal por parte de qualquer autoridade, e somente nesses casos deve ser acionada. Objetiva socorrer ou proteger o cidadão de eventual abuso cometido pelo Executivo ou pelo Legislativo, como, aliás, ocorre em qualquer democracia; democracias essas que admitem, e até incentivam, a plena utilização da arbitragem como mais um meio de acesso à tão almejada justiça⁴⁴⁵.

Na realidade, o art. 6º autoriza a parte prejudicada a recorrer ao Poder Judiciário para obrigar a parte que se negar a se submeter ao juízo arbitral, mas apenas quando a cláusula que conveniar a arbitragem for “em branco”, ou seja, quando essa cláusula não prever todos os indicativos de como o juízo arbitral deve ser instaurado. Dessa forma, previram os referidos artigos um modo de solucionar a lacuna de uma cláusula mal elaborada. Geralmente, os problemas relativos à cláusula em branco acontecem quando a arbitragem for *ad hoc*, pois uma arbitragem institucional dispõe detalhadamente o procedimento arbitral ao qual as partes se submeterão e dificilmente possui lacunas. Nesse sentido, José Maria Rossani Garcez observa que,

Quando a cláusula não for *em branco*, o que ocorre na arbitragem institucional regulada por normas de alguma instituição ou por normas convencionais sobre procedimentos específicos ajustadas expressamente entre as partes, não há dúvidas de que ou as normas convencionadas ou as da entidade arbitral submetem, *de per se*, a parte que se negue a prosseguir na arbitragem ou prevêem como o Judiciário, seguindo as normas aplicáveis ou a legislação de arbitragem, possa impor regras a serem seguidas pela parte recalcitrante, de forma a que prossiga o procedimento arbitral de acordo com essas normas. O artigo 5º da Lei de arbitragem, que até agora não foi apontado como também eivado de inconstitucionalidade, prevê expressamente possam as partes reportar-se, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, sendo a arbitragem, nesses casos, instituída e processada de acordo com tais regras⁴⁴⁶.

Da análise dos arts. 6º e 7º, pode-se concluir que o juiz não estará substituindo as partes, inovando a contratação ou perpetrando nenhuma ação contra a letra da Constituição Federal, mas sim apenas protegendo o direito da parte, função esta que lhe é reservada⁴⁴⁷.

Acrescenta ainda Joel Dias Figueira Júnior que “a inconstitucionalidade ocorreria, nesse particular, se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a buscar a solução de seus conflitos de natureza patrimonial por intermédio do juízo arbitral, o que significaria a inadmissível exclusão e, aí sim, afronta ao art. 5º, inc. XXXV e art. 126, da Constituição

⁴⁴⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. *Constitucionalidade da Lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: UERJ, 2001 (Mimeo.), p. 9.

⁴⁴⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. *Embaraços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto*, p. 22.

⁴⁴⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. *Constitucionalidade da Lei 9.307/96*, p. 6.

⁴⁴⁷ GARCEZ, José Maria Rossani. *Constitucionalidade da Lei 9.307/96*, p. 7.

Federal”⁴⁴⁸. Ademais, estão ampliando-se as opções de resolução dos litígios, pois a Lei nº 9.307/96, como conclui o autor, “não representa qualquer afronta ou limitação ao denominado direito aos tribunais; pelo contrário, o espectro de opções como forma alternativa de composição dos conflitos passa a ser ampliado”⁴⁴⁹.

Enfim, em 12 de dezembro de 2001, chegou-se à tão esperada decisão do Supremo com relação à inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem. A solução que já se moldava a reconhecer a constitucionalidade da Lei, nessa data, teve o seu triunfo. Em 4 de maio de 2001, seis dos onze ministros do Supremo já haviam decidido que os arts. 6º e 7º da Lei não afrontavam a Constituição. Essa conclusão, no entanto, foi postergada por mais de seis anos.

Votaram pela constitucionalidade da Lei os Ministros Nelson Jobim, Ellen Grace, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa, Marco Aurélio e José Celso de Mello. Contra o diploma votaram os ministros Sepúlveda Pertence, Sidney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, considerando-se, portanto, a Lei de Arbitragem constitucional, decisão esta publicada no Diário de Justiça do STF de 19 de dezembro de 2001⁴⁵⁰.

A arbitragem, no entanto, enfrenta mais um problema, a ausência de dois dos elementos da jurisdição, o *executio*, ou seja, “o poder de executar ou fazer executar a decisão proferida”⁴⁵¹, e o *coertio*, a aptidão de dispor da força para obter o cumprimento de alguma diligência. Por esse motivo é que autores como Athos Gusmão Carneiro sustentam que a jurisdição somente é exercida pelo Estado, sendo monopólio exclusivo do Poder Judiciário. Esse autor afirma que “a atividade jurisdicional é ‘atividade pública’, constituindo no sistema jurídico brasileiro monopólio do Poder Judiciário, salvante os restritíssimos casos de jurisdição anômolas⁴⁵²”, tais como o processo de *impeachment*, o Tribunal de Contas e o Tribunal Marítimo. No entanto, a arbitragem possui os outros três elementos que compõem a jurisdição: *notio*, o poder do qual se arma o juiz para conhecer da lide ou causa, ou, ainda, para ordenar os atos do processo; *vocatio*, aptidão de convocar as partes para vinculação ao processo e submissão destas às suas conseqüências; e o *iudicium*, o poder de julgar, dando com isso fim ao litígio⁴⁵³.

⁴⁴⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, p. 26.

⁴⁴⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, p. 26.

⁴⁵⁰ Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2002.

⁴⁵¹ PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**. Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 5.

⁴⁵² Apud PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro, p. 5.

⁴⁵³ PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro, p. 5. No mesmo sentido Pedro A. Martins: Se o Estado ainda remanesce com a exclusividade de exercitar a *coertio* e a *executio*, através do Poder Judiciário, ao árbitro é assegurado os demais componentes da jurisdição, a *notio* – faculdade de conhecer da causa, *vocatio* – faculdade de fazer intervir em juízo tudo que se faça útil ao conhecimento da verdade e, principalmente, o *iudicium* – direito de julgar e de pronunciar a sentença, que é a síntese e o componente relevante da jurisdição. (Arbitragem

Apesar de a arbitragem não ter como seus elementos basilares o *executio* e o *coertio*, alguns juristas defendem o seu caráter jurisdicional. É o caso de Adriana Noemi Pucci, que alega que, “após a sanção da Lei n.º 9.307/96 no Brasil, o Estado, no exercício do seu poder soberano, concedeu jurisdição, isto é, poder de ‘dicção do direito’, também aos árbitros, abrindo, desta forma, aos cidadãos, duas vias possíveis de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁴⁵⁴. E em outro trecho dispõe: “pode-se dizer que a função arbitral, diferentemente da judicial, é uma função restritiva, uma vez que somente é viável para as controvérsias de caráter patrimonial relativas a direitos disponíveis, e, na qual, os árbitros carecem de força para coagir os intervenientes no processo; nesses casos, o árbitro deverá requerer auxílio do juiz togado”⁴⁵⁵, ou seja, o contratempo analisado nesse tópico, o de ter dependência relativa do Poder Judiciário. Como lembra René David,

a maior parte dos juristas se divide entre aqueles que vêm na arbitragem, antes de tudo, uma instituição de natureza contratual, pois encontra fundamento em uma convenção, e aqueles que a consideram como um prolongamento da administração da justiça estatal, ou seja, um serviço de natureza pública. No Brasil, a despeito da existência de importante doutrina publicista, nossa incipiente jurisprudência parece tratar a arbitragem ora como uma instituição do direito público, ora como um fenômeno do direito privado, mas sempre em favor da plena eficácia da cláusula⁴⁵⁶.

Athos Gusmão Carneiro situa a arbitragem no rol dos equivalentes jurisdicionais, sentenças de tribunais estrangeiros, por força da obra de Carnelutti, que determina que todo ordenamento jurídico deveria conter meios alternativos para a composição de litígios, sendo estes os tais equivalentes jurisdicionais⁴⁵⁷.

Já para Irineu Strenger, “os árbitros têm o poder de jurisdição; eles dizem o direito, mas não têm *imperium*, pois as partes, pessoas privadas, não o podem conferir. Assim sendo, para ter força executória e para permitir, em particular, às partes adotar medidas de execução, a sentença deve ser objeto de uma decisão de *exequatur*”⁴⁵⁸.

De maneira clara, César Fiúza assevera que

A jurisdição é do Estado. Nada impede, todavia, que a sociedade se ampare em alternativas mais baratas e rápidas, voltando-se, sempre que necessário, ao Poder Público para a palavra final e para o uso da força, obrigando os vencidos a cumprirem a decisão proferida.

através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 39).

⁴⁵⁴ PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro, p. 7.

⁴⁵⁵ PUCCI, Adriana Noemi. Juiz & árbitro, p. 7.

⁴⁵⁶ WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente, p. 32.

⁴⁵⁷ FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**, p. 41.

⁴⁵⁸ STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998, p. 118.

O Estado é falho em sua função jurisdicional, aliás, como em muitas outras. As razões desse mau funcionamento encontram raízes na própria evolução histórica e na ânsia pela manutenção do sistema econômico. Pode-se, facilmente, concluir que as falhas da jurisdição são opção histórica do sistema⁴⁵⁹.

Welber Barral ressalta que a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem vai além de uma simples discussão acadêmica, pois a determinação de tal natureza traz conseqüências políticas, que vêm a determinar um limite de atuação do Estado e da utilização da arbitragem⁴⁶⁰. Esse debate, como se pode constatar, é longo, podendo ser objeto de outra pesquisa. O que importa aqui é saber de sua existência e determinar que, jurisdicional ou não, a arbitragem constitui um mecanismo apto para a solução de litígios.

Pensa-se, no entanto, que há um problema mais complexo, principalmente no Brasil, com relação à arbitragem e que deve ser enfrentado e combatido: o problema cultural. As pessoas tardam a acreditar naquilo que não conhecem; cria-se, assim, uma certa resistência à adoção da arbitragem como forma de solução de litígios.

Para que haja uma mudança significativa desse problema cultural, duas modificações imediatas fazem-se necessárias: a mudança de mentalidade dos operadores jurídicos e o afastamento das expectativas “paternalista” do Estado.

Essa mudança de mentalidade consiste em afastar a idéia de que o confronto é natural para os litigantes. Essa mudança, como se citou acima, depende primeiramente da mudança de mentalidade dos operadores do direito. Primeiro, a dos advogados, pois esses, claramente, estão habituados a resolver os conflitos de interesses de seus clientes percebendo cada litígio como uma disputa, idéia que vem inculcada da visão desfocada da realidade dos tribunais tradicionais. Nesse caso, a satisfação do cliente está, erroneamente, em vencer a contenda, não importando qual o meio empregado para se chegar a esse resultado, mesmo que o preço seja utilizar-se de artimanhas legais para procrastinar a decisão. Com a noção de justiça coexistencial, essa mentalidade não mais tem sustentação; o que se deseja é a solução do litígio sem artificios, por meio da manutenção das relações interpessoais. Nesse sentido, Maristela Basso observa que

A responsabilidade pelo instituto da arbitragem não ter prosperado no Brasil, como contrariamente ocorreu em outros países, não pousa exclusivamente na lei, como afirmam alguns, nem mesmo nos juizes, como querem outros. O maior problema está na mentalidade formalista e estatizante impregnada na sociedade e, em especial, nos advogados que endurecem e enferrujam a noção de ordem pública elevando-a a tal extremo que acabam por afastar toda e qualquer iniciativa de

⁴⁵⁹ FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*, p. 35.

⁴⁶⁰ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 55 e 59.

autocomposição voluntária. Daí porque o reconhecimento da arbitragem como excelente método de solução de controvérsias não dependerá apenas da nova Lei, mas de mudanças profundas de *mentalidade* de todos os *operadores jurídicos*⁴⁶¹.

Segundo, a resistência por parte de alguns juízes também se torna um entrave à evolução da arbitragem. Mas sua resistência possui outra justificativa, o temor do esvaziamento dos litígios à apreciação do Judiciário e de que o Poder Judiciário será colocado em segundo plano. Este temor não possui justificativa empírica, pois como se viu anteriormente, os conflitos passíveis de solução por arbitragem são limitados a direitos patrimoniais disponíveis e o custo de uma arbitragem, geralmente, é alto.

De outro lado, os casos passíveis de serem arbitrados, por vezes, não são retirados do Judiciário, pois o Estado brasileiro, paternalista, acaba por dificultar o rompimento do elo de proteção entre a jurisdição estatal e os seus tutelados. Desse comportamento, surge a dependência inconsciente das pessoas à “segurança” proporcionada pela resolução dos seus litígios por vias tradicionais de acesso à Justiça. A arbitragem, por vezes, é relegada por se difundir que sua decisão pode vir a ser de difícil exequibilidade. Sobre este fenômeno Cézár Fiúza nota que,

Por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de consequência, como é do Estado a tarefa de resolver todos nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios. [...] Realmente, *não fosse o aspecto cultural*, seria difícil compreender o desuso do instituto em nosso país⁴⁶².

Acompanha esse pensamento Pedro A. Batista Martins, quando especifica que é devido ao rigoroso intervencionismo estatal na vida do país que as barreiras psicológicas são incrustadas no inconsciente da nação⁴⁶³. Isso acaba por causar insegurança às pessoas, que não conseguem dirimir autonomamente seus conflitos, não se ocupando da arbitragem. Acrescenta Pedro A. Batista Martins que,

A par das barreiras “visíveis”, outras, de fundo psicológico ou cultural, instalaram-se no inconsciente coletivo da nação, de tal modo, que se fizeram sentir contra a implementação da arbitragem no Brasil. [...]

⁴⁶¹ Apud SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural*, p. 47.

⁴⁶² FIUZA, Cézár. *Teoria geral da arbitragem*, p. 217.

⁴⁶³ MARTINS, Pedro A. Batista. *Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto*, p. 15.

Trata-se da tendência nacional de se apegar ao Estado para a ele reportar todas as mazelas da sociedade, mesmo daquelas cuja solução não é da relevância do papel estatal⁴⁶⁴.

Essas barreiras são difíceis de serem ultrapassadas. Observa-se, no entanto, que essa relação entre o Estado–tutelado e o cidadão é paradoxal, pois, ao mesmo tempo, tem-se, em um extremo, uma dependência filial da tutela jurisdicional proferida pelo Estado, e, em outro, um descrédito nessa forma de jurisdição. Esse quadro é mais negativo quando esse descrédito é associado com impunidade. É o que observa Armando Castelar Pinheiro:

Há vários grupos que podem perder com a reforma do judiciário. Por exemplo, a burocracia encarregada do sistema e aqueles que vivem de vender facilidades para acelerar o andamento de processos. Mas mesmo entre as empresas há aqueles que têm uma posição ambígua sobre aumentar a eficiência do Judiciário. Por exemplo, 53% dos empresários entrevistados pelo IDESP acham que a lentidão da Justiça do Trabalho lhes é benéfica ou pelo menos neutra. Além disso, a pesquisa do IBOPE mostra que os grupos mais prejudicados pelo mau funcionamento da Justiça são os que têm menor capacidade de mobilização⁴⁶⁵.

A jurisdição estatal, geralmente morosa, inviabiliza o pleno acesso à Justiça. E inviabiliza também a afirmação do instituto da arbitragem, porque o Poder Judiciário emana a noção de impunidade, visto que os processos em tramite nesse Poder, facilmente, podem ser protelados e ter a sua prestação descumprida. Desse modo, partes mal-intencionadas preferem que seus litígios sejam levados a conhecimento do Judiciário, ao invés de procurarem um meio menos traumático de solução de controvérsias. Não se forma uma cultura voltada à preservação de valores maiores. Prefere-se a adoção de soluções mais morosas e conflituosas a meios mais pacíficos de resolução de disputas. A idéia de disputa, por sua vez, está erroneamente inculcada como um duelo, em que apenas uma das partes sairá como vencedora. E a parte vencedora demonstrará a todos sua razão comprovada.

3.4 A Arbitragem como Alternativa ao Poder Judiciário

Conforme a estrutura proposta, esse último tópico procura analisar o quadro atual que a arbitragem atravessa. Procura-se analisar aqui:

- a) a possibilidade de reversão da crise enfrentada pelo Judiciário;

⁴⁶⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Embarços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto, p. 31.

⁴⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar. *A reforma do Judiciário: uma análise econômica*. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2002.

- b) se os problemas enfrentados pela arbitragem mostram-se um obstáculo para a afirmação desse instituto como forma de solução de controvérsias;
- c) qual a receptividade atual do instituto em termos de aumento de demanda;
- d) se a arbitragem preenche as expectativas atuais de acesso à Justiça;
- e) as novas tendências do instituto e a sua adoção como alternativa ao Judiciário.

3.4.1 Possibilidade de Reversão da Crise Enfrentada pelo Judiciário

A primeira constatação é a de que há uma impossibilidade de adaptação da jurisdição estatal à nova realidade social. A justificativa para tal afirmação surge da difícil reversão dos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, apesar dos vários esforços e reformas para tentar diminuir o impacto desses problemas, que versam sobre o aumento de demanda ao Poder Judiciário aliados com o seu desaparecimento material e pessoal, que vem a dificultar a manutenção do fluxo dos processos, e pode levar anos para que uma decisão definitiva ao caso seja proferida. O Poder Judiciário chegou num estágio irreversível, como observa Marc Galanter: “por mais que se efetive reformas profundas do Judiciário e sua maior presença na sociedade, sempre ocorrerá um limite. Não só a Justiça estará fadada a não dar conta de todas as demandas de resolução de conflitos crescente nas sociedades, como elas próprias apresentam uma certa autonomia de solucionar com suas forças alguns de seus conflitos”⁴⁶⁶.

A morosidade, problema crucial enfrentado pelo Poder Judiciário, cada vez mais tem se evidenciado. Uma pesquisa realizada pelo IDESP demonstra que 87% dos pesquisados acreditam que o problema do Brasil não está nas leis, mas na lentidão da justiça. Outros dados são demonstrados por Armando Castelar Pinheiro: 90,8% dos 595 empresários entrevistados pensam ser ruim a agilidade do Judiciário. Um exemplo dessa morosidade, é a própria homologação da sentença arbitral SE-5.206, o caso MBV X Resil, citado anteriormente. Ali, uma simples homologação de sentença, por motivo de um agravo regimental, prolongou-se por mais de seis anos, prejudicando a consolidação do instituto da arbitragem, que por fim foi considerado constitucional. Dos males o menor: por fim, legitimou-se o princípio racional da autonomia das partes.

Algumas alternativas necessariamente devem ser criadas. Foi o que se intentou com o movimento de revitalização de acesso à Justiça, que trouxe, em momentos distintos,

⁴⁶⁶ VIEIRA, José Ribas. O Judiciário e a democratização adiada: alternativas. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). *Lições de direito alternativo 2*. São Paulo: Acadêmica, 1992, p. 117.

prováveis soluções para os problemas observados na época e que foi um dos fatores a viabilizar a concretização da arbitragem.

No entanto, a arbitragem não veio a substituir o procedimento judicial, tampouco ela ressurgiu como solução milagrosa, visto que não consegue abarcar a maioria dos litígios, pela limitação do objeto que pode ser arbitrado e pelo custo relativamente alto que é despendido pela instauração de um tribunal arbitral, como constantemente se tem ressaltado nesse trabalho. Por meio da arbitragem apenas foram concedidas às próprias partes um modo de solucionar seus litígios, por meio de um procedimento determinado. Nesse sentido, Joel Dias Figueira Júnior ressalta se que faz necessário dar a opção às partes de uma jurisdição privada ou paraestatal no que tange à solução dos conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, de tal forma a deixar a cargo da jurisdição pública estatal as demandas de caráter público, viabilizando-se, então, a reavaliação e a reorganização do Judiciário e adaptando-o, assim, aos novos tempos⁴⁶⁷.

Elucida, ainda, Marco Aurélio Dutra Aydos que, “no momento em que o próprio Estado, com o emaranhado de normas inadequadas, exclui da jurisdição grupos inteiros de direito fundamental, qual seja, o de ter direitos, daria margem a que a própria sociedade se defendesse, buscando alternativas jurisdicionais”⁴⁶⁸.

Observa-se, entretanto, que a reação que se tem mediante a ineficácia do Poder Judiciário depende de pessoa para pessoa e relaciona-se diretamente com a posição ideológica assumida por distintos autores. Assim, Henri Clay Santos Andrade anota que

as mais civilizadas e prósperas financeiramente encontraram o caminho jurídico alternativo da arbitragem, delegado pelo próprio Estado, já reconhecidamente sem condições de prestar serviço satisfatório, pelo qual buscam solução aos conflitos em espaço de tempo estipulado pelas próprias partes, mediante decisão de um árbitro de total confiabilidade de ambos, sem a intromissão da burocracia estatal⁴⁶⁹.

É clara a idéia de que a arbitragem não surge como solução capaz de esvaziar o Judiciário, nem essa seria a intenção, pois esse Poder possui função determinante nas questões relativas aos direitos indisponíveis, que necessitam de sua análise, proteção e fiscalização direta. Mas, sem dúvida, necessitava-se de que às partes fosse disponibilizado um sistema que, em matérias específicas e disciplinadas pela lei, permitisse dar um fim ao litígio. A

⁴⁶⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**, p. 14.

⁴⁶⁸ Apud FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**, p. 34-35.

⁴⁶⁹ ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública, p. 21.

arbitragem é um desses meios e, desde que bem instaurada, constitui um meio eficaz de solução de litígios.

3.4.2 Obstáculo à Afirmação da Arbitragem

Alguns problemas jurídicos que assolavam a arbitragem no Brasil já foram solucionados, como as questões relativas à validade da cláusula compromissória e à inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Essa última questão, por sua vez, intranquilizava até os arbitralistas mais otimistas. Como se levantou no tópico anterior, para que a arbitragem produza bons efeitos, é necessário que ela seja bem conduzida. E para que isso ocorra alguns obstáculos devam ser afastados.

José Luis Bolzan de Moraes demonstra objetivamente desvantagens do instituto: o procedimento que pode ser mais lento e demorado do que a via judiciária; a eminência de intervenção judiciária, na hipótese de caso litigioso de entendimentos extensivos, sustentados por correntes jurisprudenciais e julgados, não sendo assim o meio arbitral, o mais idôneo; a carência de procedimentos rígidos pode dar margem a atos ilegítimos, imorais ou dar lugar a disputas ainda maiores entre as partes; o temor da ausência de neutralidade, pois, por vezes, os árbitros privados mantêm relações com uma das partes ou com os advogados da parte; a preexistência de ressentimentos entre as partes, pois falta uma autoridade forte, capaz de pôr fim a combates processuais de imediato⁴⁷⁰.

Welber Barral faz um resumo claro das dificuldades apresentadas pela arbitragem quando especifica que somente uma parte menor dos litígios pode ser submetida à arbitragem, que os custos da arbitragem, por outro lado, impedem sua utilização generalizada, situação essa agravada no caso do Brasil pelo desconhecimento da arbitragem por grande parte da população, pela tradição formalista do direito brasileiro e pelo fato de que a maioria dos litígios hoje no Judiciário não é arbitrável e envolve interesse público⁴⁷¹.

Mas, como foi evidenciado anteriormente, o problema mais forte enfrentado pela arbitragem, no momento atual, é o problema cultural. Teoricamente, todos os demais problemas podem ser solucionados, alguns já o foram. E o caso, por exemplo, dos problemas relativos à cláusula arbitral e à constitucionalidade. O problema cultural, no entanto, demanda muito mais que um simples trabalho teórico. Necessita-se de uma modificação subjetiva, de uma mudança valorativa, de maior confiança no que até então era desconhecido. O trabalho,

⁴⁷⁰ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!*, p. 214.

⁴⁷¹ BARRAL, Welber. *A arbitragem e seus mitos*, p. 103.

portanto, é imenso, como se pode imaginar, e consiste numa luta diária, num ambiente onde não se costumam solucionar racionalmente os conflitos. Nesse sentido ressalta Pedro A. Batista Martins,

Nesse ambiente de fraqueza psicológica do indivíduo, difícil o desenvolvimento de um instituto que tem origem na liberdade de contratar, corolário da autonomia da vontade, onde a independência do cidadão é absoluta, atrelado está, tão-somente, aos seus propósitos e íntimos interesses pessoais.

Não é sem luta que se introduz em um sistema legal como o brasileiro a cultura da arbitragem. Porque é preciso mudar o inconsciente da coletividade, e essa alteração se perfaz com muito embate, abnegação e *corpo-a-corpo*, pois não é fácil suplantar essa cultura já acomodada, pois a luta deve ser diária⁴⁷².

É importante ressaltar, também, que o procedimento arbitral, por vezes, é dependente da jurisdição estatal, pois o instituto da arbitragem não possui o elemento coercitivo. Por exemplo, se alguma parte se recusar a cumprir um ato designado pelo árbitro, para ele ser efetivamente cumprido, demandará a intervenção do Poder Judiciário. Neste sentido, Horácio Wanderlei Rodrigues observa que,

Se de um lado não se pode reduzir a questão do acesso à justiça à criação de instrumentos processuais adequados à plena efetivação os direitos, de outro é também evidente que não se pode afastar a idéia de acesso à justiça do acesso ao Judiciário. **Os outros direitos, em última instância, dependem desse acesso sempre que não forem respeitados; sem ele a cidadania se vê castrada, impotente.** Há aqueles conflitos que podem e devem ser solucionados através de instrumentos paraestatais ou privados. Mas é fundamental perceber-se que o Estado, sem a jurisdição, seria uma instituição política desprovida de um instrumento legítimo, através do qual possa exercer seu poder, em última instância, na busca da pacificação da sociedade. Sempre que um direito não for respeitado espontaneamente, não há como fazê-lo legitimamente senão através do processo⁴⁷³ [grifou-se].

Outro problema levantado por Carlos Alberto Carmona diz respeito ao grande número de tratados ratificados pelos países, que podem inviabilizar a aplicação do instituto no Brasil e que podem originar conflitos de lei no espaço. Ele assevera que

Um olhar rápido sobre o Pacto de Genebra de 1923, sobre a Convenção do Panamá de 1975 e sobre a Lei de Arbitragem de 1996 revela algumas dessemelhanças, provocando conflito de leis: a) quanto à convenção de arbitragem, o Pacto de Genebra é amplo e inespecífico, limitando a referir-se a acordo relativo à pendência presente ou futura, enquanto a Convenção panamenha estabelece que o acordo pode constar de documento assinado pelas partes ou não, mediante troca de cartas, telegramas ou comunicações via telex, cabendo à lei brasileira sobre arbitragem uma disciplina mais específica sobre a cláusula (art. 4º, preconizando forma escrita)

⁴⁷² MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil, p. 45.

⁴⁷³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Acesso à justiça no direito processual brasileiro, p. 29.

e sobre o compromisso (art. 9º e 10, criando disciplina pesadamente formal, com requisitos obrigatórios e facultativos); b) na falta de acordo entre as partes para a constituição do tribunal arbitral (a questão toca a chamada “cláusula compromissória viva”), o Pacto de Genebra reportar-se às regras da lei do país em cujo território a arbitragem deva realizar-se, enquanto a Convenção do Panamá determina a aplicação das regras procedimentais da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial, preferindo a lei brasileira remeter as partes ao Poder Judiciário para a instituição da arbitragem; c) o art. 3º do Pacto de Genebra limita-se a determinar que cada Estado contratante se compromete a garantir a execução das sentenças arbitrais pelas suas autoridades (e de conformidade com suas leis), enquanto a convenção do Panamá estabelece, de modo casuístico, as hipóteses em que a homologação da sentença arbitral estrangeira será negada, no que foi seguida pela lei interna brasileira, sendo interessante notar o parágrafo único do ar. 39 da lei brasileira tomou o cuidado de deixar claro que não poderá servir de óbice para a homologação da sentença arbitral estrangeira o fato de a citação da parte brasileira ser efetivada nos moldes da convenção de arbitragem ou nos termos da lei processual do país onde se realizou a arbitragem⁴⁷⁴.

No entanto, o problema cultural com relação à aceitação do instituto parece ser a maior barreira para a sua utilização no país. É o que afirma o ex-juiz Neves Moreira ao dizer que no Brasil, quando há cláusulas arbitrais nos contratos internacionais, elas costumam ser retiradas por uma questão cultural. Já em outros países, a realidade é diferente. Por exemplo, no Estado da Califórnia, nos EUA, 95% das causas são julgadas por juízes arbitrais⁴⁷⁵. No Estado de Nova Iorque, o mesmo acontece. O instituto da arbitragem foi incorporado à primeira Constituição deste Estado, que data de 1817, e desde então é utilizado como o principal meio de solução de disputas trabalhistas e comerciais⁴⁷⁶.

Welber Barral ressalta, ainda, que

Uma análise sóbria demonstrará, que mesmo nos países mais desenvolvidos e com larga tradição na utilização da arbitragem, o número de litígios submetidos aos árbitros é pequeno em relação ao número de litígios totais. E trata-se, em sua maioria, de matérias específicas, abrangendo v.g. negócios internacionais, onde 80% dos contratos contêm cláusula compromissória, proporção que alcança 100% no setor de tráfego marítimo⁴⁷⁷.

Esses dados são confirmados pelos estudos de Julian Lew e de Alessandra Casella. O primeiro evidenciou, no final da década de 70, que cerca de 80% dos contratos comerciais internacionais possuíam cláusulas arbitrais; número que alcançou 90% no início da década de 90, como demonstraram os estudos de Casella⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ CARMONA, Carlos Alberto. O Brasil e os tribunais transnacionais, p. 245-246.

⁴⁷⁵ HERMESINDO, Karina. **Associação de juízes inaugura um tribunal arbitral no Rio de Janeiro**. Disponível em: <www.valor.com.br/valoreconomico>. Acesso em: 13 dez. 2001.

⁴⁷⁶ BRENSON, Bruce L. **Arbitration**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com>>. Acesso em: 22 fev. 2002.

⁴⁷⁷ BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**, p. 51.

⁴⁷⁸ BRENSON, Bruce L. **Arbitration**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com>>. Acesso em: 22 fev. 2002.

Sem dúvida, a arbitragem tem sido uma das propostas para redução de casos no Judiciário, mas que no Brasil não tem sido bem aceita, apesar de algumas mudanças significativas⁴⁷⁹. Isso é comprovado pela pesquisa do IDESP, que mostrou que 66,3% das médias e grandes empresas brasileiras não incluem cláusulas de arbitragem ou mediação em nenhum de seus contratos, enquanto 22,9% o fazem raramente⁴⁸⁰.

3.4.3 Aumento das Demandas ao Juízo Arbitral

Constata-se que, apesar de a arbitragem possuir um considerável número de problemas e desvantagens, nos últimos anos, há um aumento das demandas pelo juízo arbitral. A Câmara de Comércio Internacional de Paris, por exemplo, que de 1940 a 1958 havia arbitrado apenas 234 litígios, teve seus números consideravelmente aumentados nos últimos vinte anos. Em 1969, apenas na Corte de Arbitragem dessa Câmara, cem litígios foram submetidos à arbitragem. Em 1979, esse número aumentou para 285⁴⁸¹. Ressalta Irineu Strenger que “esse número cresceu enormemente de 1980 aos nossos dias”. E que “essa progressão é devida não só à expansão do comércio internacional como ao fato de estar a arbitragem melhor conhecida, mais eficientemente organizada, e vista como um benefício crescente para os meios do comércio internacional”⁴⁸². Nos últimos anos, esses dados aumentaram. Em 2000, 541 casos foram levados ao conhecimento ao órgão arbitral da CCI, que envolviam 1.398 partes de 120 países diferentes. Em 2001, mais 566 novos casos foram levados à CCI; 1.492 partes de 116 países estavam envolvidas nos litígios. Dos cinco continentes, a Europa possui 68% da totalidade dos casos levados ao Tribunal arbitral da CCI e, em segundo, está a América. Cada vez mais as partes vão se interessando por esse meio de solução de disputas; por exemplo, em 2001 partes de Benin, Camboja, Moldova e Ilhas Virgens optaram pela arbitragem da CCI. Além do mais, foram incluídas na lista de árbitros especialistas da Jamaica e da Ucrânia. Outro dado relevante são as quantias envolvidas nessas disputas. Em 2001, o montante envolvido nas disputas ia de US\$ 50.000 até acima de um

⁴⁷⁹ Pode-se citar o exemplo do empresário Luís Eduardo Cruvinel, proprietário da construtora Megaenge, com sede em Brasília, que, após modificações num projeto de uma obra, optou, por sugestão do cliente, pela arbitragem para solucionar esse litígio; e decidiu, depois desse incidente, por acrescentar cláusulas de arbitragem em todos os seus contratos. Cf. MAGRO, Máira Evo. **Arbitragem é alternativa contra a demora e os altos custos judiciais**. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2002.

⁴⁸⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. **A reforma do Judiciário: uma análise econômica**. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2002.

⁴⁸¹ STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1998, p. 216.

⁴⁸² STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio**, p. 216.

milhão. Os valores acima de um milhão, por sua vez, constituíram mais da metade dos casos⁴⁸³. Desse modo, comprova-se que a arbitragem, ao menos de grandes Tribunais Arbitrais, não está ao alcance de todos.

A resistência brasileira à adoção do instituto, também, aos poucos vai sendo quebrada. O Centro de Arbitragem Brasil-Canadá, criado em 1979, a entidade mais antiga a utilizar a arbitragem no Brasil, que até 1998 havia julgado somente três casos, nos últimos três anos, período compreendido de 1998 a 2001, julgou quinze⁴⁸⁴.

Ademais, segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), o número de arbitragens comerciais chegava a 885, e as trabalhistas contabilizavam 13.463, isso apenas no período de janeiro de 1999 a março de 2001. Esses números, no entanto, devem ser maiores, pois esses dados constituem o relatório de apenas 29 instituições, ou seja 30,5% das 95 cadastradas por esse Conselho⁴⁸⁵, número que não chegava a dez em 1996. E esse número tem aumentado gradativamente⁴⁸⁶.

Muitas pessoas vêm despertando para essa modalidade de jurisdição, inclusive ex-juízes togados. Em 30 de novembro de 2001, por exemplo, foi instituído o Tribunal Regional Arbitral, com sede em Niterói, Rio de Janeiro, constituído por um número relevante de ex-juízes, vislumbrando com isso abarcar um grande número de casos de empresas estrangeiras que já têm por costume resolver suas pendências por via arbitral⁴⁸⁷.

Ressalta-se, no entanto, que nem todas as instituições são sérias e idôneas. Todos os dias os jornais publicam anúncios a respeito de cursos de mediação e arbitragem, que na maioria das vezes só desvirtuam a verdadeira função da arbitragem, ao “formar” árbitros e constituir, por vezes, tribunais impossibilitados de atender às demandas das partes.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, o Ministério Público instaurou uma ação civil pública para apurar os desvios éticos de grupos que vendem o título de juiz árbitro a seus alunos⁴⁸⁸. Como é óbvio, não há uma profissão de árbitro e sim a função de árbitro, ou seja, o árbitro é designado para decidir um litígio específico, dependendo única e exclusivamente do desígnio das partes e da confiança de que ele seja chamado para conhecer

⁴⁸³ ICC Arbitration. Disponível em: <www.iccwbo.org>. Acesso em: 19 mar. 2002.

⁴⁸⁴ MAGRO, Maíra Evo. **Câmaras arbitrais já passam cem**. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 13 dez. 2001.

⁴⁸⁵ STF a um passo de votar a favor da Lei de Arbitragem. **Jornal do Commercio**. Disponível em: <www2.uol.com.br/JC>. Acesso em: 8 ago. 2001.

⁴⁸⁶ STF a um passo de votar a favor da Lei de Arbitragem. **Jornal do Commercio**. Disponível em: <www2.uol.com.br/JC>. Acesso em: 8 ago. 2001.

⁴⁸⁷ HERMESINDO, Karina. **Associação de juízes inaugura um tribunal arbitral no Rio de Janeiro**. Disponível em: <www.valor.com.br/valoreconomico>. Acesso em: 13 dez. 2001.

e decidir a controvérsia. Portanto, ninguém “forma” árbitros e ninguém tem como profissão a arbitragem, ela é apenas uma função. Desse modo, constata-se que a má divulgação da arbitragem, por meio de câmaras arbitrais não idôneas, pode vir a piorar o atual quadro desse instituto no Brasil, desmoralizando ao final um meio viável de solução de controvérsias.

Alguns desses incidentes, seguidamente, são veiculados na mídia. O último caso de escândalos de projeção nacional envolvendo a arbitragem é de 21 de fevereiro de 2002, em que uma carteira falsa de juiz foi emitida por um tribunal arbitral, documento apreendido com um advogado que queria retirar autos de um processo no TJRJ. Esse órgão apurou, em outra oportunidade, já que não é a primeira vez que uma carteira é apreendida, que o documento está sendo negociado por até dez mil reais nos Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo⁴⁸⁹.

3.4.4 Preenchimento das Expectativas Atuais de Justiça

Apesar de todos os fatos divulgados acima, a arbitragem continua sendo uma alternativa interessante, pois em vários litígios comumente não se tem o interesse de rivalidade e de inimizade, desgaste natural de um processo judicial. Nas transações comerciais, os parceiros tendem a contratar habitualmente, e o interesse, quando surge uma controvérsia, é que essa seja dirimida da forma mais rápida e eficaz possível, não trazendo celeumas para as partes, que, após solucionada a controvérsia, poderão voltar a efetuar suas transações normalmente, coadunando com a idéia de justiça coexistencial.

A arbitragem, especialmente, tem preenchido a expectativa do comércio nacional e mundial, sendo esse responsável pela expansão do instituto, de tal forma que “não é possível a existência, hoje, de contrato internacional sério, sem que ele tenha sido proporcionado por uma convenção de arbitragem”⁴⁹⁰.

Acrescenta ainda João Bosco Lee, que “se a arbitragem ainda é vista com uma certa reticência no âmbito interno, onde o contencioso judicial ainda prevalece, no comércio internacional a arbitragem é considerada como meio normal de solução de conflitos”⁴⁹¹. Assevera ainda esse autor que

⁴⁸⁸ MAGRO, Maíra Evo. **Câmaras arbitrais já passam cem**. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 13 dez. 2001.

⁴⁸⁹ HERMESINDO, Karina. **TJRJ apreende carteira falsa de juiz arbitral**. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2002.

⁴⁹⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem, p. 769.

⁴⁹¹ LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, p. 347.

A Assembléia Geral das Nações Unidas em 1976 reconheceu expressamente o valor da arbitragem como meio de solução de litígios originários do âmbito das relações comerciais internacionais e sugeriu que: “a implementação de sistemas de arbitragem aceitáveis nos países de sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes contribuiria de maneira significativa ao desenvolvimento harmonioso das relações econômicas”⁴⁹².

Constata-se, portanto, que a arbitragem vem preencher a idéia de justiça coexistencial que tem sido um novo ideal de justiça, preservando, por fim as relações interpessoais, que no âmbito comercial são de extrema importância, pois facilitam futuras negociações.

3.4.5 As Novas Tendências do Instituto e sua Adoção como Alternativa ao Judiciário

Observe-se que “a realização da justiça é direito natural do cidadão que ao Estado cabe *assegurar*. Não se trata de um direito *concedido* pelo Estado, pois se configura *dever* deste prover os meios à solução dos litígios e a pacificação social”⁴⁹³. A Jurisdição estatal, infelizmente, não tem conseguido realizar a justiça de que se necessita. Constata-se, ademais, que a jurisdição, por meios tradicionais de acesso à Justiça, tem inviabilizado o provimento da solução das controvérsias e, conseqüentemente, da pacificação social.

A arbitragem pode, ao menos em algumas matérias específicas, satisfazer essas pretensões. No Brasil, esse instituto passa por um momento de transição, em que a resistência para sua aceitação mostra-se evidente, mas num contraponto existe a tentativa de se dar mais respaldo ao instituto. O problema cultural conjuntamente com a má divulgação consistem nos problemas mais relevantes para que a arbitragem seja ampliada e difundida.

Mostrou-se ao longo do trabalho, no entanto, que esse instituto é uma alternativa viável a alguns aspectos problemáticos do Poder Judiciário, sendo plenamente viável para solucionar os conflitos de natureza patrimonial disponível. A arbitragem, como outros institutos, está em constante evolução. Como já afirmou certa vez Pieter Sanders, “na arbitragem há sempre algo de novo”⁴⁹⁴. Um exemplo disso é o novo significado dado pela CCI à sigla ADR, anteriormente traduzida como *Alternative Dispute Resolution* e hoje como *Amicable Dispute Resolution*. A CCI tomou essa atitude por entender que a arbitragem, entre

⁴⁹² LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional, p. 347.

⁴⁹³ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 4.

⁴⁹⁴ STRENGER, Irineu. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996, p. 60.

outras formas de resolução amigável, não pode ser tratada como mera alternativa de solução de conflitos. A arbitragem é sim um meio hábil, racional e eficiente de solução de disputas; estando incorporada no sistema jurídico da maioria dos países desenvolvidos como um método normal e habitual de resolução de controvérsias⁴⁹⁵.

Malgrado as dificuldades apontadas, a arbitragem vem se consolidando cada dia mais. Um dos marcos dessa consolidação foi a decisão pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Vislumbra-se disso uma nova era para a arbitragem, pois, se a Lei Marco Maciel foi a sua criadora, essa decisão foi a sua consolidadora. Cria-se, com isso, uma expectativa para os defensores do instituto de que os casos levados à arbitragem aumentem. O próprio Ministro Maurício Corrêa concluiu que, se o Brasil não reconhecer a arbitragem, as empresas nacionais ficarão excluídas de muitos negócios ocorrentes no mundo⁴⁹⁶.

Formalmente, todas as medidas para a firmação desse instituto no Brasil parecem ter sido tomadas ou estão sendo tomadas; muitas adaptações à realidade brasileira, talvez, devam ser feitas. E o maior problema real e imediato, que deve ser enfrentado, é a mudança cultural com relação a esse instituto.

Mas, aos poucos, novos contornos vão sendo dados à arbitragem. O aumento das demandas é um sinal disso, pois, como afirma Pedro A. Batista Martins, “sem dúvida, há necessidade premente de se emprestar espírito prático e menos formal aos procedimentos de solução de conflitos, revitalizando-se a arbitragem, de modo a facilitar o acesso à Justiça, agilizar o resultado final da pendência e a viabilizar a própria Justiça com a redução do contencioso judicial”⁴⁹⁷.

Há uma tendência mundial para que as partes solucionem seus próprios litígios. A esse propósito, Miguel Reale notava que, “no fundo, estamos cada vez mais inclinados a viver segundo o predomínio do social sobre o estatal, preferindo, sempre que possível, resolver nossas questões por nós mesmos”⁴⁹⁸. Ou seja, a busca de canais próprios por parte da sociedade para encontrar soluções próprias às controvérsias e, com isso, cessar um hábito comum de terceirizar a solução do conflito gerado por suas próprias ações⁴⁹⁹.

Está na hora de se abandonar o “*fetichismo da jurisdição*”, que por muito tempo fechou a mente dos processualistas e os impediu de conhecer e buscar o aperfeiçoamento de

⁴⁹⁵ Cf. Carlos Mafra Laet. *Seminário sobre mediação e arbitragem*. Florianópolis, OAB, 13 dez. de 2001.

⁴⁹⁶ BASILE, Juliano. *STF confirma validade da arbitragem*. Valor econômico. Disponível em: <www.valor.com.br/valoreconomico>. Acesso em: 13 dez. 2001.

⁴⁹⁷ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 10.

⁴⁹⁸ Apud BRAGA NETO, Adolfo. *Os advogados, os conflitos e a mediação*. Disponível em: <www.imab.org.br>. Acesso em: 8 ago. 2001.

outros meios de tutela às pessoas envolvidas em conflitos”⁵⁰⁰. E a arbitragem e outros meios amigáveis de disputa possuem um fim maior, o de pacificar, que é o verdadeiro fator de legitimidade da jurisdição⁵⁰¹.

Claro que se prevalecerem regras assecuratórias da justiça coexistencial, de tal forma que, a arbitragem seja utilizada nas circunstâncias adequadas, de modo correto e por pessoas bem preparadas, ela será um instrumento valioso e muito conveniente para a solução de conflitos. Já, de outra forma, se ela for utilizada de modo inadequado, improvisado, ou até mesmo, com um excesso de expectativas, pode vir a ser desmoralizada e ter reduzido o seu alcance como instrumento para obtenção da harmonia e da paz social⁵⁰².

A arbitragem é, portanto, uma alternativa viável, principalmente para desafogar o Judiciário dos litígios que versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, mas, no entanto, não se pode pensar nela como um remédio milagroso para todos os males e solucionador de todos os problemas do Poder Judiciário. É certo que a arbitragem pode ser mais conveniente do que uma disputa judicial, mas não em todos os casos, pois, além de ter um âmbito jurídico próprio, a arbitragem tem seus ônus, e os custos dessa solução podem ser maiores ou menores, dependendo do caso, necessitando, por vezes, de empenho, cuidado, prudência, o que pode significar a maior disponibilidade de tempo para a sua conclusão.

Hugo de Brito Machado afirmou em uma oportunidade que “a arbitragem é para os que sabem e podem ser livres”⁵⁰³. Concorda-se com essa afirmativa, mas a liberdade também consiste em se fazer uma boa opção; saber que a arbitragem é uma solução, mas não para todos os casos. A arbitragem, portanto, constitui sim um modo viável de solução de controvérsia, como já aludia Cláudio Vianna de Lima. Para isso ela tem obtido respaldo da sociedade internacional, principalmente, na área comercial. E faz-se necessário que o Brasil acompanhe essa tendência, de tal forma a se pensar na arbitragem como um meio natural de solução de conflitos.

⁴⁹⁹ Apud BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. Disponível em: <www.imab.org.br>. Acesso em: 8 ago. 2001.

⁵⁰⁰ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 10.

⁵⁰¹ Apud MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 10.

⁵⁰² DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea, p. 101.

⁵⁰³ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça, p. 11.

Considerações finais

Como se constatou ao longo do trabalho, a arbitragem desde os primórdios dos tempos foi prevista como um método de solução de controvérsias. No ordenamento jurídico brasileiro, não foi diferente. Ela sempre esteve presente, apesar de sua pouca ou nenhuma adoção.

Notou-se que alguns problemas na ordem jurídica brasileira justificavam sua não-utilização, tais como o problema relativo à validade da cláusula arbitral e à homologação do laudo ou sentença pelo Judiciário. Fácil é compreender quão sensível era o instituto e quão fácil era fugir da sua obrigatoriedade, pois num primeiro momento havia a dificuldade de se instaurar um juízo arbitral se a outra parte não concordasse em firmar um compromisso. E, logo após, com o laudo arbitral, outro problema acabava surgindo. Esse laudo, para que fosse validado, deveria ser homologado pelo Judiciário. Esse instituto, portanto, não obtinha respaldo, visto que não possuía autonomia tanto na sua constituição quanto na sua extinção.

No entanto, as bases teóricas da arbitragem e seu fundamento eram de extrema validade. Pode-se até mesmo dizer que esse instituto é um modo mais racional de solucionar os litígios, pois deixa a critério das partes a escolha dos árbitros e do seu procedimento. Foi com o intuito de resgatar esses “valores” da arbitragem que, mediante o empenho da sociedade, a Lei nº 9.307/96 foi promulgada no Brasil, solucionando os problemas relativos à cláusula arbitral e à sua homologação. Outro incidente, no entanto, foi levantado, o da inconstitucionalidade dessa Lei, incidente que foi afastado após longos seis anos.

Disso tudo, percebe-se que o instituto da arbitragem foi posto à prova a todo momento, não conseguindo criar alicerces sólidos no Brasil. Mas pode-se concluir, também, que a arbitragem é um instituto extremamente válido possuindo vantagens relevantes, tais como a celeridade, o custo relativamente menor que o da via tradicional, o sigilo e a

confiabilidade da decisão. Essas vantagens principalmente a da celeridade, ressaltam-se se comparadas com os problemas enfrentados pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, por sua vez, já em crise, acabou por ter seu quadro agravado com o aumento de suas demandas, provocado pela ampliação dos direitos civis e sociais nas décadas de 60, nos EUA e 80, na América Latina. Duas manifestações são claras desse aumento da demanda: a luta pelos direitos civis, nos EUA e, no Brasil, o constitucionalismo, movimentos esses que resultaram na ampliação de direitos e conseqüente não-satisfação das demandas. É fato que se reclama cada vez mais por acesso à Justiça, mas não apenas o acesso ao Judiciário. Reclama-se por um acesso que vá além dos tribunais, um acesso a uma ordem jurídica justa, que satisfaça os valores e direitos fundamentais. Requer-se, portanto, uma Justiça que vá além da simples prestação da tutela jurisdicional, uma Justiça que satisfaça as partes e preserve as relações interpessoais e as instituições integrais.

A arbitragem, por ser regida pelo princípio da autonomia da vontade, em que as partes, como se referiu anteriormente, possuem autonomia para escolher desde o árbitro até o procedimento arbitral, inclusive a lei material aplicável, está mais perto da nova noção de Justiça, a coexistencial, preocupada antes de tudo com a preservação de um bem maior, a preservação da convivência das pessoas que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas, procurando olhar para o futuro e não para o passado, como faz a justiça tradicional.

Sabe-se, no entanto, que a arbitragem possui seus limites, limites esses impostos pela própria Lei que a rege. O art. 1º da Lei de Arbitragem brasileira define que esta só pode solucionar os conflitos relacionados a de direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, a arbitragem definitivamente não é um instituto para solucionar todos os problemas da sociedade; ela se limita a solucionar alguns problemas, por vezes complexos, que tomam tempo do Poder Judiciário e que podem ser apreciados por um tribunal arbitral, tribunal que decidirá o caso, trazendo por vezes soluções mais satisfatórias ao caso, já que provavelmente terá como árbitro um perito na matéria. Desse modo, haverá uma complementação das funções delegadas a cada instituto, pois ao considerando que a arbitragem seja a melhor solução para alguns casos determinados, como os de matéria comercial internacional a justiça tradicional terá mais tempo e recurso para tratar de forma mais adequada as demandas de apreciação exclusiva do Poder Judiciário.

Não se pode esquecer, também, que a arbitragem possui limitações claras a sua utilização. Ela está longe de ser um método popular de solução de litígios. Como se pode

observar ao longo da pesquisa, a arbitragem demanda custas, muitas vezes altas, e dessa forma poucos vêm a recorrer a esse meio de solução de litígios.

Ressalta-se, porém, que, para a sua concretização no ordenamento jurídico brasileiro, dois obstáculos devem ser ultrapassados: o problema cultural e a má veiculação do instituto.

Esses dois problemas surgem da má informação sobre a arbitragem. O problema cultural faz com que as cláusulas compromissórias sejam afastadas da maioria dos contratos nos quais elas poderiam ser aplicadas. Isso advém de problemas históricos, citados anteriormente, tais como os de validade da cláusula arbitral, da homologação do laudo e da dupla homologação, e de problema mais recente, o temor da inconstitucionalidade da lei. Pode-se constatar facilmente que esses incidentes vieram a resultar em resistências ao instituto, porque não asseguravam a sua autonomia e a segurança jurídica. Desse modo, por não corresponder às necessidades básicas de autonomia e segurança, muitas pessoas acabavam por não optar pela arbitragem como forma de solucionar litígios. É fato ainda que os preconceitos e pré-conceitos existem, mas podem ser afastados. Após a promulgação da Lei de Arbitragem, algumas mudanças, ainda que lentas, foram sentidas, refletindo, significativamente, no número de casos arbitrados e no aumento de tribunais arbitrais no Brasil.

Mas, infelizmente, a criação de algumas instituições de mediação e arbitragem, que num primeiro momento poderiam ser motivo de comemoração por divulgar o instituto, acabam sendo mais um obstáculo ao seu fortalecimento. Novamente, a má informação faz com que algumas pessoas tenham idéia de que é necessário se fazer algum curso para árbitros. Árbitro não é profissão, é uma função; e nenhum curso habilita árbitros. Desse modo, pode-se imaginar que nem todos os tribunais que estão sendo criados no Brasil são idôneos. Por outro lado, há instituições sérias, que se preocupam com o instituto no Brasil; há profissionais respeitados e preocupados com a matéria, há pessoas que pesquisam e tentam aprimorar o instituto. Exemplo disso foi todo o empenho para a aprovação da atual Lei de Arbitragem.

Constata-se, de toda discussão teórica analisada no trabalho, que o Brasil, em termos de arbitragem, está ainda dando seus primeiros passos. Algumas conquistas, aos poucos, estão sendo obtidas. Inegavelmente, a arbitragem constitui-se num meio viável para a solução de controvérsias, mas não para todas. Há necessidade de uma consolidação maior do instituto, de um aumento das demandas a serem resolvidas por arbitragem, e isso só será possível quando o instituto afirmar a sua autonomia e transmitir uma devida segurança às partes.

Referências Bibliográficas

Obras, artigos e periódicos

ALVARES, Gladys Stella. **Los métodos alternativos de solución de conflictos en los procesos judiciales: experiencias argentinas**. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 1 dez. 2001.

ANDRADE, Henri Clay Santos. A possibilidade de concessão da antecipação da tutela em face da Fazenda Pública. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (Org.). **Inovações no processo civil**: Florianópolis: OAB/SE, 1999.

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

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Disponível em: <www.jahr.org/nel/rui>. Acesso em: 19 jan. 2002.

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARRIENTOS PARRA, Jorge. Fundamentos da arbitragem no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 27, n. 107, jul./set. 1990.

BASILE, Juliano. **STF confirma validade da arbitragem**. Valor econômico. Disponível em: <www.valor.com.br/valor_economico>. Acesso em: 13 dez. 2001.

BELANDRO, Rubens Santos. Las nuevas tendencias marcadas por las recientes leyes sobre arbitraje privado internacional en América Latina. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAGA NETO, Adolfo. **Os advogados, os conflitos e a mediação**. Disponível em: <www.imab.org.br>. Acesso em: 8 ago. 2001.

BRENSEN, Bruce L. **Arbitration**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com>>. Acesso em: 22 fev. 2002.

CABEDA, Luiz Fernando. **A justiça agoniza: ensaio sobre a perda do vigor, da função e do sentido da justiça no Poder Judiciário**. São Paulo: Esfera, 1998.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n.º 9.307/96**. Leme: Editora de Direito, 2000.

CALMON FILHO, Petrônio (Org.). **Reforma constitucional do poder Judiciário**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A arbitragem no Brasil no terceiro ano de vigência da Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. O Brasil e os tribunais transnacionais. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). **Direito em questão**: aspectos principiológicos da justiça. Campo Grande: UCDB, 2001.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CENEVIVA, Walter. Afastamento entre o Judiciário e o povo: uma reavaliação. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

CHODOSH, Hiram E. **A mediação jurídica e a cultura legal**. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov>>. Acesso em: 19 jan. 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: BARRAL, Welber; ANDRADE, Henri Clay (Org.). **O Judiciário em Sergipe**: análise crítica. Aracaju: OAB, 2000.

COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem Pública na Lei n. 9.307/96. In: Casella, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito categorial de arbitragem. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (Coord.). **O Direito internacional no terceiro milênio**: estudos em homenagem ao professor Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998.

CUNHA, J. S. Fagundes. **Da mediação e da arbitragem endoprocessual**. Disponível em: <www.uepg.br>. Acesso em: 19 jan. 2002.

DAKOLIAS, Maria. **Initiatives in legal and judicial reform**. Disponível em: <www4.worldbank.org>. Acesso em: 14 fev. 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noermi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DROMI, José Roberto. **El poder judicial**: en la constitución, en la crisis, en la democracia. Tucuman-Argentina: UNSTA, 1982.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x mudança social: a crise do Judiciário e a formação do magistrado. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça**: a função social do Judiciário. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.

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

_____. **Arbitragem**: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

_____. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2.ed. rev. e atual. do Manual da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **A arbitragem e os conflitos coletivos de trabalho no Brasil**. São Paulo: LTr, 1990.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. **Lei da arbitragem comentada**. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem internacional. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Constitucionalidade da Lei 9.307/96**. Rio de Janeiro: UERJ, 2001 (Mimeo).

_____. Arbitragem internacional e a Lei brasileira de Arbitragem – Lei n.º 9.307/96. In: PUCCI, Adriana Noermi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Jair. A justiça e o direito natural, frente ao juspositivismo. In: RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues (Coord.). **Direito em questão**: aspectos principiológicos da justiça. Campo Grande: UCDB, 2001.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. **Fundamentos da arbitragem do comércio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1993.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

HERMESINDO, Karina. **Associação de juizes inaugura um tribunal arbitral no Rio de Janeiro**. Disponível em: <www.valor.com.br/valoreconomico>. Acesso em: 13 dez. 2001.

_____. TJRJ apreende carteira falsa de juiz arbitral. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2002.

LACROIX, Carlos A Filártiga. ¿El primer arbitraje? In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, ano 4, n. 11, jan./mar. 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Árbitro: o padrão de conduta ideal. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.) **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

LENZA, Vítor Barboza. **Cortes arbitrais**: doutrina, prática, jurisprudência e legislação. Goiânia: AB, 1997.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem**: a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. A arbitragem no tempo: o tempo na arbitragem. In: GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito no história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LYNCH, Horacio M. Arbitraje en la Argentina. Disponível em: <www.flawfirms.com.ar>. Acesso em: 28 ago. 2001.

MAGRO, Maíra Evo. **Câmaras arbitrais já passam cem**. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 13 dez. 2001.

_____. Arbitragem é alternativa contra a demora e os altos custos judiciais. Disponível em: <www.valor.com.br>. Acesso em: 22 fev. 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Embaraços na implementação da arbitragem no Brasil, até o advento da Lei nº 9.307 e a pseudo-inconstitucionalidade do instituto. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Arbitragem através dos tempos. Obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani. **A arbitragem na era da globalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição! Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NASSER, Rabih Ali. **A arbitragem discutida no Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <www.crasp.com.br>. Acesso em: 9 fev. 2002.

OLIVEIRA, Régis de. **O juiz na sociedade moderna**. São Paulo: FTD, 1997.

PEGORARO, Olinto A. Justiça e utilitarismo. Os pactos sociais. FELIPE, Sônia T. (Org.). **Justiça como equidade**: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **O juízo arbitral em face do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**. 2001. Disponível em: <www.apamagis.com.br>. Acesso em: 21 jul. 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. Disponível em: <www.planejamento.gov.br>. Acesso em: 21 jan. 2002.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul**: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem. São Paulo: LTr, 1997.

_____. El arbitraje en los países del Mercosur. Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros según las normas vigentes en la República Argentina, en la República Federativa del Brasil, en la República del Paraguay y en la República Oriental del Uruguay. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Juiz & árbitro. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Arbitragem privada internacional no Brasil, depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RIGGENBACH, Cristina. **Autonomia da vontade e o compromisso arbitral previsto na lei de arbitragem**. 66f. Monografia Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1999.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

- ROSA, Luis Fernando Franceschini da. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. **Solução e prevenção de litígios internacionais II**. São Paulo: NECIN-CAPES; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- ROSAS, Roberto. Judiciário brasileiro: de 1969 ao final do século XX. In: NEQUETE, Lenine. **O Poder Judiciário no Brasil a partir da Independência: II – República**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.
- SAMTLEBEN, Jüngen. Histórico da arbitragem no Brasil. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.
- SANDRI, Juliana. **O acordo sobre arbitragem comercial internacional do Mercosul**. 114 f. Monografia Graduação em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Direito e Avesso**. Boletim da nova escola jurídica brasileira, Brasília, ano II, n. 3, 1983.
- _____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994.
- SANTOS, Manoel J. Pereira dos. Ordem Pública e arbitragem. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.
- SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: (Lei 9.307, 23.9.96): mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Mercosul e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. A problemática da cláusula compromissória nos contratos de adesão. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.
- SILVA, José Milton da. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SOARES, Guido Fernando Silva. **Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios**. São Paulo: RT, 1985.
- SOUZA JR, Lauro da Gama. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.
- SOUZA JÚNIOR, José Geraldo. **Judiciário e contemporaneidade**. Disponível em: <www.solar.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2001.
- STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

_____. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: LTr, 1998.

TAQUELA, María Blanca Noodt. Convenciones y acuerdos de arbitraje. ¿Qué tratado hay que aplicar en el Mercosur? In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TASSE, Adel Al. **A “crise” no Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá, 2001.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira; ANDREATTA, Rita Maria de Faria Corrêa. **A nova arbitragem**: comentários à Lei 9.307, de 23.09.96. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na era da globalização**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Reforma do Judiciário: reflexões e prioridades. **Consulex**, Brasília, ano V, n. 112, 15 set. 2001.

_____. **O Judiciário e as propostas de um novo modelo**. Disponível em: <www.solar.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Lições de história do processo civil romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

VIEIRA, José Ribas. O Judiciário e a democratização adiada: alternativas. In: ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima de (Org.). **Lições de direito alternativo 2**. São Paulo: Acadêmica, 1992.

VITA, Álvaro de. Duas interpretações da motivação moral. In: FELIPE, Sônia T. (Org.). **Justiça como equidade**: fundamentação e interlocuções polêmicas (Kant, Rawls, Habermas). Florianópolis: Insular, 1998.

WALD, Arnoldo. O regime da cláusula compromissória na jurisprudência recente. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). **Aspectos atuais da arbitragem**: coletânea de artigos sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Poder Judiciário**: crise, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Legislação

Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, de 1998. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina. In: PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997.

Constituição do Império do Brasil, de 1824. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 1/69 e as alterações das Emendas n. 2 a 27. In: CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. **Constituições do Brasil**. comp. e atual. dos textos, notas, revisão e índices. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. In: Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto e Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 22. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

Convenção sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, Convenção de Nova Iorque, de 1958. Disponível em: <www.jus.uio.no>. Acesso em: 16 out. 2001.

Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, Convenção do Panamá, de 1975. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, Convenção de Montevideú, de 1979. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

Convention on the execution of foreign arbitral awards signed at Geneva on the twenty-sixth day of September, nineteen hundred and twenty-seven. Disponível em: <www.interarb.com>. Acesso em: 15 out. 2001.

Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre arbitragem. In: BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

Lei-Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (UNCITRAL) sobre a Arbitragem Comercial Internacional, de 1985. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

Ordenações Filipinas: Ordenações e leis do Reino de Portugal. Recompiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o Primeiro. v.1. São Paulo: Saraiva, 1957.

Ordenações Manuelinas. Disponível em: <www.ci.uc.pt>. Acesso em: 17 jul. 2001.

Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais, de 1923. In: CASELLA, Paulo B. (Coord.). **Arbitragem**: lei brasileira e praxe internacional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 1999.

Sites eletrônicos e seminários

Teoria dos Signos. Disponível em: <www.prudente.unesp.br>. Acesso em: 22 ago. 2001.

Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Disponível em: <www.cacb.org.br>. Acesso em: 29 out. 2001.

Regras de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial. Disponível em: <www.ciac-icac.org>. Acesso em: 29 out. 2001.

REsp 616/RJ. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em: 02 nov. 2001.

Convenção de La Paz. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 30 out. 2001.

Tradução ecumênica da Bíblia. Disponível em: <<http://cf6.uol.com.br>>. Acesso em: 19 jan. 2002.

Reforma do Judiciário. Disponível em: <www.ajuris.org.br>. Acesso em: 31 jan. 2002.

Reforma do Judiciário. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 31 jan. 2002.

Câmara de arbitragem comercial brasileira. Disponível em: <www.cacb.org.br>. Acesso em: 12 fev. 2002.

Supremo declara constitucional a Lei de Arbitragem. Disponível em: <www.fesac.org.br>. Acesso em: 9 fev. 2002.

Homologação de sentença arbitral. Informativo 150 do STF. Brasília, 17 a 21 de maio de 1999. Disponível em: <<http://geministf.stf.gov.br>>. Acesso em: 9 fev. 2002.

STF a um passo de votar a favor da Lei de Arbitragem. **Jornal do Commercio**. Disponível em: <www2.uol.com.br/JC>. Acesso em: 8 ago. 2001.

Juizados especiais. Disponível em: : <www.senado.gov.br>. Acesso em: 31 jan. 2002.

SE-2006. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 13 mar. 2002.

Diário de Justiça do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 jan. 2002.

SE-5206. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2002.

ICC Arbitration. Disponível em: <www.iccwbo.org>. Acesso em: 19 mar. 2002.

Seminário sobre mediação e arbitragem. Florianópolis, OAB

Anexo I

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA

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

Capítulo I

Disposições Gerais

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

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

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

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

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

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

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

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

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

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

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

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III **Dos Árbitros**

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

- I - for nulo o compromisso;
- II - emanou de quem não podia ser árbitro;
- III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;
- IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e
- VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

- I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;
- II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

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

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Anexo II

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina

Libro VI

Proceso Arbitral

Título 1: Juicio arbitral

Objeto del juicio

736. Toda cuestión entre partes, excepto las mencionadas en el artículo 737, podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera fuere el estado de éste. La sujeción a juicio arbitral puede ser convenida en el contrato o, en un acto posterior.

Cuestiones excluidas

737. No podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción.

Capacidad

738. Las personas que no pueden transigir no podrán comprometer en árbitros. Cuando la ley exija autorización judicial para realizar actos de disposición también aquélla será necesaria para celebrar el compromiso. Otorgada la autorización, no se requerirá la aprobación judicial del laudo.

Forma del Compromiso

739. El compromiso deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado, o por acta extendida ante el juez de la causa, o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento.

Contenido

740. El compromiso deberá contener, bajo pena de nulidad:

1º Fecha, nombre y domicilio de los otorgantes.

2º Nombre y domicilio de los árbitros, excepto en el caso del artículo 743.

3º Las cuestiones que se sometan al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias.

4º La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso.

Cláusulas facultativas

741. Se podrá convenir; asimismo, en el compromiso:

1º El procedimiento aplicable y el lugar en que los árbitros hayan de conocer y fallar. Si no se indicare el lugar, será el de otorgamiento del compromiso.

2º El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo.

3° La designación de un secretario, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 749.

4° La estipulación de una multa que deberá pagar la parte que recurra del laudo, a la que lo consienta, para poder ser oído, si no mediase la renuncia que se menciona en el inciso siguiente.

5° La renuncia del recurso de apelación y del de nulidad, salvo los casos determinados en el artículo 760.

Demanda

742. Podrá demandarse la constitución de tribunal arbitral, cuando una o más cuestiones deban ser decididas por árbitros.

Presentada la demanda con los requisitos del artículo 330, en lo pertinente, ante el juez que hubiese sido competente para conocer en la causa se conferirá traslado al demandado por diez días y se designará audiencia para que las partes concurran a formalizar el compromiso.

Si hubiere resistencia infundada, el juez proveerá por la parte que incurriere en ella, en los términos del artículo 740.

Si la oposición a la constitución del tribunal arbitral fuese fundada, el juez así lo declarará, con costas, previa sustanciación por el trámite de los incidentes, si fuere necesario.

Si las partes concordaren en la celebración del compromiso, pero no sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda.

Nombramiento

743. Los árbitros serán nombrados por las partes, pudiendo el tercero ser designado por ellas, o por los mismos árbitros, si estuviesen facultados. Si no hubiese acuerdo, el nombramiento será hecho por el juez competente.

La designación sólo podrá recaer en personas mayores de edad y que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles.

Aceptación del cargo

744. Otorgado el compromiso, se hará saber a los árbitros para la aceptación del cargo ante el secretario del juzgado, con juramento o promesa de fiel desempeño. Si alguno de los árbitros renunciare, admitiere la recusación, se incapacitare o falleciere, se lo reemplazará en la forma acordada en el compromiso. Si nada se hubiese previsto, lo designará el juez.

Desempeño de los árbitros

745. La aceptación de los árbitros dará derecho a las partes para compelerlos a que cumplan con su cometido, bajo pena de responder por daños y perjuicios.

Recusación

746. Los árbitros designados por el juzgado podrán ser recusados por las mismas causas que los jueces. Los nombrados de común acuerdo por las partes, únicamente por causas posteriores al nombramiento.

Los árbitros no podrán ser recusados sin causa. Sólo serán removidos por consentimiento de las partes y decisión del juez.

Trámite de la recusación

747. La recusación deberá deducirse ante los mismos árbitros, dentro de los cinco días de conocido el nombramiento.

Si el recusado no la admitiere, conocerá de la recusación el juez ante quien se otorgó el compromiso o el que hubiese debido conocer si aquél no se hubiere celebrado. Se aplicarán las normas de los artículos 17 y siguientes, en lo pertinente. La resolución del juez será irrecurrible.

El procedimiento quedará suspendido mientras no se haya decidido sobre la recusación.

Extinción del compromiso

748. El compromiso cesará en sus efectos:

1° Por decisión unánime de los que lo contrajeron.

2° Por el transcurso del plazo señalado en el compromiso, o del legal en su defecto, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros por daños e intereses, si por su culpa hubiese transcurrido inútilmente el plazo que corresponda, o del pago de la multa mencionada en el artículo 740, inciso 4°, si la culpa fuese de alguna de las partes.

3° Si durante tres meses las partes o los árbitros no hubiesen realizado ningún acto tendiente a impulsar el procedimiento.

Secretario

749. Toda la sustanciación del juicio arbitral se hará ante un secretario, quien deberá ser persona capaz, en el pleno ejercicio de sus derechos civiles e idónea para el desempeño del cargo.

Será nombrado por las partes o por el juez, en su caso, a menos que en el compromiso se hubiese encomendado su designación a los árbitros. Prestará juramento o promesa de desempeñar fielmente el cargo ante el tribunal arbitral.

Actuación del tribunal

750. Los árbitros designarán a uno de ellos como presidente, Este dirigirá el procedimiento y dictará, por sí solo, las providencias de mero trámite. Sólo las diligencias de prueba podrán ser delegadas en uno de los árbitros; en lo demás, actuarán siempre formando tribunal.

Procedimiento

751. Si en la cláusula compromisoria, en el compromiso, o en un acto posterior de las partes no se hubiese fijado el procedimiento, los árbitros observarán el del juicio ordinario o sumario, según lo establecieren, teniendo en cuenta la naturaleza e importancia

económica de la causa. Esta resolución será irrecurrible.

Cuestiones previas

752. Si a los árbitros les resultare imposible pronunciarse antes de que la autoridad judicial haya decidido alguna de las cuestiones que por el artículo 737 no pueden ser objeto de compromiso, u otras que deban tener prioridad y no les hayan sido sometidas, el plazo para laudar quedará suspendido hasta el día en que una de las partes entregue a los árbitros un testimonio de la sentencia ejecutoriada que haya resuelto dichas cuestiones.

Medidas de ejecución

753. Los árbitros no podrán decretar medidas compulsorias, ni de ejecución. Deberán requerirlas al juez y éste deberá prestar el auxilio de su jurisdicción para la más rápida y eficaz sustanciación del proceso arbitral.

Contenido del laudo

754. Los árbitros pronunciarán su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión, dentro del plazo fijado en el compromiso, con las prórrogas convenidas por los interesados, en su caso. Se entenderá que han quedado también comprometidas las cuestiones meramente accesorias y aquellas cuya sustanciación ante los árbitros hubiese quedado consentida.

Plazo

755. Si las partes no hubieren establecido el plazo dentro del cual debe pronunciarse el laudo, lo fijará el juez atendiendo a las circunstancias del caso. El plazo para laudar será continuo y sólo se interrumpirá cuando deba procederse a sustituir árbitros. Si una de las partes falleciere, se considerará prorrogado por treinta días. A petición de los árbitros, el juez podrá prorrogar el plazo, si la demora no les fue se imputable.

Responsabilidad de los árbitros

756. Los árbitros que, sin causa justificada, no pronunciaren el laudo dentro del plazo, carecerán de derecho a honorarios. Serán asimismo responsables por los daños y perjuicios.

Mayoría

757. Será válido el laudo firmado por la mayoría si alguno de los árbitros se hubiese resistido a reunirse para deliberar o para pronunciarlo.

Si no pudiese formarse mayoría porque las opiniones o votos contuviesen soluciones inconciliables en la totalidad de los puntos comprometidos se nombrará otro árbitro para que dirima.

Si hubiese mayoría respecto de alguna de las cuestiones, se laudará sobre ellas. Las partes o el juez, en su caso, designarán un nuevo integrante del tribunal para que dirima sobre las demás y fijarán el plazo para que se pronuncie.

Recursos

758. Contra la sentencia arbitral podrán interponerse los recursos admisibles respecto de las sentencias de los jueces, si no hubiesen sido renunciados en el compromiso.

Interposición

759. Los recursos deberán deducirse ante el tribunal arbitral dentro de los cinco días, por escrito fundado.

Si fueren denegados, serán aplicables los artículos 282 283 en lo pertinente.

Renuncia de recursos. Aclaratoria. Nulidad

760. Si los recursos hubiesen sido renunciados, se denegarán sin sustanciación alguna.

La renuncia de los recursos no obstará, sin embargo, a la admisibilidad del de aclaratoria y de nulidad, fundado en falta esencial del procedimiento en haber fallado los árbitros fuera del plazo, o sobre puntos no comprometidos. En este último caso, la nulidad será parcial si el pronunciamiento fuere divisible.

Este recurso se resolverá sin sustanciación alguna, con la sola vista del expediente.

Laudo nulo

761. Será nulo el laudo que contuviere en la parte dispositiva decisiones incompatibles entre sí.

Se aplicarán subsidiariamente las disposiciones sobre nulidades establecidas por este Código.

Si el proceso se hubiese sustanciado regularmente y la nulidad fuese únicamente del laudo, a petición de parte, el juez pronunciará sentencia, que será recurrible por aplicación de las normas comunes.

Pago de la multa

762. Si se hubiese estipulado la multa indicada en el artículo 741, inciso 4º, no se admitirá recurso alguno, si quien lo interpone no hubiese satisfecho su importe. Si el recurso deducido fuese el de nulidad por las causales expresadas en los artículos 760 y 761, el importe de la multa será depositado hasta la decisión del recurso. Si se declarase la nulidad será devuelto al recurrente. En caso contrario, se entregará a la otra parte.

Recursos

763. Conocerá de los recursos el tribunal jerárquicamente superior al juez a quien habría correspondido conocer si la cuestión no se hubiere sometido a árbitros, salvo que el compromiso estableciera la competencia de otros árbitros para entender en dichos recursos.

Pleito pendiente

764. Si el compromiso se hubiese celebrado respecto de un juicio pendiente en última instancia, el fallo de los árbitros causará ejecutoria.

Jueces y funcionarios

765. A los jueces y funcionarios del Poder Judicial les está prohibido bajo pena de nulidad, aceptar el nombramiento de árbitros o amigables componedores, salvo si en el juicio fuese parte la Nación o una provincia.

Título 2: Juicio de amigables componedores

Objeto. Clase de arbitraje

766. Podrán someterse a la decisión de arbitradores o amigables componedores, las cuestiones que puedan ser objeto del juicio de árbitros.

Si nada se hubiese estipulado en el compromiso acerca de si el arbitraje ha de ser de derecho o de amigables componedores, o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que es de amigables componedores.

Normas Comunes

767. Se aplicará al juicio de amigables componedores lo prescrito para los árbitros respecto de:

- 1º La capacidad de los contrayentes.
- 2º El contenido y forma del compromiso.
- 3º La calidad que deban tener los arbitradores y forma de nombramiento.
- 4º La aceptación del cargo y responsabilidad de los arbitradores.
- 5º El modo de reemplazarlos.
- 6º La forma de acordar y pronunciar el laudo.

Recusaciones

768. Los amigables componedores podrán ser recusados únicamente por causas posteriores al nombramiento.

Sólo serán causas legales de recusación:

- 1º Interés directo o indirecto en el asunto.
- 2º Parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad con alguna de las partes.
- 3º Enemistad manifiesta con aquéllas, por hechos determinados. En el incidente de recusación se procederá según lo prescrito para la de los árbitros.

Procedimiento. Carácter de la actuación

769. Los amigables componedores procederán sin sujeción a formas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes y a dictar sentencia según su saber y entender.

Plazo

770. Si las partes no hubiesen fijado plazo, los amigables componedores deberán pronunciar el laudo dentro de los tres meses de la última aceptación.

Nulidad

771. El laudo de los amigables componedores no será recurrible, pero si se hubiese pronunciado fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, las partes podrán demandar su nulidad dentro de cinco días de notificado. Presentada la demanda, el juez dará traslado a la otra parte por cinco días. Vencido este plazo, contestado o no el traslado, el juez resolverá acerca de la validez o nulidad del laudo, sin recurso alguno.

Costas. Honorarios

772. Los árbitros y amigables componedores se pronunciarán acerca de la imposición de las costas, en la forma prescripta en los artículos 68 y siguientes.

La parte que no realizare los actos indispensables para la realización del compromiso, además de la multa prevista en el artículo 740, inciso 4º, si hubiese sido estipulado, deberá pagar las costas.

Los honorarios de los árbitros, secretario del tribunal, abogados, procuradores y demás profesionales, serán regulados por el juez.

Los árbitros podrán solicitar al juez que ordene el depósito o embargo de la suma que pudiere corresponderles por honorarios, si los bienes objeto del juicio no constituyesen garantía suficiente.

Título 3: Pericia arbitral

Régimen

773. La pericia arbitral procederá en el caso del artículo 516 y cuando las leyes

establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, para que resuelvan exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente.

Son de aplicación las reglas del juicio de amigables compondores, debiendo tener los árbitros peritos especialidad en la materia; bastará que el compromiso exprese la fecha, los nombres de los otorgantes y del o de los árbitros, así como los hechos sobre los que han de laudar, pero será innecesario cuando la materia del pronunciamiento y la individualización de las partes resulten determinados por la resolución judicial que disponga la pericia arbitral o determinables por los antecedentes que lo han provocado.

Si no hubiere plazo fijado, deberán pronunciarse dentro de un mes a partir de la última aceptación.

Si no mediare acuerdo de las partes, el juez determinará la imposición de costas y regulará los honorarios.

La decisión judicial que, en su caso, deba pronunciarse en todo juicio relacionado con las cuestiones de hecho laudadas, se ajustará a lo establecido en la pericia arbitral.