

ALGUNS ASPECTOS ESSENCIAIS DA ARBITRAGEM E O ACESSO À JUSTIÇA

*Ivan Aparecido Ruiz**
*Marcelo Dal Pont Gazola***

SUMÁRIO: *Notas Introdutórias; 2. A Sociedade e A Justiça; 3. Necessidade de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos; 4. Primórdios da Jurisdição; 5. A arbitragem na História; 6. Arbitragem no Brasil; 7. Noções de Arbitragem de Acordo com a Lei n. 9.307/96; 8. Da Convenção de Arbitragem; 9. O Árbitro 10. Natureza Jurídica da Arbitragem; 11. A Arbitragem com forma de acesso à Justiça; 12. Conclusão; Referências.*

RESUMO: No contexto da realidade judiciária brasileira torna-se imperativo e urgente alavancar e reviver novas formas de solução de conflitos de interesses. Destaca-se, neste trabalho, o mecanismo da *arbitragem*, que desde 23 de setembro de 1996, ganhou novos contornos com a edição da Lei n. 9.307. Diploma legal moderno, o seu texto trouxe grandes avanços para o instituto; todavia, mesmo após treze anos após sua edição, a expansão da arbitragem, no que se refere a sua utilização, ainda patina no meio jurídico brasileiro. Tem o presente, diante desse quadro, o intuito didático de estudar alguns aspectos essenciais do instituto, bem como verificar como a arbitragem pode ser, além de um meio eficaz de solução de conflitos de interesses, também cumprir seu papel como instrumento de realização do acesso à justiça, direito e garantia fundamental de toda e qualquer pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Acesso à Justiça; Solução de conflitos.

SOME ESSENCIAL ASPECTS OF ARBITRATION AND ACCESS TO JUSTICE

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR; Docente Adjunto no Curso de Direito da Universidade Estadual de Maringá - UEM; Docente do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Maringá - CESUMAR. E-mail: ivanaparecidoaruiz@uol.com.br

** Advogado; Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá – CESUMAR; E-mail: mgazola@gmail.com

ABSTRACT: In the context of the Brazilian judicial reality, it is imperative and urgent to revive and leverage new ways of resolving interest conflicts. Stands out in this work, the mechanism of arbitration, which since September 23, 1996 gained new contours with the enactment of Law No. 9307. Modern legal diploma writing has brought great advances to the institute, but even after thirteen years after its issue, the arbitration expansion regarding its use, goes through hard times in the Brazilian legal system. This study has the didactic intention of studying the key aspects of the Institute and can see how the arbitration may be, beyond an effective means of resolving interest conflicts, it also plays its role as an instrument for achieving access justice, law and fundamental guarantee of any person.

KEYWORDS: Arbitration; Access to Justice; Conflict Resolution.

ALGUNOS ASPECTOS ESENCIALES DEL ARBITRAJE Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

RESUMEN: En el contexto de la realidad jurídica brasileña se hace imperativo y urgente apalancar y revivir formas de solución de conflictos de interés. Se destaca, en ese trabajo, el mecanismo de arbitraje, que desde el 23 de septiembre de 1996, reportó nuevos avances para el instituto, sin embargo, tras trece años de su edición, la expansión del arbitraje, en que se refiere a su utilización, todavía no marcha en el medio jurídico brasileño. Desde esa perspectiva, el intuio didáctico de estudiar algunos aspectos esenciales del instituto, así como verificar como puede ser el arbitraje, además de un medio eficaz de solución de conflictos de interés, también puede cumplir su papel como instrumento de realización del acceso a la justicia, derecho y garantía fundamental de toda y cualquier persona.

PALABRAS-CLAVE: Arbitraje; Acceso a la justicia; Solución de Conflictos.

NOTAS INTRODUTÓRIAS

O ser humano, indivíduo social, desde que passou a viver em agrupamentos, diante da presença dos litígios, sempre buscou a Justiça, e para tanto, concebeu diversos modos de solução de conflitos de interesses e pacificação social, os quais vieram se aperfeiçoando e mudando através dos séculos. Dentre esses meios, encontra-se a Arbitragem, instituto milenar, presente desde os tempos bíblicos. Embora de grande importância e eficácia, comumente utilizada nos países europeus,

e a despeito de a Lei n. 9.307/96 estar em vias de completar treze anos de vigência, o instituto da arbitragem não se encontra plenamente difundido, talvez em razão de uma cultura de beligerância do meio jurídico¹, e da pouca ou nenhuma importância que aos meios alternativos de solução de conflitos de interesses tem sido dispensada nas faculdades de Direito.

Do ponto de vista processual, contudo, a Lei n. 9.307/96, que regulou a arbitragem, revogando os ultrapassados dispositivos do Código Civil brasileiro de 1916 (arts. 1037 a 1048) e do Código de Processo Civil de 1973 (arts. 1072 a 1102), teve o condão de revigorar o instituto, posto que modificações substanciais conferiram ao mesmo maior celeridade e eficácia. A nova lei procurou disciplinar a arbitragem conforme os princípios que regem a Constituição Federal de 1988, não violando o devido processo legal, vez que ao atribuir os mesmos poderes ao árbitro, como juiz de fato e de direito, tornou-o verdadeiro juiz da causa², transferindo-lhe parcela da jurisdição estatal³, que originariamente pertencia, com exclusividade, ao Poder Judiciário.

De outra parte, sobreleva ressaltar o caráter de liberdade da arbitragem, já que quando os sujeitos em conflito escolhem a arbitragem e o árbitro, agem de maneira livre e espontânea. A nossa arbitragem é contratual e facultativa.⁴ No sentido de sua finalidade de pacificação de conflitos de interesses, ou seja, quanto aos resultados, a arbitragem não se difere da jurisdição estatal⁵, pois que a própria lei e os sujeitos em litígios transferem ao árbitro o poder para julgar a controvérsia. Igualmente, a atual Arbitragem ganha força com a nova regulamentação do instituto, por meio de dispositivos como a *cláusula compromissória*, que deixou de ser desprovida de força obrigacional, passando a ter efeitos jurídicos para os que

¹ Acredita-se que, em grande parte, as instituições de ensino superior são responsáveis por esse quadro, porquanto toda formação parece caminhar para o estudo do processo, como instrumento da jurisdição estatal, e, ainda, pautando os estudos no âmbito do processo contencioso, método, sabidamente, adversarial.

² Confira-se, a propósito, o art. 18 da Lei de Arbitragem, in verbis: “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”.

³ Entende-se que o árbitro não exerce todos os poderes atinentes a jurisdição estatal. Basta ver que ele não possui a coertio e, tampouco, a executio.

⁴ “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁵ Cândido Rangel Dinamarco, no Prefácio do livro de Carlos Alberto Carmona, *A arbitragem no processo civil brasileiro*, assim se expressa: “Justificava-se a rígida distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo de atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Superada essa visão puramente jurídica do processo, todavia, e reconhecidos os escopos sociais e políticos muito mais nobres, cai por terra a premissa em que se legitimava a rígida distinção. Se o poder estatal é exercido, sub specie jurisdictionis, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica)”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. Prefácio. In: CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo, SP: Malheiros, 1993).

a descumprirem. A *sentença arbitral*, proferida pelo árbitro também não mais necessita de homologação por parte do Poder Judiciário, como ocorria com o antigo *Laudo Arbitral*⁶.

Processualmente não há dúvidas de que a Lei de Arbitragem avançou de maneira importante no plano dos meios alternativos de solução de conflitos. O grande desafio parece, na verdade, dar confiabilidade ao instituto, difundindo-o no meio jurídico, como uma nova cultura das soluções alternativas. A importância da instituição do novo regime arbitral, como bem entende a doutrina pátria, na qual se destaca Joel Dias Figueira Junior, não reside, necessariamente, em desafogar o Poder Judiciário e, também, nem pretende ser um substituto do mesmo, no exercício de suas funções típicas, que é a *função jurisdicional*, nem, ainda, no fato de ser mais célere ou econômico, pois isso pode corresponder a apenas uma verdade parcial, e sim no fato de ser mais uma forma alternativa de solução de conflitos de interesses colocada à disposição dos jurisdicionados.⁷ É mais um meio para ser utilizado ao lado do processo, ou seja, é um método *paraprocessual*.

2 A SOCIEDADE E A JUSTIÇA

O ser humano desde os tempos mais remotos esteve vinculado ao conceito de Justiça, ora aplicada por ele próprio, sobretudo por aqueles que detinham o poder, ora por Deus, por intermédio de pessoas inspiradas por Ele ou, pelo menos, que assim se consideravam, como se observa de relatos históricos e religiosos. Não obstante a evolução dos povos e dos conceitos, a elaboração de uma perfeita definição do termo Justiça ainda é um desafio. Na atualidade, doutrinadores pátrios como Milton Duarte Segurado⁸, Paulo Dourado de Gusmão⁹ e Paulo Nader¹⁰, ao tratarem do conceito de Justiça, mencionam a clássica definição elaborada pela cultura greco-romana, na qual o jurisconsulto Ulpiano, tendo por base as concepções de Platão e de Aristóteles, assim a formulou: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (*Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu*)¹¹. Inserida no '*Corpus Juris Civilis*', a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a idéia nuclear desse

⁶ Confira-se o antigo art. 1097, do CPC/73, ora revogado pela Lei de Arbitragem: "Art. 1.097. O laudo arbitral, depois de homologado, produz entre as partes e seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária; conteúdo condenação da parte, a homologação lhe confere eficácia de título executivo (art. 584, número III)".

⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem e Jurisdição*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000. p. 12.

⁸ SEGURADO, Milton Duarte. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2. ed. São Paulo, SP: E. V., 1994. p. 25.

⁹ GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995. p. 78.

¹⁰ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995. p. 123.

¹¹ Instituições de Justiniano, Livro I, Tit. I, n. 1, 1979 apud NADER, op. cit., p. 25.

valor: 'Dar a cada um o que é seu'¹².

A pessoa humana, como ser social, tem uma característica intrínseca, qual seja, viver em grupo, em sociedade. Nesse convívio, porém, vícios, ambições, emoções, desequilíbrios de razão, enfim, vários são os motivos existentes que ensejam discórdia e conflitos de interesses, acontecendo principalmente quando se extrapolam os próprios limites, invadindo o direito do próximo. Atribui-se, assim, ao Estado a função de compositor de conflitos de interesses como um todo.¹³ É a jurisdição a cargo do Poder Judiciário. Atualmente, o Estado pode ser conceituado como um *complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo*.¹⁴ Assim, tem-se o indivíduo e a composição dos seus interesses, como o fim máximo do Estado, pois é para e por este, que o Estado se forma e passa a existir. O Estado busca a realização do bem comum.

Ao Estado confere-se, também, a função de apaziguador, contendor dos conflitos de interesses existentes entre membros de sua sociedade, reconhecendo e aplicando o Direito surgido na comunidade que regula. No desempenho dessa função, o Estado se vale da chamada *jurisdição estatal*, se valendo de pessoas investidas por ele, que exercem o poder jurisdicional, com o objetivo de aplicar o Direito ao caso concreto, direito este criado a partir das relações sociais, *pois o fundamental no desenvolvimento do Direito não está no ato de legislar, nem na jurisprudência ou na aplicação do Direito, mas sim, na própria sociedade*¹⁵, onde se almeja acima de tudo fazer Justiça.

3 NECESSIDADE DE MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

Nos dias atuais, as burocracias e lentidões da Jurisdição Estatal têm destruído a esperança das pessoas de verem a prestação jurisdicional lhes ser entregue em razoável prazo de tempo¹⁶. E com razão afirma Joel Dias Figueira Junior que *não é de hoje que se houve falar que o processo civil brasileiro está em crise e que existe um descompasso entre o instrumento e a rápida, segura e cabal prestação*

¹² NADER, op cit., p.25.

¹³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem** – Alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96. Leme, RJ: LED, 1998. p. 16.

¹⁴ NADER, op cit., p. 166.

¹⁵ CACHAPUZ, op cit., p. 19.

¹⁶ Tanto a resposta por parte do Poder Judiciário, quando da entrega da prestação jurisdicional, não vem num prazo aceitável e que é de se exigir, que a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, inspirado no Pacto de São José da Costa Rica, fez introduzir no art. 5º da Constituição Federal de 1988, o inc. LXXVIII, que tem a seguinte redação: “[...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação [...]”.

*da tutela por parte do Estado-juiz.*¹⁷ Observa-se, então, que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora. O rigorismo processual requer muito tempo e a permanência de situações indefinidas constitui fator de angústia, infelicidade pessoal e, também, de entrave econômico. O ideal seria a pronta solução dos conflitos de interesses tão logo apresentados ao juiz. Mas, como não é possível tal rapidez, há um enfraquecimento do sistema Judiciário, levando-o, em muitos casos, ao descrédito.

Para que o ideal da Justiça, no seu sentido originário, continue aceso, a fim de que os conflitos de interesses não se furtem à apreciação legal e a morosidade não remanesça como causa de descrédito aos acordos, aos consensos, ao cumprimento das obrigações assumidas, urge buscar novas formas de administrar a Justiça. Formas estas que devem ser céleres, objetivas e dinâmicas, já que têm por fim atender às necessidades demandadas pela sociedade como um todo¹⁸.

Diante desta constatação lamentável, o que se observa é que na maioria dos casos concretos, quando o Poder Judiciário consegue entregar a prestação jurisdicional que lhe foi solicitada depara-se com uma situação lastimável: questionou-se durante tanto tempo o mesmo tema que se olvidou que o objeto da questão estava perecendo e, muitas vezes, no momento da entrega já era inexistente ou, perdera sua razão de ser. Depois do prejuízo efetivo, solucionar a questão, cujo objeto já pereceu em perdas e danos, é apenas uma alternativa pouco conveniente para atenuar os prejuízos derivados de uma lentidão burocrática¹⁹. Não é por outra razão que se afirma que Justiça tardia equivale à injustiça ou que Justiça tardia é Justiça desmoralizada. O importante na justiça não é apenas dizer quem tem o Direito, mas, primeiramente, dar o Direito àquele a quem é devido e não uma mera compensação econômica, pois, muitas vezes, essa pode não ser satisfatória no momento em que aportar. Não obstante, é preciso deixar claro que não se pretende, diante do exposto, criticar levemente o Poder Judiciário, eis que, sem sombra de dúvida, é um garantidor da Democracia. Mas, infelizmente, não é difícil verificar que o excessivo volume de processos que tramitam perante o Poder Judiciário, sobrecarregam a máquina estatal, impedindo não só o bom funcionamento da estrutura, mas, também, a qualidade dos serviços prestados e a presteza daquilo que vem a ser demandado, do objeto das ações propostas²⁰. Ao lado da duração do processo, também o custo elevado constitui empecilho para o cumprimento da função pacificadora do Estado com eficiência.

Assim, as formas alternativas de solução dos conflitos de interesses apresentam como característica, a ruptura com o formalismo processual, primando pela

¹⁷ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual de Arbitragem**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997. p. 50.

¹⁸ CORRÊA, José Oswaldo. **Arbitragem. COAD/ADV - Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, p. 30, ago. 1997.

¹⁹ Id. *Ibid.*, p.30.

²⁰ CÔRREA, op. cit., p.30.

celeridade na solução dos litígios. São, sem sombra de dúvida, meios mais acessíveis à população em geral. Em geral, os meios alternativos de solução de conflitos de interesses (*método não adversarial*) são capazes de produzir resultados qualitativamente melhores do que o processo contencioso (*método adversarial*), porquanto os próprios julgadores podem ter melhor conhecimento do ambiente em que o episódio surgiu e mostram-se mais capazes e desejosos de compreender o drama das partes.

Diante desse quadro, é essencial que as novas formas de solução de conflitos de interesses sejam especialmente revisitadas, difundidas e incentivadas. São vários os meios alternativos de solução de conflitos de interesses, tais como a *mediação*, a *conciliação*, a *negociação* e a *arbitragem*, esta ora destacada neste estudo. É incontestável que a redução do número de demandas junto ao Poder Judiciário traz uma inestimável melhoria da qualidade da justiça, inclusive na presteza da entrega da prestação jurisdicional. Nesse contexto, parece sensato pensar na implantação de um sistema paralelo de solução dos conflitos de interesses fora do Poder Judiciário, ou mesmo com a participação deste, mas sem as formas tradicionais, ordinárias e comuns, lembrando que “acesso à justiça” significa mais do que o simples ingresso no Poder Judiciário, mas, a efetiva entrega da prestação jurisdicional de forma justa, ou, ainda, “[...] que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o *acesso à justiça*, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em *acesso à ordem jurídica justa*”²¹.

4 PRIMÓRDIOS DA JURISDIÇÃO

A história mostra que, na decorrer do tempo, vários foram os métodos utilizados para resolver os conflitos de interesses – *autotutela*, *autocomposição* (*mediação e conciliação*) e *heterocomposição* (*arbitragem*). Na arbitragem, por exemplo, os sujeitos em litígio, após abandonar a autotutela²² e se tornar inviável a autocomposição²³, escolhiam um terceiro, de confiança delas, para apresentar a solução aos conflitos de interesses. O árbitro recebia *poderes de decisão* dos próprios sujeitos envolvidos nos conflitos de interesses, a fim que pudesse apresentar

²¹ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010. p. 39.

²² A autotutela, atualmente, é um meio odiado pelo Direito, tanto que o nosso Código Penal vigente tipifica o exercício arbitrário das próprias razões como crime capitulado no art. 345, in verbis: “Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa”.

²³ A autocomposição, seja pela conciliação ou pela mediação, hodiernamente, está sendo incentivada no Direito brasileiro, quando que a respeito da mediação tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei sobre Mediação.

a decisão.²⁴ Inicialmente, a *arbitragem* era *facultativa*, passando mais tarde, no âmbito do Direito Romano, a ser *obrigatória*, onde, após escolhido o árbitro de suas confianças, dirigiam-se ao pretor Romano, que designava para proferir o julgamento. Como se percebe, pelas origens da arbitragem, enquanto meio de composição de litígios, é ela bem anterior à jurisdição pública. Na verdade, pode-se afirmar que a origem do processo está na arbitragem obrigatória. Com isso, é possível sustentar que a arbitragem foi forma primitiva de justiça e que os primeiros juízes nada mais foram do que árbitros.

Aqui, então, nesse contexto, entende-se que se está no período da chamada *justiça privada*. É que, nesse quadro, quando a pessoa se via diante de problemas com os seus semelhantes e preferindo uma solução “imparcial”, lançava mão da arbitragem como forma de solução de conflitos de interesses, onde pessoas da confiança mútua das partes decidiam o litígio, pautando-se a decisão pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Todavia, *nesse largo período de vida da humanidade, que o Direito se achava mergulhado na Religião, a classe sacerdotal possuía o monopólio do conhecimento jurídico*²⁵, e as decisões ficavam muitas vezes condicionadas a um jogo de sorte e azar.

Ao passo em que as sociedades evoluíam, o Estado se firmou e, fortalecendo-se, conseguiu impor suas decisões aos particulares, gradativamente, absorvendo o poder de ditar as soluções para os conflitos de interesses. Como meio de facultar a sujeição das partes à decisão de terceiros, a autoridade pública prestabeleceu, de forma abstrata, regras para servir de critérios objetivos e vinculativos para tais decisões. É a figura do legislador que se destaca. O Estado se apresenta suficientemente forte, impondo-se sobre os particulares e chamando para si o poder, a função e a atividade de solucionar os litígios, impondo, autoritariamente, a sua solução para o conflito de interesses por meio do *jus imperium*.²⁶ A atividade, a função mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos de interesses por meio de seu instrumento, que é o processo (meio moderno de solução de conflitos), denomina-se tradicionalmente de jurisdição.²⁷ Entende-se que a jurisdição não deve ser encarada somente como *poder, função e atividade*, mas, também, *como um serviço público*.

Durante a evolução do Direito, ao longo dos séculos, há uma afirmação da

²⁴ Atualmente, não é diferente, pois como se vê dos arts. 1º e 3º, os sujeitos em conflitos de interesses podem escolher árbitro de sua escolha, mediante uma convenção arbitral. Confira-se os citados artigos: Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. 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”.

²⁵ NADER, op cit., p. 38.

²⁶ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 17.

²⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo, SP: Malheiros, 1993. p. 33.

quase absoluta exclusividade estatal no exercício da função pacificadora, o que tem perdurado até os dias atuais. Em que pese a criação e difusão dos métodos privados e alternativos, a jurisdição estatal, ainda, é hoje quase que onipotente como forma de solução dos conflitos.

5 A ARBITRAGEM NA HISTÓRIA

Todos os institutos jurídicos, desde os mais antigos até os mais recentes, foram eles frutos de transformações histórico-sociais. É necessário, portanto, que a análise de qualquer deles seja precedida de uma busca na história, a fim de se encontrarem os fundamentos primordiais que lhe dão origem.²⁸ A arbitragem tem seu berço na mais longínqua antiguidade, sendo conhecida desde o surgimento dos primeiros agrupamentos humanos. De fato, nas primeiras sociedades, onde ainda não havia o poder do Estado ou um estado tal qual se concebe hoje, os conflitos de interesses eram resolvidos, na maioria das vezes, pelos próprios litigantes, quer por meio da força física (*autotuela*), quer por meio de um terceiro, que já pode ser chamado árbitro, inicialmente, na chamada *arbitragem facultativa*. Segundo Edson Prata²⁹, a arbitragem, ainda que de forma não muito definida, esteve presente já entre os Hebreus, desde 1300 a.C., quando da promulgação do direito mosaico. Na própria Bíblia, encontram-se várias passagens, das quais se pode inferir a presença de fundamentos da arbitragem. Em Gênesis, por exemplo, encontra-se a seguinte passagem:

Então se irou Jacó, e altercou Labão; e lhe disse: Qual é a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente tens me perseguido? Havendo apalrado todos os meus utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e de teus irmãos, para que julguem entre mim e ti.

²⁸ Vale a pena, aqui, a transcrição das lições de Plauto Faraco de Azevedo, que se vale, inclusive, dos ensinamentos de José Eduardo Faria: “O ensino jurídico atual “funda-se em premissas ingênuas e idealistas, distanciadas de uma realidade sócio-econômica explosiva, contraditória e conflituosa”. A sua alteração “deve começar pela própria reflexão sobre o Direito a partir de uma crítica epistemológica do paradigma positivista-normativista”, que o informa. Quanto às disciplinas técnicas, “é necessário antes estudá-las, se quisermos criticá-las de modo conseqüente. Como? Valorizando o papel formativo das disciplinas de natureza teórica, como Teoria, a Filosofia e a Sociologia do Direito”. Faz-se necessário “estudar o Direito positivo na sua dimensão histórica [...] Se é certo que, enquanto saber de autoridade, a Ciência do Direito reproduz em sua estrutura interna as exigências de sua própria função na sociedade, é correto que a atividade dos juristas [...] não se limita à mera reprodução da ordem estabelecida”. (AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999. p. 25).

²⁹ PRATA, Edson. **História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno**. Rio de Janeiro, RJ: Forense 1987, p. 25-28.

(gênesis 31:36-37).

No novo Testamento, o apóstolo Paulo assim disse aos Coríntios:

Entretanto, vos, quando tendes a julgar negócios terrenos, constituís um tribunal daqueles que não têm nenhuma aceitação na igreja? Para vergonha, vo-lo digo. Não há por ventura nem ao menos um sábio entre vós, que possa julgar no meio da irmandade? Mas irá um irmão a juízo contra outro irmão e isto perante os incrédulos (I Coríntios 6: 4-6).

Nota-se nas passagens acima transcritas, o impulso de outorgar o julgamento dos litígios aos seus pares, fato que denota importante fundamento da arbitragem, que é a confiança das partes no árbitro. Mais ainda, os sujeitos envolvidos nos conflitos de interesses submetem os seus litígios, isto é, seus pretensos interesses e direitos, à decisão de outrem, no caso a indivíduo de seu meio, no qual depositam plena confiança.

A arbitragem foi difundida na Grécia antiga, como forma pacífica de resolução dos conflitos, principalmente entre as cidades-estado.³⁰ Nesse período, o instituto da arbitragem tomou grande importância no cenário internacional, em especial no tocante aos litígios de fronteiras. A própria mitologia, por meio de vários escritores helênicos, faz menção a conflitos entre deuses e heróis, que eram resolvidos por meio de *laudos arbitrais*³¹. Mas, também, no domínio da realidade, a arbitragem se fez presente. Tem-se conhecimento de tratados que continham cláusulas compromissórias, *a exemplo do Tratado de Paz concluído em 445 a.C. entre Esparta e Atenas. No tratado de Nícias, conservado por Tucídides, lê-se: “Não será permitido aos lacedônios e aos seus aliados de fazer a guerra aos atenienses e a seus aliados... sob qualquer pretexto. Se surgir um litígio entre eles, submeterão a solução do caso a um procedimento de direito conforme os princípios sob os quais se deverão acordar, através de árbitros”*³²

Em Roma, a arbitragem se evidenciou nas duas formas do processo Romano, agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per fórmulas*. Nas duas espécies, que vão desde as origens do império romano aproximadamente em 745 a.C. até o século III d.C., o processo romano englobava a figura do árbitro, uma vez que o pretor, após a preparação da ação e enquadramento na lei, acrescentava a fórmula, submetendo logo em seguida ao

³⁰ TAUBE, Michel de apud PARRA, op cit., p. 216.

³¹ Observe-se que a nossa anterior legislação, no Direito brasileiro, referia-se a decisão do árbitro como *Laudo Arbitral* e não como sentença arbitral, como é tratada a decisão do árbitro, atualmente, pela Lei de Arbitragem.

³² CACHAPUZ, op cit., p. 27- 28.

juízo do *iudex* ou *arbiter*.³³ Este, não fazia parte do corpo funcional romano, mas era um particular, idóneo, ao qual era incumbido de julgar a litígio.³⁴ Outros autores, são mais avançados, ao afirmar que a arbitragem em Roma alcançou vasto desenvolvimento nos litígios entre particulares, decidindo os árbitros, sem submeter-se a qualquer lei, não estando eles obrigados a seguir as rígidas fórmulas rituais de cunho religioso dos primeiros tempos do direito romano.³⁵

Esse período liberal e de glória da arbitragem, entretanto, veio a decair, na medida em que o Estado Romano se publicizava instaurando-se logo um poder absoluto, que perdurou até o fim do império. A partir daí, a atividade jurisdicional passa a ser função exclusiva do Estado, tornando eminentemente de caráter público o processo de composição dos litígios. Surgiu nesse período, a figura do juiz estatal.

A arbitragem nos negócios particulares, no entanto, sobreviveu à Idade Média, onde em determinado momento teve destaque. Boutillier, citado por Michel de Taube, afirmava que:

(...) o árbitro não pode e não deve, na causa a ele submetida, proceder senão por obra do direito vigente, segundo o alegado – ou provado perante ele –, mas fazer tudo segundo a regra de direito; arbitrador, se é aquele que da causa é encarregado pela sua consciência, segundo o direito ou não; mediador ou apaziguador, se é aquele que, com o consentimento das partes, as coloca de acordo.³⁶

Segundo o pensamento de Guido F. Soares, três figuras estariam distintamente definidas naquela época, quais sejam, o Árbitro, o Arbitrador e o Mediador.³⁷ Nesta época, a Igreja também teve um papel importante, nos primórdios da Era Cristã, o “*épiscopalis iudicium*”, que se desenvolveu nas formas da arbitragem, transformando-se após em verdadeiro juízo ordinário.³⁸

Na idade moderna a arbitragem foi considerada pela Revolução Francesa, como a forma mais apropriada para traduzir no âmbito do Judiciário, o ideal de

³³ Idem, *Ibidem*.

³⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 236, p.18-23, jun. 1997. p. 18-19.

³⁵ PARRA, op cit., p. 217.

³⁶ TAUBE, op cit., p. 217.

³⁷ Árbitro, aquele que julga a causa, segundo a lei da sede do tribunal ou segundo a equidade, num processo instituído pelas partes, e seguindo rito definitivamente caracterizado. Arbitrador, aquele que a peritagem técnica a pedido de uma das partes, de ambas ou do árbitro. Mediador, aquele que concilia as partes, com o consentimento destas. Vide Ordenações Filipinas, Livro 3, Título XVII.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 43.

Fraternidade.³⁹ A Constituição francesa de 1791, afirmou o direito de todos os cidadãos, de submeterem seus litígios ao exame do árbitro, protegendo tal direito de qualquer lesão por ato do Poder Legislativo.⁴⁰ Mas, a reação à revolução acabou por tornar restritos os casos possíveis de serem arbitrados. Extinguiu-se a arbitragem obrigatória, e o laudo arbitral passou a ser suscetível de revisão pelo Poder Judiciário, perdendo a exequibilidade, caso não passasse pelo crivo estatal,⁴¹ fato que perdurou até os tempos atuais, e muito prejudicou o desenvolvimento do instituto da arbitragem.

Com o passar da história e seus acontecimentos, percebe-se que a arbitragem teve mesmo certo declínio, prevalecendo a composição estatal. Entretanto,

subsistiu como técnica, em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do common law, o direito anglo americano – marcado por uma profunda influência liberal, fincada no empirismo de FRANCIS BACON e de juristas do porte de BLACKSTONE, MADISON, MARSHALL, HOLMES e CARDOZO, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento –, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser o verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal⁴².

De fato, os países integrantes do sistema romano germânico, e os do *Common law*, tomaram rumos diferentes quanto à evolução da arbitragem. Enquanto nos primeiros, a arbitragem sofreu restrições em razão das promulgações dos respectivos Códigos de Processo, nos países adotantes do sistema da *Common law*, o instituto se desenvolveu, ao sabor da autonomia das partes, com um mínimo de regras nos Códigos.⁴³ No Século XX, principalmente na Europa, o interesse na arbitragem ressurgiu com força, ocupando o prestígio que teve outrora, se fortalecendo e multiplicando em tratados internacionais.⁴⁴

6 ARBITRAGEM NO BRASIL

A Arbitragem ou o juízo arbitral, como era chamado pela legislação anterior,

³⁹ PARRA, op cit., p. 219.

⁴⁰ Título III, Capítulo X, art. 5º.

⁴¹ PARRA, op cit., p. 220.

⁴² TEIXEIRA, op cit., p. 18-19.

⁴³ SOARES, Guido. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil-vicissitudes. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 641, mar. 1989, p. 31.

⁴⁴ CARMONA, op cit., p. 45.

nunca foi instituto alheio ao Direito brasileiro, pois já era previsto desde o período colonial. Já nas Ordenações Filipinas, que tiveram vigência antes de nossa independência e que restaram após ela, disciplinava-se a arbitragem no Título XVI, do Livro II, sob a rubrica ‘Dos Juízes Árbitros.’⁴⁵ Segundo Carmem Tibúrcio⁴⁶, a arbitragem de Direito privado no Brasil foi inicialmente prevista na Constituição Imperial de 1824, nos termos do art. 160.⁴⁷ De fato, naquele tempo, a arbitragem era também disciplinada pelas Ordenações, continuando a sê-lo, posteriormente, à Independência, em nível infraconstitucional, como se pode observar do advento do Código Comercial e do Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850⁴⁸.

O Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850, que *determina a ordem do Juízo no Processo Comercial*, cuidou também da arbitragem sob o prisma processual, distinguindo a arbitragem obrigatória da facultativa (art. 411)⁴⁹, reservando aquela para as causas comerciais, e esta para as demais causas. Como no sistema arbitral brasileiro, embora facultativo na CF de 1824, na verdade era coativo, ou forçado, sua obrigatoriedade foi revogada pela Lei n. 1.350, de 1.866.⁵⁰ Na fase Republicana chegou inclusive a ser prevista em algumas Constituições, como as de 1934 e 1937, tendo sido disciplinada pelo Código Civil no campo obrigacional, sob a conotação de compromisso. Nessa época, quando os Estados membros passaram a editar seus próprios Códigos de Processo, a arbitragem recebeu tratamento diferenciado em cada unidade da Federação. Com a volta ao sistema da unidade Processual, pela Constituição de 1934, e com a promulgação do Código de Processo Civil de 1939⁵¹, o juízo arbitral foi disciplinado no Livro IX, Título Único, nos arts. 1.031 a 1.046. Embora, silentes sobre o assunto, as Constituições brasileiras de 1946, 1967 e 1969, o CPC de 1973, novamente consagrou o juízo arbitral, desta vez no Livro IV, Título I, Capítulo XIV (arts. 1072 a 1102). Já o legislador constituinte de 1988, houve por bem, consagrar em nível constitucional o instituto da arbitragem, nos §§ 1º e 2º, do art. 114⁵².

Duas sérias restrições, entretanto, contribuíram para a inoperância prática da arbitragem em nosso país: Segundo Humberto Theodoro Júnior⁵³ a primeira delas

⁴⁵ Idem, *Ibidem*, p. 46.

⁴⁶ TIBURCIO, Carmem. Arbitragem no Direito Brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 351, p. 49-63, 2000. p. 50.

⁴⁷ Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas parte.

⁴⁸ KRIGER FILHO, *op cit.*, p. 25.

⁴⁹ “Art. 411. O Juízo arbitral ou é voluntario ou necessário: § 1º. É voluntário, quando é instituído por compromisso das partes. § 2º. É necessário, nos casos dos arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846 do Código Commercial, e em todos os mais, em que esta forma de Juízo é pelo mesmo Código determinada”.

⁵⁰ ALVIM, *op cit.*, p. 18.

⁵¹ Decreto-lei n. 1608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil).

⁵² Idem, *Ibidem*, p. 18.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, *op cit.*, p. 19.

era a exigência de que o laudo arbitral para adquirir eficácia executiva, dependesse de homologação judicial; e a segunda, a de não se reconhecer à cláusula compromissória inserida num contrato, a força de conduzir forçosamente ao juízo arbitral.

Por fim, teve-se o advento da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, oriunda de projeto do então senador Marco Maciel, e que corrigindo as distorções acima citadas, disciplinou o procedimento arbitral, e tentou de certa forma impulsioná-lo no Brasil. O movimento da Doutrina e dos meios jurídicos, portanto, é o de reinserção, de revisitação desse método heterocompositivo, com o nítido objetivo de desafogar o Poder Judiciário da sobrecarga causada pelo número de processos, sempre crescente.

7 NOÇÕES DE ARBITRAGEM DE ACORDO COM A LEI N. 9.307/96

A arbitragem, no bojo dos métodos de solução de conflitos de interesses, tomando-se em consideração o critério de quem tem o poder de decidir o litígio (se os próprios conflitantes ou terceiros), é forma heterônoma, diferentemente da conciliação, da mediação e da negociação, que são formas parciais e autônomas. Todavia, um dos grandes diferenciais da arbitragem, é o fato de o terceiro ser alguém ou alguma instituição escolhida livremente pelas partes, o que destaca o caráter da confiança. Quem escolhe o árbitro são os próprios litigantes, entre pessoas de suas confianças.

A Lei n. 9.307/96 regulou a arbitragem, revogando os arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil de 1916, bem como os artigos 1.072 a 1.102 do CPC/73, que anteriormente tratavam da matéria, e neste ponto é mister esclarecer quão grande foi o avanço da nova lei, no que diz respeito à técnica do procedimento arbitral. De fato, a aprovação da nova lei, nos dizeres de Sálvio de Figueiredo Teixeira, gerou considerável avanço:

[...] superou os velhos entraves de nosso direito positivo à efetiva implantação da arbitragem. O quadro normativo foi, então, substancialmente alterado, graças à adoção de regras inspiradas em esmero científico, afinadas com os modelos mais aperfeiçoados da técnica contemporânea fornecida pelo direito comparado.⁵⁴

Nesse interregno, duas grandes modificações ocorreram, quais sejam, o fim

⁵⁴ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 338, p. 181-190, 1997. p. 42.

da necessidade de se submeter o Laudo Arbitral à homologação judicial⁵⁵, bem como a adoção da força cogente da cláusula compromissória. Sem dúvida foram avanços que contribuíram para a celeridade, agilidade e eficácia do procedimento arbitral.

8 DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Por meio da *cláusula compromissória* e o *compromisso arbitral*, são os dois modos pelos quais a arbitragem pode ser utilizada e instituída. Tratam-se das duas espécies de *convenção arbitral*, cuja natureza é estritamente contratual. A arbitragem, em que pese ter a partir de sua instituição, natureza jurisdicional, segundo entendimento predominante no Brasil, tem em sua forma de instituição pelas partes, um caráter nitidamente contratual, pois só com a previsão em contrato pelas partes é que ela existirá no caso concreto. Talvez até por este fato, tenha se instalado infundável celeuma na doutrina após o advento da Lei n. 9.307/96, a respeito da natureza jurídica da arbitragem.

A *cláusula compromissória*, prevista no art. 4º, da Lei n. 9.307/96, não configurava antes do advento da lei, garantia da instauração do juízo arbitral. Somente obrigava à realização efetiva após a celebração do *compromisso arbitral*, que pressupunha uma nova manifestação de vontade das partes pela realização da arbitragem, após o surgimento do litígio⁵⁶. Nesse ponto, e tal já foi dito anteriormente, o sistema da Lei n. 9.307/96 avançou e muito em relação ao anterior. Com efeito, antes do atual sistema arbitral, a cláusula compromissória não ensejava execução específica, mas, simplesmente, promessa de fazer, a qual não cumprida só poderia se resolver no campo das perdas e danos. Nefasta hipótese foi abolida pelo sistema da nova lei, uma vez que, agora, em havendo resistência de uma das partes quanto à instauração do juízo arbitral, poderá este ser iniciado mediante intervenção do Poder Judiciário.⁵⁷⁻⁵⁸

⁵⁵ Hoje, na pela Lei de Arbitragem, não se fala mais em Laudo Arbitral, mas sim, em sentença arbitral. Registre-se, no entanto, que se a sentença arbitral foi proferida no estrangeiro, deverá a mesma, para ser objeto de execução no território nacional, de homologação, perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inc. I, letra “i”, da CF/88 e, ainda, do art. 35, da Lei de Arbitragem.

⁵⁶ TIBURCIO, op cit., p. 50.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Revista Jurídica Consulex*, nº 9, setembro de 1997.

⁵⁸ Confira-se à propósito, os arts. 6º e 7º, da Lei de Arbitragem, in verbis: “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, tocaria 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

A cláusula compromissória é cláusula contratual, autônoma, e pendente de condição suspensiva, a qual podem ou não os sujeitos estipular. Com a celebração dela as partes transferem, isto é, deslocam a futura e eventual necessidade de uso da jurisdição, do âmbito estatal para o privado. Afasta-se, assim, a jurisdição, como método oficial do Estado para atuação do Direito e solução dos conflitos de interesses. Interessante verificar que a denominação “cláusula” compromissória, poderia ensejar o entendimento de que tal estipulação teria natureza necessariamente acessória, e que só sob a presença de um contrato válido, que seria principal, é que poderia a cláusula compromissória existir. Não é esta a conclusão a que se chega. Carreira Alvim, com bastante propriedade, afirma:

[...] a cláusula compromissória não se atrela, necessariamente, a um contrato, posto que ela tem individualidade própria, preserva em relação a ele sua independência, e se incorpora no mesmo instrumento contratual por uma questão de comodidade prática, em geral nem sofre as vicissitudes por que possa passar o próprio contrato, que não a atinge.⁵⁹

Com efeito, a Doutrina é uníssona em afirmar a autonomia da cláusula compromissória, e nem poderia deixar de ser, à vista do art. 8º da Lei n. 9.307/96, o qual dispôs expressamente neste sentido⁶⁰. Do contrário, sendo nulo o contrato, ou uma disposição do mesmo, restaria inválida também a cláusula arbitral, obrigando a apreciação do Poder Judiciário.⁶¹

O compromisso arbitral é a outra espécie de convenção de Arbitragem, ao

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”.

⁵⁹ ALVIM, op cit., p. 217.

⁶⁰ A expressão da lei, seguindo a tendência mais moderna, afirma essa autonomia, dando aos árbitros competência para julgarem e decidirem acerca da existência, validade e eficácia, não somente da cláusula, mas também do contrato e da própria convenção de Arbitragem no todo (art. 8º, parágrafo único), para que se discuta se há ou não contrato, cláusula ou convenção, é necessário que as partes instituem a Arbitragem, levando a apreciação da questão aos árbitros, que são juízes de sua competência, conservando-se assim sua independência. CACHAPUZ, op cit., p. 85.

⁶¹ Idem, p. 84.

lado da cláusula compromissória, cuja definição encontra-se no art. 9º da Lei n. 9.307/96. A grande distinção entre o compromisso e a cláusula compromissória está no fato deste último dar-se em face de um litígio atual e presente, enquanto a cláusula visa prevenir a solução de litígios eventuais e futuros. O compromisso arbitral, nada mais é do que um negócio jurídico, realizado entre as partes, a fim de submeter certo litígio à decisão de um árbitro, litígio este que inclusive pode já estar sendo dirimido pelo Poder Judiciário.

9 O ÁRBITRO

A natureza jurídica da função arbitral sempre foi controvertida, e nem poderia deixar de ser, à vista da própria discussão em torno da natureza da própria arbitragem. Ocorre que a Lei n. 9.307/96⁶², ao equiparar expressamente o árbitro ao juiz de direito para os fins da arbitragem, conferiu um indispensável e forte argumento aos que defendem a natureza jurisdicional da arbitragem. No entendimento de Cezar Fiúza⁶³, a atividade do árbitro é função pública, assim como a do juiz, vez que tanto um como outro, são chamados a julgar uma lide, após ter examinado as pretensões das partes.

Os requisitos para a pessoa⁶⁴ ser árbitro, segundo a dicção do art. 13 da Lei de Arbitragem, são **(a)** a *capacidade civil*, e **(b)** a *confiança das partes*. Todavia, doutrinariamente, tem-se entendido que o único requisito é a capacidade civil plena, na medida em que a confiança encontra-se logicamente implícita no ato de escolha.⁶⁵ No mesmo sentido, José Eduardo Carreira Alvim afirma que a confiança é de difícil aferição, pois *mesmo que as partes se louvem em árbitros que*

⁶² “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”.

⁶³ FIÚZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1995. p. 123.

⁶⁴ Aqui, é de se indagar: a pessoa jurídica pode ser árbitro, ou essa função é, com exclusividade, da pessoa natural? “A doutrina não admite e costuma sustentar que o árbitro deve, obrigatoriamente, ser pessoa natural. Não é o que pensamos e daremos, agora, os motivos da nossa ilação. O art. 13 da Lei de Arbitragem, ao tratar do árbitro, apenas e tão somente exige que seja “pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”. Ora, é cediço que as pessoas podem ser naturais ou jurídicas. Assim, é evidente que pessoa jurídica também é pessoa, dotada, igualmente, de personalidade jurídica que, aliás, é distinta daquela atribuída aos seus membros. Nos termos do art. 45, caput, do CC, começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com o registro dos seus atos constitutivos (estatutos ou contratos sociais) no registro que lhes é peculiar. A partir de então, passam a ter personalidade jurídica e, portanto, a capacidade de serem titulares de direitos e obrigações. Nessa medida a pessoa jurídica produzirá a sentença arbitral devidamente representada, posto que “obrigam a pessoa jurídica os atos dos administradores, exercidos nos limites de seus poderes definidos no ato constitutivo” (art. 47 do CC). Assim, não encontramos qualquer óbice para que a pessoa jurídica seja árbitra desde que devidamente representada e de acordo com os seus atos constitutivos”. (SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008. p. 101-102).

⁶⁵ FIGUEIRA JUNIOR, op. cit., p. 124.

*não tenham a sua confiança, nem por isso a sentença será despida de eficácia.*⁶⁶

É interessante notar que, especialmente, à época da edição da Lei de Arbitragem, dividiu-se a Doutrina a respeito da necessidade de conhecimento técnico e/ou jurídico por parte do árbitro. A questão é que a lei não previu a exigência de qualquer formação técnica ou jurídica para o exercício da função de árbitro. A preocupação foi bastante fundada naquele momento, levando a Doutrina a aludir a requisitos não legislativos para a ocupação da função arbitral. Ulderico Pires dos Santos assim relata:

A nosso ver, não lhes basta o conhecimento técnico sobre a matéria posta em julgamento. É certo que a lei de Arbitragem diz que pode exercer esse mister qualquer pessoa, que sendo capaz, goze da confiança das partes, dando a entender que seja totalmente desnecessário ela possuir qualquer noção do direito. Entendemos que a referida lei esteja falando em tese, pois não vemos como possa um indivíduo, totalmente jejuno em direito, proferir uma sentença arbitral ou declarar o direito da parte, se conhecimento algum tiver a respeito da aplicação da lei. Até porque a prolação de uma sentença, seja arbitral ou judicial, implica uma técnica específica, exigindo que o sentenciante faça o enquadramento jurídico da hipótese, obedeça aos pressupostos da lei, e que dela constem todos os requisitos do art. 26 da Lei Arbitral⁶⁷.

Considerando, todavia, que o procedimento arbitral pode ser de direito ou de equidade, não há necessidade de fato que o árbitro possua formação jurídica. Na hipótese de se estabelecer, por convenção⁶⁸ dos sujeitos envolvidos no conflito de interesses, que a arbitragem será de equidade, afastada restará, portanto, a legislação estatal vigente. Mesmo porque determinados momentos será mais necessário que possua formação técnica adequada à natureza do litígio a ser dirimido. Lembre-se, por oportuno, os casos que envolvem conhecimentos nas áreas de engenharia, medicina, odontologia, dentre outras. Na prática, o que tem ocorrido, com a concentração de árbitros em tribunais arbitrais, é a uniformização das regras de julgamento, e a existência de diversos árbitros com formação em diversas áreas do conhecimento, possibilitando uma abrangência maior e um grau de confiança melhor na decisão arbitral.

O que há de relevante na função arbitral é que, por força da lei de arbitragem,

⁶⁶ ALVIM, op cit., p. 306-307.

⁶⁷ SANTOS, op cit., p. 77-78.

⁶⁸ “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

vigora quanto ao procedimento da arbitragem, a imparcialidade⁶⁹ do árbitro, independência, competência, diligência e discricção. Com efeito, não se trata apenas de mera exortação, pois daí advém importante conseqüência prática, no que diz respeito à responsabilidade do árbitro pelos danos causados às partes, quando não tiverem agido de acordo com a disposição do art. 13, § 6^o⁷⁰⁻⁷¹. Inclusive, é de se notar que a Lei de Arbitragem adentrou no tratamento da responsabilidade dos árbitros até no campo Penal, vez que, segundo o art. 17⁷², eles ficam equiparados aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal.

10 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A natureza jurídica da arbitragem é, certamente, um dos assuntos mais controvertidos dentro do tema proposto, pois mesmo após treze anos de edição da lei, a questão ainda não é unânime. A maioria da Doutrina tem se posicionado a favor da natureza jurisdicional, até por conta dos argumentos legislativos, todavia, a discussão ainda remanesce. As duas teorias mais defendidas, que já se debatiam antes da Lei n. 9.307/96 são a *contratual* e a *jurisdicional*. Humberto Theodoro Junior expõe:

Antes da Lei n. 9307, predominava a tese contratualista, porque a força final de sentença alcançada pelo laudo arbitral somente era obtida por meio de homologação judicial. O atributo de coisa julgada decorria do ato judicial homologatório e não propriamente dos decisórios dos árbitros. [...] O novo sistema implantado entre nós rompeu completamente com o antigo regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, conferindo ao decisório arbitral o “*nomem iuris*” de sentença e a força de coisa julgada, bem como de título executivo judicial sem qualquer interferência da justiça oficial (art. 31). Além disso, a Lei 9307/96 declara, expressamente, que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se aos funcionários públicos, para efeito de legislação penal (art. 17), e que, para os fins processuais, é ele “juiz de fato e de direito” pelo que sua sentença “não fica sujeita a

⁶⁹ Ausência de fatos que geram a suspeição e o impedimento, tais como previstos na legislação processual civil vigente (arts. 134 e 135 do CPC/73), devendo o árbitro, assim como o juiz estatal, ser subjetivamente capaz.

⁷⁰ Idem, *Ibidem*, p. 132.

⁷¹ Confira-se, ainda, o art. 13 da Lei de Arbitragem, in verbis: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção”.

⁷² “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”.

recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário (art. 18)⁷³.

A partir da edição da nova Lei de Arbitragem, fortaleceu-se a posição dos publicistas na defesa do caráter jurisdicional da arbitragem, especialmente por conta das importantes mudanças na sentença arbitral e na função dos árbitros.

Importa destacar alguns aspectos das duas teorias. Para os contratualistas, um dos principais fundamentos é que o caráter principal da arbitragem é o consenso entre as partes. Os adeptos dessa corrente afirmam possuir a arbitragem, todos os elementos constitutivos e pressupostos de validade de um contrato, principalmente no que tange a autonomia da vontade, relatividade das convenções e da força vinculante dos mesmos. O que predomina é a vontade das partes, elas é que podem, e se assim quiserem instituir a arbitragem para a solução de seus conflitos de interesses, tanto por meio da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral. Sem vontade das partes não há Arbitragem. Aliás, isto está bastante claro na Lei de Arbitragem, em seu art. 1^o⁷⁴. Constituiria assim, a arbitragem, *em um ajuste pelo qual as partes, na solução de suas pendências, afastam a jurisdição estatal em prol de uma decisão proferida por árbitros de sua confiança, em que se louvam.*⁷⁵

Mas, a grande questão que se defende na teoria contratual é a ausência de jurisdição. Tomando em consideração as idéias de jurisdição tais quais observadas na clássica teoria processual, faltaria à arbitragem a característica jurisdicional especialmente por que não está alocada no Estado. Sobre o conceito jurisdição, Chiovenda informa que é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei *por meio da substituição*, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos.⁷⁶ Presente, pois, a característica da *substitutividade*, defendida por Giuseppe Chiovenda.

Assim, a teoria contratualista filia-se fortemente no fato de os árbitros não integrarem a organização estatal, nem mesmo temporariamente. Entretanto, sabe-se que os árbitros são equiparados a funcionários públicos, estando, inclusive, sujeitos às mesmas penas.⁷⁷ Neste sentido, a arbitragem se apresentaria como uma renúncia à jurisdição e, por conseguinte, renúncia ao direito de ação para a solução de determinada controvérsia,⁷⁸ filiando-se ao mito do Estado onipotente e

⁷³ THEODORO JÚNIOR, op cit., p.113.

⁷⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁷⁵ Idem, Ibidem, p. 28

⁷⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**. Tradução de J. Guimarães Menegale e Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1969. p. 196-197.

⁷⁷ CACHAPUZ, op cit., p. 51.

⁷⁸ CARMONA, op cit., p. 29.

centralizador, onde a justiça é administrada exclusivamente por juízes.⁷⁹

De outro norte, a corrente publicista entende que existe jurisdição na Arbitragem. Os jurisdicionalistas fundamentam seu ponto de vista no aspecto de que os árbitros, *não obstante nomeados pelas partes, exercitam atos de jurisdição ao aplicar a regra ao caso concreto, não diferindo o fim visado pela Arbitragem daquele alcançado pelo poder estatal de dizer o direito a determinado fato.*⁸⁰ Pelos aspectos teleológicos – *pacificação social* –, realmente, na arbitragem é possível presenciar a presença do exercício da jurisdição. Igualmente, a jurisdicionalidade também se sustenta por força de lei, que estabelece espécie de prorrogação convencional de *competência*.⁸¹ Tem-se dúvida, quando afirma que a Arbitragem é *prorrogação convencional da competência para a solução de determinados litígios por previsão legal. O poder jurisdicional da Arbitragem decorre, portanto, da ordem jurídica estatal ao tipificar o instituto e estabelecer suas conseqüências no plano jurídico.*⁸²

O árbitro, escolhido e nomeado pelos sujeitos envolvidos no conflito de interesses, recebe verdadeiro *poder* de decidir, impondo em caráter obrigatório e vinculativo a solução para um determinado e específico conflito de interesses. Tanto isso é verdade, nos termos da Lei de Arbitragem, que esta fala em *sentença arbitral*. Dá-se assim, de forma plena, a substituição da vontade das partes pelo árbitro, que expressa e sintetiza a vontade da lei. Para a concepção de Giuseppe Chiovenda, que defende a substitutividade, como nota típica da jurisdição, não haveria dificuldades em sustentar a presença da jurisdição na arbitragem. A função do árbitro, portanto, não seria diversa daquela do juiz, preenchendo os três escopos do processo: jurídico, político e social.⁸³ No âmbito da cognição, diante dessa característica, não ficaria difícil de defender a jurisdição na arbitragem. No entanto, diante da necessidade da prática de atos *executivos* e *cautelares*, ou, se preferir, de *tutelas de urgência*, fica a indagação.

Isso porque, é evidente e não se nega, que o árbitro não detém o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, sendo, nessa particularidade, seus poderes limitados, não se equivalendo aos do juiz togado. Segundo, entende-se, considerando os *elementos da jurisdição* (*cognitio, vocatio, iudicium, coertio* e *executio*), não seria sustentável a função jurisdicional por parte do árbitro, porquanto carece ele, na prática de seus atos e poderes, de *coercitividade* e de *execu-*

⁷⁹ Idem, Ibidem, p. 37.

⁸⁰ KRIGER FILHO, op cit., p. 27.

⁸¹ Todavia, acredita-se que, apesar de se falar em competência, o que, aliás, se encontra na própria Lei de Arbitragem (art. 20), quando se refere ao termo competência, na verdade, o vocábulo competência se insere no âmbito do processo. É, portanto, conceito processual.

⁸² CACHAPUZ, op cit., p. 52.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 1998. p. 149-163.

tividade o que seria suficiente para afastar a arbitragem do conceito de jurisdição.

Em razão desta mescla de normas, umas pertinentes ao contrato, outras ao processo, surgem teorias outras, que buscam a conciliação entre o contrato e a jurisdição, *considerando o instituto como portador de uma natureza jurídica sui generis, porquanto nasce da vontade das partes (caráter obrigacional = privado) e concomitantemente regula determinada relação de direito processual (caráter público)*.⁸⁴ Neste sentido, Joel Dias Figueira Junior cita os ensinamentos de José Carlos Magalhães:

Assim, a convenção arbitral seria, na verdade, contrato privado que disciplina matéria de Direito Público, que interessa à ordem pública, nacional ou internacional, à medida que se destina a compor controvérsias que, mesmo entre particulares, afeta essa ordem pública. Essa doutrina é, atualmente, defendida sobretudo por Pierre Lalive e Philippe Fouchard e contou com o prestígio do Instituto de Direito Internacional, representado pelo Prof. Sauser-Hall.⁸⁵

Assim, se se tiver em mente que a jurisdição é monopólio intransferível do Estado, ou ainda que para haver jurisdição, devem estar presentes todos os seus elementos, (*cognitio, vocatio, iudicium, coertio, executio*), então, de fato, restaria somente à teoria contratualista para salvar a arbitragem. Contudo, se se considerar que a jurisdição, ainda que em parte possa ser transferida do Estado para a esfera privada (mas, sempre, tendo em mente a submissão às normas de Direito), então não há óbice algum em considerar o caráter jurisdicional da arbitragem.

O fato é que a discussão, a nosso ver, encontra fim na questão prática, pois, efetivamente os poderes do árbitro, e o alcance e limites das decisões arbitrais, estão delineados na Lei n. 9.307/96, cuja constitucionalidade já foi, inclusive, decidida pelo egrégio Supremo Tribunal Federal (STF), órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. Indiferentemente às teorias que podem ser defendidas, a legitimidade da decisão arbitral, é do ponto de vista teórico mais inquestionável do que qualquer outra. Isto porque, além de estar legitimada pela lei, também está pela vontade das partes, e pela confiança que as mesmas depositam no árbitro, já que de comum acordo elegeram tal meio para dirimir sua controvérsia. Observe-se, ademais, que a sentença arbitral está imune aos *recursos em sentido estrito*, diferentemente do que se passa com as decisões dos juízes estatais, proferidas no processo judicial.

A preocupação que se deve ter é a de imprimir ao instituto da arbitragem a funcionalidade de que necessita para ser um caminho viável. Nas palavras de José

⁸⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, op cit., p. 92.

⁸⁵ Idem, Ibidem.

Eduardo Carreira Alvim, *o mérito está em conciliar as virtudes do “público” e do “privado”, dando à arbitragem a flexibilidade que ela precisa para cumprir seu objetivo, mas atuando em bases dogmáticas, a fim de que se tenha, na Justiça convencional, a mesma segurança proporcionada pela Justiça estatal.*⁸⁶

11 A ARBITRAGEM COM FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

É inegável que a Lei n. 9.307/96 trouxe um avanço expressivo no tema da arbitragem. Isso é fato e, pensa-se, não comporta mais discussão. Novos ventos sopraram como modo a incentivar os métodos extrajudiciais de solução de conflitos. Em que pesem as discussões que pairaram sobre o assunto, especialmente sobre a constitucionalidade da Lei,⁸⁷ e sobre a natureza jurídica da arbitragem, o fato concreto é que a o novo regime arbitral só trouxe benefícios para toda a sociedade, como uma nova e eficaz forma de *acesso à justiça* e, também, como contribuição ao desentrelaçamento do Poder Judiciário. É bom ressaltar que o *acesso à justiça*, entendida como *acesso à ordem jurídica justa*, não vem somente pelas mãos do Poder Judiciário, mas, também, pelos *métodos alternativos de solução de conflitos de interesses*, dentre eles, a *arbitragem*.

Não parece duvidoso, que a arbitragem constitui, sim, legítima e eficiente forma de acesso à justiça. Neste sentido, Elaine Christina Gomes Condado, afirma que a visão que entende o acesso à justiça em relação direta com o acesso ao Poder Judiciário não tem mais lugar atualmente. *Hoje é preciso uma aceção mais ampla que proporciona aos cidadãos um acesso, não apenas aos tribunais e ao resultado da prestação jurisdicional, desenvolvido pelo Estado, mas a uma ordem jurídica justa.*⁸⁸

Com efeito, ao proporcionar à sociedade, métodos alternativos de solução de conflitos de interesses, eficazes e seguros para resolverem suas questões, o Estado não está afastando o acesso à justiça, mas sim, o fazendo valer por inteiro e em uma aceção ampla o referido princípio constitucional.

Neste contexto, há que se ter em mente que a Arbitragem precisa passar por processos de assimilação de democratização. Tem-se visto, que logo após a edição da Lei de Arbitragem, assentando-se as premissas legais para a afirmação do instituto no Direito brasileiro, o que se viu, foi uma utilização em maior escala, em questões internacionais, e em contratos comerciais de grande vulto. Arnoldo

⁸⁶ CARREIRA ALVIM, op cit., p. 72.

⁸⁷ Afirmada definitivamente pelo Pretório Excelso, por ocasião do julgamento do AgRg. na Sentença Estrangeira n. 5.206-7.

⁸⁸ GOMES CONDADO, Elaine Christina. **A Arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça.** Monografia (Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, PR: UEL, 2008.

Wald Filho retrata que:

Até recentemente, tanto a arbitragem quanto a mediação somente foram utilizadas, na maioria dos casos, nas relações comerciais entre grandes e médias empresas, para discussão de valores relevantes. Havia – e há –, ainda, certo elitismo na utilização dessas soluções extrajudiciais, que eram reservadas a questões importantes, tratadas por um número reduzido de advogados.⁸⁹

Este fato é, a nosso ver, especialmente ligado a dois fatores, que são o desconhecimento e a conseqüente desconfiança da população em geral em relação à arbitragem, e o fato de que a tradição e cultura do comércio exterior sempre caminharam no sentido de uma rápida solução dos conflitos. Os contratantes envolvidos preferem, quase sempre, submeter a controvérsia a uma rápida solução, e cumprir o determinado, se for o caso, do que atravancar seus negócios por conta de demandas judiciais infundáveis.⁹⁰ A morosidade e lentidão nas soluções dos litígios são fatores incompatíveis para as práticas comerciais e, bem assim, ao convívio social, porquanto, nesses casos, não se estará diante do valor Justiça. Daí porque se diz que *Justiça tardia equivale a ausência de Justiça*.

É preciso, aos poucos, mudar essa realidade bem típica de nosso país, trazendo a arbitragem para perto do cidadão comum, para perto das causas de menor valor monetário e, principalmente, abandonando a cultura de fiar-se na morosidade do Poder Judiciário para ganhar tempo.

Nesse contexto, Arnaldo Wald Filho argumenta que deve existir, paralelamente, à arbitragem clássica, uma mais célere e menos onerosa, *que possa atender à grande massa da população, realizando, no plano da arbitragem, a função exercida no Judiciário pelos Juizados especiais que tratam de pequenas causas*.⁹¹ Aliás, no Brasil, o legislador da Lei dos Juizados Especial Cível esteve atento a este ponto, tanto que previu a possibilidade da arbitragem no seio dos Juizados

⁸⁹ WALD FILHO. Arnaldo. Novos rumos para a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Comparado, ano 5, n. 16, jan./mar. 2008. p. 50-51.

⁹⁰ Em defesa da constitucionalidade da Lei de Arbitragem manifestou-se o Ministro Marco Aurélio Mello: A Lei nº 9.307/96, um diploma moderno, a abranger dispositivos que acatam certos direitos das partes, viabiliza – e isso interessa muito àqueles que investem, principalmente os estrangeiros, em espaço de tempo razoável, curto – o afastamento de situações ambíguas do cenário jurídico.

⁹¹ WALD FILHO, op cit., p. 51.

Cíveis, em seus arts. 24⁹², 25⁹³ e 26⁹⁴.

O fato é que é preciso pensar no *acesso à justiça* como um Direito fundamental das pessoas, mormente quando se insere o ser humano no centro do ordenamento jurídico, a ponto de a atual Constituição Federal, nos *princípios fundamentais*, quando trata dos *fundamentos* da República Federativa do Brasil, que se constitui em *Estado Democrático de Direito*, inserir a *cidadania* e o *princípio da dignidade da pessoa humana* (art. 1º, inc. II e III)⁹⁵. Mas é preciso entender que acesso à justiça, não pode e não deve significar, simplesmente, a porta de entrada, mas também, a de saída, e uma saída satisfatória, adequada e efetiva⁹⁶⁻⁹⁷, em que as partes consigam vislumbrar a verdadeira realização de justiça, por meio de uma sensação de segurança em ter seus direitos efetivados em prazo razoável, sem os formalismos excessivos⁹⁸ e desnecessários, no âmbito da relação jurídica processual. Afinal, a justiça que não se faz em tempo razoável não é justa, isto porque justiça tardia é justiça desmoralizada.

Importante o posicionamento de Luciano Bravin, que em dissertação de mes-

⁹² “Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei. § 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. § 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos”.

⁹³ “Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”.

⁹⁴ “Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecurável”.

⁹⁵ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...]”.

⁹⁶ “Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la específica e concretamente em tempo hábil. [...] A adequação da tutela jurisdicional revela a necessidade da análise do caso concreto posto em causa para, a partir daí, estruturar-se um provimento adequado à situação levada a juízo [...] A efetividade da tutela jurisdicional traduz uma preocupação com a especificidade e a tempestividade da proteção judicial. O resultado da demanda deve ser o mais aderente possível ao direito material, alcançado em tempo razoável às partes. [...]”. (MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007. p. 92-93).

⁹⁷ “[...] O acesso à Justiça não é garantia retórica, pois de sua eficácia concreta depende a realização de todos os outros direitos fundamentais. Na acepção que lhe confere o Estado Social, a expressão vai além do acesso aos tribunais, para incluir o acesso ao próprio Direito, ou seja, a uma ordem jurídica justa (= inimiga dos desequilíbrios e avessa à presunção de igualdade), conhecida (= social e individualmente reconhecida) e implementável (= efetiva). [...]”. (REsp. 347752/SP Recurso Especial 2001/0125838-3, relator Ministro Herman Benjamin, órgão julgador T2 – Segunda Turma, data do julgamento 08/05/2007, data da publicação/fonte DJe 04/11/2009; RDDP, v. 82, p. 116).

⁹⁸ Consoante já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[...] O formalismo processual excessivo é a negação do próprio Estado de Direito Democrático, uma vez que inviabiliza, por via tortuosa e insidiosa, a garantia constitucional do efetivo acesso à Justiça [...]”. (AgRg. no Ag. 775617/RS Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2006/0111190-0, relator Ministro Herman Benjamin, órgão julgador T2 – Segunda Turma, data do julgamento 27/05/2008, data da publicação/fonte DJe 13/03/2009).

trado, demonstra ser o acesso a justiça Direito Fundamental. Ensina, contudo, que a expressão “acesso a justiça”, não pode ser entendida em um aspecto restrito, considerado o monopólio da jurisdição estatal:

Foi nesse sentido que discorreu Carlos Henrique Bezerra Leite sobre o novo sentido de acesso à justiça, assim ensinando: ‘no sentido integral, acesso à justiça assume caráter mais consentâneo, não apenas com a teoria dos direitos fundamentais, mas também, com os escopos jurídicos, políticos e sociais do processo’. [...] Diante de tais observações, verifica-se que o direito que o indivíduo possui em acessar a Justiça lhe é garantido como um de seus direitos fundamentais. Dessa forma, compreende-se que esse acesso queda-se impróprio se limitado apenas ao Judiciário, já que este é apenas um dos elementos que constituem o verdadeiro sentido atual do acesso, conforme apregoado.⁹⁹

Trilhando nesse caminho, não se pode negar que a arbitragem, desde que realizada por pessoas e institutos sérios, tem grande potencial para atuar, não como a melhor, mas, simplesmente, outra forma de solução de conflitos, eficiente eficaz e, principalmente, disponível a todos aqueles não jogam com a morosidade da justiça, mas que, seriamente, pretendem obter uma solução justa, rápida e segura para suas controvérsias.

12 CONCLUSÃO

Como meio de pacificação social, a Arbitragem é instituto milenar, presente desde os tempos bíblicos. Por muito tempo, a arbitragem gozou de prestígio no cenário mundial, todavia, a Idade moderna assistiu a um declínio da arbitragem em função da prevalência da jurisdição estatal, especialmente nos países do sistema romano germânico, com a promulgação dos Códigos de Processo.

No Brasil, a aplicação da Arbitragem ainda padece de difusão e confiança, mormente em função da cultura beligerante do nosso meio jurídico, e da pouca ou nenhuma importância que aos meios alternativos de solução de conflitos de interesses tem sido dispensada nas faculdades de Direito.

A arbitragem no Brasil foi inteiramente regulada pela Lei n. 9.307/96, que lhe deu nova roupagem, introduzindo modificações substanciais que conferiram

⁹⁹ BRAVIN, Luciano. *A arbitragem como forma de acesso à justiça e amenização da crise jurídica: uma necessária mudança da cultura acadêmica*. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2008. p. 60-61.

ao instituto, mesmo maior celeridade e eficácia. A lei disciplinou a arbitragem conforme os princípios da Constituição Federal de 1988, especialmente, o devido processo legal, posto que ao atribuir ao árbitro, os mesmos poderes do juiz togado, tornou-o verdadeiro juiz da causa, transferindo-lhe parcela da jurisdição estatal, que originariamente pertencia, com exclusividade, ao Poder Judiciário.

Dentre as várias modificações trazidas pela Lei de Arbitragem, duas foram de cabal importância para a modernização do instituto, que foram o fim da necessidade de se submeter a sentença arbitral à homologação judicial, bem como a adoção da força cogente da cláusula compromissória, normas que tornaram os procedimentos arbitrais mais efetivos.

Um dos temas mais controvertidos surgidos em função da edição da Lei de Arbitragem é a questão da sua natureza jurídica, que até hoje desperta debates. Anteriormente à edição da Lei n. 9.307/96, predominava a teoria contratualista, modificando-se essa predominância para a teoria publicista, em função dos argumentos legislativos que surgiram com a nova regulamentação do instituto, especialmente os dois citados antes. Apesar de ainda remanescer, esta discussão no dias atuais, encontra termo na questão prática, pois a legitimidade do processo e da decisão arbitral é do ponto de vista teórico mais inquestionável do que qualquer outra, já que esta legitimada pela lei, bem como pela vontade das partes, e pela confiança que as mesmas depositam no árbitro.

A Arbitragem é forma de expressão do princípio do Acesso à Justiça. No entanto, necessita ainda em nossos dias, passar por processos de assimilação de democratização. A arbitragem por muito tempo, e até hoje, encontra confiança maior em questões internacionais, e em contratos comerciais de grande vulto, já que a tradição e a cultura do comércio exterior sempre caminharam no sentido de uma rápida solução dos conflitos. No campo das causas menores, dos interesses da maior parte da sociedade, a arbitragem ainda não se popularizou, e por essa razão não tem funcionado como um efetivo instrumento de acesso à justiça, já que se encontra ainda deveras elitizada.

O acesso à justiça não pode e não deve significar a porta de entrada, mas também, a de saída, e uma saída satisfatória, adequada e efetiva, em que as partes consigam vislumbrar a verdadeira realização de justiça, por meio de uma sensação de segurança em ter seus direitos efetivados em prazo razoável, sem os formalismos excessivos e desnecessários, no âmbito da relação jurídica processual. Afinal, a justiça que não se faz em tempo razoável não é justa, isto porque justiça tardia é justiça desmoralizada. E nesse sentido, deve-se ressaltar que o *acesso à justiça*, entendida como *acesso à ordem jurídica justa*, não vem somente pelas mãos do Poder Judiciário, mas, também, pelos *métodos alternativos de solução de conflitos de interesses*, dentre eles, a *arbitragem*, que se apresenta como instituto de grande potencial para se tornar uma forma de solução de conflitos, eficiente eficaz

e segura, especialmente para garantir o acesso à justiça e para contribuir com o desafio da Jurisdição estatal.

É preciso difundir, especialmente nas escolas de direito, um estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos, tema no qual a Arbitragem encontra seu contexto, para que o acesso à justiça signifique efetivamente acesso universal à uma justiça justa, célere e eficaz.

REFERÊNCIA

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado geral da arbitragem – Interno**. Belo Horizonte, MG: Mandamentos, 2000.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2010.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Direito, justiça social e neoliberalismo**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999.

BRAVIN, Luciano. **A arbitragem como forma de acesso à justiça e amenização da crise jurídica: uma necessária mudança da cultura acadêmica**. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 2008.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem – Alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96**. Leme, SP: LED, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. **A Arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo, SP: Malheiros, 1993.

_____. **Arbitragem e processo**. São Paulo-SP: Malheiros, 1998.

_____. Arbitragem anno III. **Forense**, Rio de Janeiro, v. 350, p. 21-29, 2000.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 339, p.127-141, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito processual civil**. Tradução da J. Guimarães Menegale e Notas de Enrico Tullio Liebman. 3. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 1969.

CORRÊA, José Oswaldo. Arbitragem. **COAD/ADV - Seleções Jurídicas**, Rio de Janeiro, p. 30, ago. 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. rev. atual. São Paulo, SP: Malheiros, 1998.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem e Jurisdição**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. **Manual de Arbitragem**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1997.

FIÚZA, Cezar. **Teoria geral da arbitragem**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 1995.

GIL, Otto Eduardo Vizeu. A nova regulamentação das arbitragens. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 118, p. 427-434, abr./jun. 1993.

GOMES CONDADO, Elaine Christina. **A Arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça**. Monografia (Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, PR: UEL, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de Gusmão. **Introdução ao Estudo do Direito**. 17. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Arbitragem e Interesse de agir. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 275, p. 25-32, set. 2000.

LIMA, Alex oliveira Rodrigues de. **Arbitragem um novo campo de trabalho**. 2. ed. São Paulo, SP: Iglu, 2000.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídico Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 115, p. 441-468, jul./set. 1992.

MITIDIERO, Daniel. **Processo civil e estado constitucional**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2007.

MUJALLI, Walter Brasil. **A nova Lei da Arbitragem**. Leme, SP: LED, 1997.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba, PR: Juruá, 1999.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 11. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1995.

NOGUEIRA, Antonio de Pádua. Considerações sobre os limites da vinculação da Arbitragem (Lei 9.307/96): Breve análise de pontos controvertidos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 780, p. 80, out. 2000.

PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 107, p. 215-244, jul./set. 1990.

PRATA, Edson. **História do Processo Civil e sua Projeção no Direito Moderno**. Rio de Janeiro, RJ: Forense 1987.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do Instituto da Arbitragem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 743, p. 64-73, set. 1997.

ROCHA, José de Albuquerque. Mecanismos Extrajudiciais de Mediação de Conflitos. **O Estado do Paraná**, Caderno Direito e Justiça, Curitiba, p. 1, 15 ago. 1999.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Considerações gerais sobre a arbitragem e seu reordenamento. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 85, n. 22, p. 200-211, jan./mar. 1997.

SANTOS, Ulderico Pires dos. Arbitragem – Ligeiras observações sobre alguns aspectos que estão gerando polêmica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 769, p.69-78, nov. 1999.

SEGURADO, Milton Duarte. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. ed. São Paulo, SP: E. V. Editora Ltda., 1994.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2008.

SHIGUEMATSU, Plínio José Lopes. Principais aspectos da nova Lei de Arbitragem. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 348, p. 465-475, 1999.

SOARES, Guido. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil-vicissitudes. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 641, p. 31, mar. 1989.

PARRA, Jorge Barrientos. Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 107, p. 215-244, jul./set. 1990.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a Imprescindibilidade da Corte Comunitária. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 236, p.18-23, jun. 1997.

_____. Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 338, p. 181-190, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. 27. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 1999.

TIBURCIO, Carmem. Arbitragem no Direito Brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 351, p. 49-63, 2000.

WALD FILHO, Arnoldo. Novos rumos para a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, Instituto Brasileiro de Direito Comparado, ano 5, n. 16, jan./mar. 2008.

Recebido em: 06 Abril 2010

Aceito em: 07 Maio 2010