



A ANÁLISE DA ARBITRAGEM: SUA UTILIZAÇÃO NO BRASIL COMO MEIO ALTERNATIVO DE ACESSO A JURISDIÇÃO E A JUSTIÇA

Rodrigo Flores Fernandes¹

RESUMO

O instituto da arbitragem está cada vez mais se firmando no ordenamento jurídico brasileiro como forma alternativa de acesso a jurisdição. Assim busca-se no presente artigo analisar no primeiro capítulo o contexto histórico da arbitragem no Brasil. No segundo capítulo a crise da jurisdição e da justiça e, por fim no último capítulo as principais características da lei da arbitragem de 1996 e uma perspectiva de política pública para o incentivo da utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflito. Assim de posse destas informações poderá se depreender o motivo da resistência por parte da sociedade brasileira na utilização dos meios alternativos de resolução de conflito e, em especial, da utilização da arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem; Justiça; Jurisdição.

ABSTRACT

The concept of arbitration is increasingly establishing itself in the Brazilian legal system as an alternative means of access to court. So we try to analyze in this article in the first chapter the historical context of arbitration in Brazil. In the second chapter of the crisis jurisdiction and justice, and finally in the last chapter the main features of the law of arbitration in 1996 and a public policy perspective to encourage the use of arbitration as an alternative means of conflict resolution. Once in possession of this information may be inferred the reason for resistance by the Brazilian society in the use of alternative means of conflict resolution and, in particular, the use of arbitration.

Key-words: Arbitration; Justice; Jurisdiction.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS: CONTEXTO HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O contexto histórico da prática da arbitragem é uma das formas que permite compreender a evolução no tratamento de conflitos, bem como ao se analisar arbitragem remonta-se a história de um dos institutos mais antigos no tratamento de conflitos.

É com esse espírito de investigação que poderemos constatar que o instituto jurídico da arbitragem é, por certo, um dos mais antigos de que se tem notícia na história do Direito e, especificadamente, acerca da jurisdição

¹ Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis. Especialista em Direito Imobiliário pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS. Professor do Centro de Estudos Vigor. Sócio do Escritório de Advocacia Flores Fernandes Advogados e Membro do Grupo de Estudos sobre os Direitos da Criança, Adolescente e Jovem – GRUPECA – sob Coordenação do Professor Pós Doutor André Viana Custódio. E-mail: rodrigoffernandesadv@gmail.com

ou justiça privada, noticiado na Babilônia de 3.000 anos a.C, na Grécia antiga e em Roma.²

Uma das passagens que se denota a arbitragem é contada pela mitologia grega, onde se percebe traços da arbitragem, uma vez que para resolver uma disputa foi criada a figura de um árbitro em um dos momentos mais marcantes da mitologia grega que viria a dar ensejo à guerra de Tróia:

Na mitologia grega, vamos encontrar o lendário Páris, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Hera e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada pelos deuses à mais bela, pleito decidido a favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, depois, por esse juiz o que deu, como resultado, a guerra de Tróia.³

A resolução de conflitos passou por diversas fases, primeiramente as pessoas utilizavam-se da força física, ou seja, as pessoas procuravam resolver os conflitos através de uma vingança privada. Após esta as pessoas começaram a procurar uma auto composição para resolver os seus conflitos, porém quando havia o descumprimento do que havia sido acordado utilizavam-se da força física para coagir e obrigar a parte que havia se comprometido a cumprir o acordo.

Numa fase mais avançada o Estado avoca para si o poder de punir, ou seja, o Estado assume o *ius punitiois*. Mas com o passar do tempo às pessoas descontentes com a eficácia da resolução dos conflitos por parte do Estado, passam a procurar métodos alternativos para a solução do conflito.

Neste contexto enquadra-se a arbitragem, pois o poder jurisdicional não está na mão do Estado, mas sim da pessoa, ou das pessoas, em que as partes litigantes confiaram à decisão.

A arbitragem no Brasil esteve presente em diversas épocas, destaca-se como marco inicial para o presente estudo a Constituição Política do Império de 1824 que em seu artigo 160 dispõe:

Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.⁴

² JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Arbitragem, jurisdição e execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 24.

³ JÚNIOR, Cretella José. *Da arbitragem e seu conceito categorial*. Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181851/1/000437693.pdf>. Acesso em 15.11.2012.

⁴ BRASIL. *Constituição Política Imperial de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 15.11.2012.

Denota-se que nesta época a arbitragem no Brasil era facultada as partes que quisessem resolver os seus conflitos cíveis e penais por esta via. Da sentença arbitral na época já não cabia recurso.

Primeiramente, a arbitragem foi prevista pelas Ordenações Filipinas, no seu Livro II, Títulos XVI, LIII, XVII. A partir daí, o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios de sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha da sociedade ou companhia (arts. 294 e 348). Entretanto, o Regulamento 737, de 1850, primeiro diploma processual codificado, restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais. Mesmo assim, surgiram inúmeras críticas a este caráter compulsório.⁵

A questão de as partes poderem optar em resolver seus recursos por arbitragem ou pela via judicial não permaneceu por muito tempo, em razão de que restaram determinadas nos anos 1831 e 1837, legislações que obrigavam as partes a resolverem seus litígios, dependendo da matéria, através da arbitragem.

Através de Leis de 1831 e 1837 estabeleceu-se no país o juízo Arbitral obrigatório para questões relacionadas a seguro e locação e em 1850 com o Decreto n.737, disciplinador do processo comercial, previu-se a solução de litígios entre os comerciantes através da arbitragem.⁶

Tinha-se no Brasil a Constituição Política Imperial de 1824 que facultava o uso da arbitragem, porém havia também leis que obrigavam o uso da arbitragem, assim como o código comercial de 1850, que criava a figura do juízo arbitral necessário ou obrigatório. No ordenamento jurídico brasileiro da época criou-se uma insegurança jurídica, uma vez que dependendo da matéria as pessoas eram forçadas a utilizar o instituto da arbitragem, porém a Constituição Política Imperial de 1824 disciplinava que o uso da arbitragem era facultativo, razão pela qual a obrigatoriedade não durou muito tempo.

Cedo se compenetro a consciencia jurídica nacional de que tal systema, seductor na apparencia, constituía, na essencia, uma violencia á liberdade civil e não se harmonizava com o caracter facultativo, assignalado na Carta politica ao juizo arbitral. A obrigatoriedade deste, nos casos mencionados, foi, em consequencia, revogada pela lei n. 1.350 de 14 de setembro de 1866, art. 1§1º.⁷

⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas a jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 214.

⁶ COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. *Arbitragem e a Lei n. 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.29-30.

⁷ FILHO, Candido de Oliveira. *Curso de pratica do processo*. Rio de Janeiro: Candido de Oliveira Filho, 1938, p. 319.

A partir da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, o legislador não mais se pronunciou a respeito do procedimento do instituto da arbitragem no texto constitucional, o que não impediu que a arbitragem fosse regulamentada por norma infraconstitucional, qual seja, Código de Processo Civil Brasileiro.

As Constituições que se seguiram (1946, 1967 e 1969) silenciaram, igualmente, sobre a arbitragem, o que não impediu que o Código de Processo Civil nacional, instituído pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973, consagrasse o juízo arbitral, que veio disciplinado no Livro IV (Dos procedimentos especiais), Título I (Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), Capítulo XIV (Do Juízo arbitral).⁸

Em âmbito internacional o Brasil ratificou em 05 de fevereiro de 1932, através do presidente Getúlio Vargas o Protocolo de Genebra sobre cláusulas arbitrais de 1923, porém o Brasil não ratificou o Tratado de Genebra sobre a execução das sentenças arbitrais estrangeiras de 1927. Somente em 1958 o Brasil passou a analisar a questão do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras em uma convenção da Organização das Nações Unidas que restou conhecida como Convenção de Nova Iorque.⁹

A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil passou por diversas mudanças:

A homologação de decisões arbitrais estrangeiras era, inicialmente, considerada objeto de cartas rogatórias mas, em 1878, com o Decreto nº 6.982, dispunha a lei brasileira acerca da execução de decisões judiciais e sentenças arbitrais estrangeiras. Nova regulamentação entrou em vigor 1894, com a Lei nº 221, que atribuía ao STF competência exclusiva para a homologação de decisões estrangeiras. Em 1898, com a Consolidação das Leis Referentes à Justiça Federal, tinha-se um diploma legal de referência para a homologação de decisões estrangeiras, sendo os dispositivos pertinentes acolhidos pelo Código de Processo Civil de 1939 (arts. 791 e segs.), sendo que à matéria referem-se os arts 483 e 484 do diploma processual de 1973, com o procedimento específico disciplinado pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.¹⁰

Com a entrada em vigor da lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 que é a lei que disciplina e especifica o instituto da arbitragem no direito brasileiro as disposições do Código de Processo Civil, lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973,

⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.19.

⁹ NETO, José Cretella. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 12-13.

¹⁰ NETO, José Cretella. *Comentários à lei de arbitragem brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13-14.

restaram todas revogadas, porém a então nova lei da arbitragem previa em seu artigo 35:

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.¹¹

Porém com a emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, o artigo 102, inciso I, alínea *h*, restou revogado, tendo por consequência a modificação dos casos de homologação de sentença estrangeira ao Superior Tribunal de Justiça.

A lei da arbitragem de 1996 iniciou uma transformação na visão dos operadores do direito em relação ao instituto da arbitragem, tendo em vista que as legislações anteriores não conseguiam dinamizar a utilização da arbitragem, fazendo com que as partes preferissem submeter-se a jurisdição do Estado.

Neste ponto há uma justificativa do por que no ordenamento jurídico brasileiro a arbitragem não é muito utilizada pela população em geral.

Em síntese, a superada arbitragem do Código de 1973 era muito pior do 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 arbitral.¹²

A lei da arbitragem adentra em 1996 ao ordenamento jurídico brasileiro, e cada vez mais, se apresenta como uma opção eficaz ao tratamento dos conflitos e litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Eficaz, por que os litígios estão acumulando-se no judiciário brasileiro.

Neste contexto, necessária é a análise do que é jurisdição, bem como um contexto da justiça, para que assim se possa demonstrar uma síntese lei da arbitragem e como a arbitragem pode se tornar uma política pública no Brasil, funcionando assim como válvula de escape a jurisdição estatal.

1. CRISE DA JURISDIÇÃO E DA JUSTIÇA

¹¹ BRASIL, *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 15.11.2012

¹² JUNIOR, Joel Dias Figueira. *Manual da arbitragem*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.44.

Para tratar-se de jurisdição e justiça necessária é a análise do *são* e do que representam estes conceitos, tendo em vista que *são* muito subjetivos. A jurisdição que quer se demonstrar no presente trabalho é, inicialmente, a semântica da palavra que de forma simples *iuris*: direito; *dicção*: dizer; explica o sentido real do que é a jurisdição, ou seja, vivemos em um Estado democrático de direito onde o ente Estatal tem o poder de dizer o direito nas resoluções dos conflitos e dos litígios que as pessoas levam a ele.

Ao direito subjetivo de 'ação', pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da 'jurisdição', pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que solicitaram. A jurisdição é, com a administração e a legislação, forma de exercício da soberania estatal.¹³

A própria tradição do direito brasileiro impulsiona as pessoas a entregarem os seus conflitos para o Estado resolver, uma vez que provêm de um direito romano-germânico onde o Estado é a figura central, bem como onde se tem a lei escrita, codificada. A cultura brasileira restou enraizada no adágio latino *dura lex, sed lex*, ou seja, a sociedade brasileira por ter sido educada em leis escritas e codificadas e se acostumado a dizer "é dura a lei, mas é a lei", adquiriu uma resistência a métodos alternativos para a resolução dos conflitos como é o caso da arbitragem.

Outros países onde a arbitragem é mais utilizada notam-se que tem uma raiz do direito anglo-saxônico, ou seja, do direito não escrito, direito que tem como fontes principais os costumes (direito consuetudinário), onde se trabalha também a ideia da resolução dos conflitos pela equidade que, de modo sintético, é aquela forma em não é necessária a utilização de um ordenamento ou de uma codificação específica, pois a pessoa que está a frente e que tem o poder de decidir o conflito pode se afastar do direito positivado para resolver o caso concreto.

Neste sentido a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 quando entrou em vigor trouxe enraizado o conceito de que a jurisdição deveria ser prestada pelo Estado, principalmente pelo seu artigo 5º, inciso II "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei."¹⁴ Mas com o passar do tempo e com a entrada de novos institutos como a arbitragem a

¹³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência: exposição didática, área do direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 03.

¹⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 15.11.2012.

Constituição da República Federativa de 1988 foi ganhando novas interpretações, bem como foram geradas novas discussões sobre a jurisdição.

Outra causa a movimentar a discussão e o debate no mundo jurídico é a da própria definição do que possa hoje ser entendido como jurisdição. São diversas as razões que fazem perceber que o aludido conceito já não mais adormece petrificado e conformado aos contornos que lhe emprestaram no início do século XX. Reflexos deste novo perfil passam pelas pontuais reformas no Código de Processo Civil, ainda em curso, e pela implementação do mandamento constitucional que determinou a instauração dos Juizados Especiais Estaduais e Federais. Tais órgãos primam pela celeridade, oralidade e pela participação de juízes leigos, além de adicionarem aos seus procedimentos, mesmo criminais, a idéia da transação, própria dos mecanismos privados de resolução de controvérsias.¹⁵

O Brasil a partir da Constituição da República Federativa de 1988 passou a cada vez mais abrir espaço a participação dos cidadãos nas decisões, bem como cada vez mais estão sendo criados mecanismos que permitem que as resoluções dos conflitos não fiquem apenas no âmbito do poder Estatal.

Assim deve ser buscada uma nova visão do que é jurisdição, fazendo com que esse conceito seja mais democrático e ao alcance das pessoas e dos cidadãos que são os principais interessados na resolução do conflito. O direito brasileiro restou construído sobre bases formalista e conservadora, assim a mudança de mentalidade ser construída aos poucos para que não transpareça uma quebra nas normatizações ou uma afronta às instituições existentes.

A jurisdição constitucional tem evoluído, de certa forma, ao longo do tempo, em estreita conexão com as transformações operadas no próprio âmbito do Estado, passando, assim, em face dos interesses postos pela necessidade de consolidação dos ideais burgueses e de ruptura com as estruturas conservadoras do Ancien Régime, do qual a magistratura era representante – reforçados e levados a cabo, juridicamente, por uma compreensão formalista e exegética de operacionalizada do Direito – de uma postura restritiva e limitada no contexto do Estado liberal a uma competência ampla e ativa no Estado Democrático de Direito, pautada, sobretudo, na proteção dos direitos fundamentais, potencializados em sua importância, especialmente na Europa (e, particularmente, na Alemanha), em face das atrocidades históricas verificadas na II Guerra Mundial.¹⁶

¹⁵ SILVA, Eduardo Silva da. *Constituição, jurisdição e arbitragem*. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.388.

¹⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Amicus Curie, jurisdição constitucional e democracia: uma análise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do amicus curie no controle de constitucionalidade brasileiro*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p.3201.

Neste contexto a discussão e a análise recaem sobre o judiciário e, principalmente sobre os magistrados, pois são os instrumentos apresentados como justiça aos cidadãos.

Para a maioria da população brasileira a representação do que é justiça perpassa pela magistratura, uma vez que não se tem outra personificação da justiça a não ser o magistrado. Pela tradição pelos costumes e pela estrutura do ordenamento jurídico brasileiro a figura do magistrado cada vez mais se fortaleceu como sinônimo de justiça, assim as decisões referentes a qualquer litígio para a maioria da população tem que ter a chancela do Estado através da decisão de um magistrado.

Isso por consequência torna a missão jurisdicional do Estado, bem como a do juiz mais difícil, tendo em vista que milhares de processos todos os dias são ajuizados nos fóruns brasileiros. Os magistrados não conseguem suprir sozinhos, as demandas no que tange ao grande volume e a legislação criou a figura que se tornou imprescindível do assessor e do secretário do magistrado.

Nesta realidade apresentada, por mais que o magistrado tem uma assessoria adequada e uma equipe montada no seu gabinete não conseguirá enfrentar a demanda de ações que invadem o judiciário brasileiro todos os dias. A consequência deste sistema viciado é que as partes envolvidas no processo judicial cada vez mais terão decisões em seus processos que muitas vezes não receberam a devida atenção.

Cabe o esclarecimento que no presente trabalho não se quer colocar a culpa da falência da jurisdição Estatal no judiciário ou na magistratura, mas sim demonstrar que, pela construção de uma análise de como está fundamentado o ordenamento jurídico brasileiro, na maioria dos casos o juiz está alocado em uma estrutura que não lhe favorece no bom desempenho da sua jurisdição.

É certo que o poder judiciário vem tentando agir e reagir de modo a neutralizar a crise que o assola, buscando meios de vencê-la. Seu futuro, porém, dependerá do seu comportamento perante quatro importantes e polêmicas áreas de atuação: a primeira, consequência social da globalização econômica, especialmente quanto aos excluídos economicamente que perdem, progressivamente, as condições materiais para exercer os seus direitos básicos, mas quem nem por isso são dispensados das obrigações e deveres estabelecidos pela legislação penal. A segunda diz respeito à relativização da soberania, com o advento da globalização econômica. Quanto mais cambiante se tornava o cenário, mais

o judiciário se transforma no centro das discussões políticas, assumindo papel de gestor de conflitos, o que incentiva suas dificuldades para decidir.¹⁷

Deve ser criada uma nova cultura jurídica que possa modificar a atual, uma vez que não adianta implementarem novas legislações senão acontecer uma mudança cultural. “Sem uma outra cultura jurídica não se faz nenhuma reforma.”¹⁸

O Brasil está passando por uma desconstrução do monopólio Estatal no tratamento dos conflitos que se apresentam. E para isso já há mecanismos como: a conciliação, negociação, mediação e arbitragem. Formas de tratamento do conflito que:

Agregam, ainda, que tais métodos chegam a resultados mais rápidos porque o terceiro, seja árbitro, conciliador ou mediador, pode ajudar a formar um resultado antes que o processo avance ou que se inicie. Prezam pela confiança, pois os procedimentos, diferentemente dos judiciais, não são públicos, mas secretos. Informalidade, pois os poucos procedimentos existentes revestem-se de escasso formalismo. Flexibilidade, já que as opções não se encontram predispostas em lei, e há faculdade de se fazer justiça em cada caso pela suas peculiaridades. Economia que, embora diversos, em comparação aos custos de se litigar dentro do sistema formal apresentam-se reduzidos. Justiça nas decisões, já que o tratamento do problema se dá de forma adaptada aos que as partes almejam. E apresentam-se promissores, tendo em vista as experiências satisfatórias dos países que já os implementam.¹⁹

Denota-se que os meios alternativos de resolução de conflitos possuem características que são demais vantajosas para as partes envolvidas, das quais se destaca a celeridade, em razão de que vivemos em um tempo globalizado onde o tempo se faz muito importante. Deste modo as partes, utilizando meios alternativos que não seja o poder judiciário de pronto produzem duas consequências: a uma, resolvem o seu desiderato em um tempo menor; a duas desafogam o judiciário, oportunizando os magistrados a concentrarem-se nas ações ajuizadas.

[...] Quanto maior a velocidade desse processo, mais o Judiciário é atravessado pelas justças emergentes, nos espaços nacionais e internacionais, representadas por formas ‘inoficiais’ de tratamento de conflitos. Em termos organizacionais, o Poder Judiciário foi estruturado para atuar sob a égide dos códigos, cujos prazos e ritos são incompatíveis com a multiplicidade de lógicas, procedimento decisórios, ritmos e horizontes temporais hoje presentes na economia globalizada. Nesses termos, o tempo

¹⁷ SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2010, p.114.

¹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2011, p.124.

¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativas a jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 107-108.

do processo judicial é o tempo diferido. O tempo da economia globalizada é o real, isto é, o tempo da simultaneidade.[...] ²⁰

Por óbvio como já explicitado no presente trabalho há diversas outras consequências e vantagens, mas cabe o destaque destas duas, uma vez que muitas pessoas utilizam-se do poder judiciário por desconhecimento ou medo de que a decisão exarada por uma jurisdição que não seja a judicial não tenha legitimação.

O presente estudo tem como foco o instituto da arbitragem, porém cabem expor de modo sintético os traços que apresentam as outras formas alternativas de resolução dos conflitos.

A negociação é o meio em que as pessoas utilizam para realizar todos os dias os seus negócios, pode ser realizada por um terceiro que se chama negociador, mas umas das suas características principais e a desnecessidade de um terceiro para que haja a realização de um negócio. A conciliação pode ser extraprocessual ou processual e tem por característica que um terceiro chamado conciliador oferece propostas para a solução do conflito. A conciliação encontra-se presente na codificação processual brasileira em diversos procedimentos. ²¹

No que tange a mediação:

A mediação difere das práticas tradicionais de jurisdição justamente porque o seu local de atuação é a sociedade, sendo a sua base de operações o pluralismo de valores, a presença de sistemas de vida diversos e alternativos, e sua finalidade consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços destruídos. ²²

Nesse sentido colocadas algumas questões referentes à jurisdição que afetam diretamente o que se entende por justiça no Brasil, quer se demonstrar o instituto da arbitragem e como pode se construir políticas públicas para o incentivo a sua utilização.

2. ARBITRAGEM E POLÍTICA PÚBLICA NO BRASIL

²⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. *A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, Tomo 08. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.2261.

²¹ ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.133-140.

²² SPENGLER, Fabiana Marion. *Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos*. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2010, p. 312.

A arbitragem é um instituto que tem como principais princípios: autonomia da vontade, boa-fé, devido processo legal, livre convencimento do árbitro e autonomia da lei arbitral ou cláusula compromissória.

Autonomia da vontade, pois conforme está disciplinado no artigo 2º, lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996:

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.²³

As partes envolvidas no procedimento poderão escolher as regras que deverão ser utilizadas para a solução do litígio. E o que mais chama atenção é que não precisa ser necessariamente legislações brasileiras. Podem também, como já explicitado no presente trabalho, as partes autorizarem o árbitro a julgar utilizando a equidade.

O princípio da boa-fé entre as partes, tendo em vista que as partes não estão sendo obrigadas a utilizar a arbitragem e podem escolher de forma livre como o procedimento irá se desenvolver. Apesar de a arbitragem servir para resolver um litígio ela necessariamente tem que ser facultada as partes e não imposta.

Escolhido o procedimento a ser seguido o árbitro deve respeitar o devido processo legal. Não pode desvincular do que foi estipulado pelas partes quanto ao procedimento, e de modo subsidiário, se houver autorização para tal, poderá ser utilizada subsidiariamente o processo civil.

O princípio do livre convencimento do árbitro diz respeito de que construído pelas partes o procedimento a ser seguido o árbitro pode, dentro da competência que lhe foi atribuída, ou seja, dentro dos limites procedimentais construídos, ter o seu livre convencimento.

Da autonomia da lei arbitral ou cláusula compromissória, a lei arbitral teve a sua autonomia decretada de forma definitiva no ano de 2001, quando através de um recurso em processo de homologação de sentença estrangeira – SE 5.206 -, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre a constitucionalidade da lei que

²³ BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 15.11.2012.

desde a sua entrada em vigor, ou seja, desde o ano de 1996 havia uma desconfiança em relação a sua autonomia. E em relação à cláusula compromissória o judiciário brasileiro é uníssono em reconhecer a sua autonomia, pois uma vez que as partes decidem que utilizaram a arbitragem para dirimir o seu litígio, automaticamente abrem mão da jurisdição Estatal.

Cabe o destaque que a lei da arbitragem disciplina limites para a utilização do instituto, conforme disposto no seu artigo 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”²⁴

A capacidade das partes é condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem. Trata-se da capacidade jurídica de ser sujeito de direitos e deveres do artigo 1º do código civil brasileiro: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”²⁵ Atenta-se ao fato de que pode haver pessoas que detém o gozo de um direito, porém não tem o exercício deste, razão pela qual vai ser representada ou assistida (absoluta/relativa capacidade civil), bem como os que estão restringidos por força de fatores incapacitantes transitórios ou permanentes, conforme o que disciplina o código civil brasileiro.

Discussão que pode surgir é em relação aos entes despersonalizados, tais como condomínio que, não possuem personalidade jurídica, mas tem capacidade de ser parte em processo judicial, bem como questões que envolvem espólio ou sociedade de fato. A doutrina tende a reconhecer a legitimidade para estes entes figurarem em procedimentos arbitrais.²⁶

Em relação à espécie de arbitragem existem duas: a arbitragem institucional ou também chamada de arbitragem administrada; e a arbitragem *ad hoc*. A arbitragem institucional é aquela em que as partes escolhem um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, que se dedica a atividade arbitral, ou seja, submetem a sua controvérsia a uma instituição arbitral que administrará todo o procedimento da arbitragem. A própria instituição já tem o seu próprio quadro de árbitros que podem ser escolhidos ou não pelas partes. Além do seu próprio regramento (prazos, forma de práticas dos atos, custos, dentre outros).

²⁴ BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 15.11.2012.

²⁵ BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 15.11.2012.

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.* São Paulo: Atlas, 2009.

Na arbitragem *ad hoc*, as partes são quem decidem todas as formas em que irá se desenvolver a arbitragem, ambas as espécies, conforme determina o artigo 5º, lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996:

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.²⁷

De posse dessas informações a respeito da lei da arbitragem n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, denota-se que o procedimento arbitral poderia ser mais utilizado no Brasil, pois quantos litígios aportam no poder judiciário que, versam sobre direitos patrimoniais disponíveis, estão à espera de uma decisão judicial.

O Brasil já é um dos países que mais utiliza como meio alternativo de solução de conflito o instituto da arbitragem, principalmente quando envolve empresas multinacionais pelo fato de o procedimento ter em suas características ser célere e sigiloso.

Mas poderia haver uma política pública em que fosse oportunizado o conhecimento da lei da arbitragem a população, bem como aos operadores do direito, uma vez que a resistência na utilização de tal meio alternativo também é pelo receio do desconhecido. Outra questão que deveria haver uma política pública em relação à criação das instituições e entidades especializadas a atividade arbitral, tendo em vista que a lei da arbitragem n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, não disciplina nada a respeito da criação ou do controle da atuação das instituições.

O fato de não haver um controle na criação das instituições criará mais uma insegurança na utilização da arbitragem por parte da população brasileira. Como exemplo tem-se a lei da arbitragem portuguesa que no seu artigo 62º dispõe: “A criação em Portugal de centros de arbitragem institucionalizada está sujeita a autorização do Ministro da Justiça, nos termos do disposto em legislação especial”²⁸

Assim há um controle Estatal não na autonomia das pessoas em utilizar-se a arbitragem como acontecia no período antigo da história brasileira, mas sim uma garantia de qualidade na prestação do serviço da jurisdição, pois pela análise

²⁷ BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 15.11.2012.

²⁸ PORTUGAL. *Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011, Lei da arbitragem voluntária*. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2011/12/23800/0527605289.pdf>. Acesso em 01.12.2012.

histórica e contemporânea denota-se o apego pela jurisdição estatal, através da procura pelo judiciário e por tudo aquilo que representa uma sentença judicial.

Neste sentido se fosse oportunizada através uma política pública o conhecimento pelos meios alternativos de solução de conflito e, em especial a arbitragem, com a devida regulação da criação das entidades e institutos especializados, dar-se-ia condições das pessoas escolherem entre a jurisdição estatal ou pela jurisdição privada, ou seja, as pessoas de posse das informações e do conhecimento necessário estariam empoderadas para escolher o que mais lhe favorecem.

Atualmente no Brasil há a discussão do empoderamento social, pois somente através deste é que se pode falar em cidadania.

Hoje verifica-se a importância do empoderamento social, estando o mesmo diretamente relacionado à condição da cidadania, pois implica os agentes a participarem de forma atuante na busca de soluções para os problemas sociais, assim, percebe-se que somente se pode falar em cidadania se houver aumento do espaço discursivo, permitindo aos indivíduos e grupos participarem na constituição de transformações sociais.²⁹

Neste contexto através de políticas públicas deve ser oportunizado aos brasileiros o conhecimento das formas como se pode resolver o conflito, bem como o que é jurisdição e o que é justiça, para que assim haja um empoderamento social e, por consequência, uma emancipação na escolha entre as formas de resolução do conflito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreendeu-se da análise do contexto histórico que o instituto da arbitragem é um dos mais antigos métodos alternativos de resolução de conflito e quais as formas em que o instituto da arbitragem foi legislado no Brasil.

Na história do Brasil denotou-se que ora havia uma obrigatoriedade na utilização da arbitragem que ia de encontro o que estipulava a própria Constituição Política da época, o que por certo restou revisado. Percebeu-se também que em determinado momento da história o instituto da arbitragem passou a ser regulado por norma infraconstitucional e que só conseguiu sua fundamentação no

²⁹ HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. *O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano nacional na busca de implementação de políticas públicas sociais*. In: HERMANY, Ricardo. *Empoderamento social local*. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p. 77-78.

ordenamento jurídico brasileiro a partir da lei da arbitragem n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Diante destes aspectos verificou-se a crise na jurisdição estatal brasileira que ocasiona por certo uma crise no poder judiciário que não consegue dar vazão a todas as demandas que aportam aos seus cuidados.

Assim cada vez mais a população passa a ser descrente em relação à prestação do serviço judicial por todo o gasto financeiro, emocional, temporal, dentro outros aspectos que restam da jurisdição estatal.

Deve haver uma maior motivação na utilização dos métodos alternativos de solução dos conflitos e, em especial, a arbitragem que foi o tema do presente estudo, por todos os benefícios que tais métodos podem proporcionar como: celeridade, economicidade, análise particular do litígio, dentre outros.

Assim através de políticas públicas poderiam alcançar a população brasileira as informações necessárias para a utilização da arbitragem, bem como dos outros meios alternativos, causando assim uma verdadeira mudança cultural na questão da utilização da jurisdição. A simples informação dará a emancipação necessária à população e, por consequência, se alcançará uma maior utilização da jurisdição privada, aliviando a jurisdição estatal.

Porém deve-se pensar também, no caso da arbitragem, de uma maior regulamentação no que tange a criação de institutos e entidades especializadas na lida arbitral, assim como fez Portugal para que haja uma maior garantia daquelas pessoas que procurarem este tipo de serviço.

Por fim, tem-se a arbitragem como um meio alternativo na resolução dos conflitos que afetem direitos patrimoniais disponíveis, o que se largamente utilizado remeterá o uso da jurisdição estatal somente aqueles casos que forem imprescindíveis.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BRASIL, **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm. Acesso em 15.11.2012

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

_____. **Constituição Política Imperial de 1824.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

_____. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96.** São Paulo: Atlas, 2009

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência: exposição didática, área do direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei n. 9.307/96.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FILHO, Candido de Oliveira. **Curso de pratica do processo.** Rio de Janeiro: Candido de Oliveira Filho, 1938.

HERMANY, Ricardo; RODEMBUSCH, Claudine Freire. **O empoderamento dos setores da sociedade brasileira no plano nacional na busca de implementação de políticas públicas sociais.** In: HERMANY, Ricardo. Empoderamento social local. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.

JÚNIOR, Cretella José. **Da arbitragem e seu conceito categorial.** Disponível em: <http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181851/1/000437693.pdf>.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira. **Arbitragem, jurisdição e execução.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JUNIOR, Joel Dias Figueira. **Manual da arbitragem.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.44.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Amicus Curie, jurisdição constitucional e democracia: uma anpalise crítica acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal e da efetividade da intervenção do amicus curie no controle de constitucionalidade brasileiro.** In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos, Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos, Tomo 08.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p.2261.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas a jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NETO, José Cretella. **Comentários à lei de arbitragem brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PORTUGAL. **Lei n. 63, de 14 de dezembro de 2011, Lei da arbitragem voluntária**. Disponível em: <http://www.dre.pt/pdf1s/2011/12/23800/0527605289.pdf>. Acesso em 01.12.2012.

ROSA, Conrado Paulino da. **Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SILVA, Eduardo Silva da. **Constituição, jurisdição e arbitragem**. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise da jurisdição e os novos contornos da função jurisdicional: (in)eficiência face à conflituosidade social**. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: Desafios Contemporâneos*, Tomo 10. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

_____. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora UNIJUÍ, 2010.