

## 1. ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.

Antes de ingressarmos no tema propriamente dito, compete-nos esclarecer que o escopo do trabalho não é um estudo aprofundado da arbitragem e ou elaborar um tratado sobre o tema, mas basicamente, indicar a arbitragem como forma relevante de solução de conflitos, na qual se apresenta com grande relevância máxima a morosidade do poder judiciário.

### 1.1. FORMA ALTERNATIVA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A arbitragem<sup>1</sup> surge no momento em que as partes não resolveram de modo amigável a questão<sup>2</sup>, ou seja, exauriu-se a possibilidade de composição amigável, ou ainda, havendo notificação extrajudicial para cumprimento, a parte se quedou inerte em atender o chamado.

A arbitragem surge, portanto, quando existe um conflito, e é utilizada pelas partes interessadas como forma alternativa de solução de conflito, emergindo assim da desídia e da impossibilidade atual<sup>3</sup> do Poder Estatal na condução do processo.

A discussão em torno do Poder Judiciário e as reformas que são necessárias para dar agilidade ao processo são objetos das mais variadas opiniões e da mesma forma variam seu conteúdo de acordo com o setor que delas emana<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> ar.bi.tra.gem - sf (arbitrar+agem): Dir. Jurisdição ou poder concedido a pessoas determinadas por lei ou escolhidas pelas partes, para dirimirem questões entre elas suscitadas.

<sup>2</sup> Como na fórmula empregada por THOMAS HOBBS acerca da igualdade entre os indivíduos: “se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos (uma vez que) a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar”. (HOBBS, Thomas, apud, Sodré, Antonio. *Curso de Direito Arbitral*, São Paulo, J.H. Mizuno, 2008)

<sup>3</sup> A 1ª instância do Tribunal de justiça de São Paulo (TJ-SP) recebeu 324.000 novos processos somente em fevereiro de 2006. Os dados referem-se às áreas: Cível, Criminal, Infância e Juventude, Execução Fiscal e Juizados Cíveis e Criminais de todo o estado. Em contrapartida, no mesmo mês, foram julgados 246.700 processos, ou seja, entraram mais processos do que saíram. Há, atualmente, 16.086.107 processos em andamento na primeira instância do estado. (Notícia publicada no DCI On-line, de Olho na Notícia, em 27.03.2007)

<sup>4</sup> José Sarney em ensaio *Uma Justiça que não será cega*, disse: “Velho parlamentar, nunca vi uma matéria tão esmiuçada, tão estudada e de tantos e diversos interesses composta. A reforma tem dois pontos principais: o controle externo e a súmula vinculante.” e ainda menciona: “O objetivo é acelerar o andamento dos processos que correm na Justiça, milhões. Basta citar que um juizado do Rio de Janeiro tem dois milhões de processos a julgar”.

Como diz Pedro A. Batista Martins na introdução de sua obra e o que vejo de mais valioso no que diz respeito à utilização da arbitragem, é a vantagem e a satisfação que proporciona para as partes envolvidas:

*É lei cidadã, que permeia o inconsciente social, o consenso e a solidariedade. Instiga a ética e a moral. Agiliza e possibilita o exercício de direito natural do cidadão, isto é, o acesso à justiça. Confirma e reforça o sentido de cidadania pela cooperação do cidadão comum com o Estado, na importante tarefa de pacificação dos conflitos. Atende, enfim, ao devido processo substantivo.*

A arbitragem trata de um procedimento de natureza contenciosa e informal. O árbitro que em tese pode ser qualquer pessoa, desde que goze de confiança das partes – Caput do art. 13<sup>5</sup> da Lei. 9307/96.

Cuidaremos da capacidade e importância do árbitro em tópico específico.

É fato que a arbitragem não é instituto novo no direito brasileiro. Desde a Constituição Imperial de 1824<sup>6</sup> até a atualidade sempre esteve presente no ordenamento jurídico, com a denominação de juízo arbitral ou compromisso.

A pouca utilização e ou obstáculos à utilização da arbitragem antes do advento da Lei 9.307/96 era devido ao fato de não oferecer praticamente qualquer garantia jurídica, posto que não outorgava obrigatoriedade de cumprimento à cláusula contratual que previa a arbitragem, bem como a decisão arbitral precisava ser homologada por um juiz, o que evidentemente, afastava os interessados que buscavam a ausência de interferência do Poder Judiciário, maculando também outras vantagens que permeiam a arbitragem: o segredo, o custo e a celeridade<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> “Art.13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.”

<sup>6</sup> A Constituição de 1824 em seu Título 6º – Do Poder Judicial – Dos Juízes e Tribunaes de Justiça - expressamente fazia menção à arbitragem: “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei n.º 9.307/96*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Conforme Paulo Fernando Silveira<sup>8</sup>, em se tratando de tribunal arbitral em comparação com uma ação judicial, existe efetivamente economia financeira para as partes, já que, na práxis a parte vencedora nada gasta, e a perdedora arca com as custas e honorários dos árbitros, fixados em valores módicos, em média próximos de 5% (cinco por cento) do valor atribuído ao litígio. Ressalto ainda como economia para as partes a rapidez pela qual a decisão é proferida, pois os gastos de manutenção de um processo judicial que se arrasta por anos no mais das vezes são excessivos.

Mas é de se reconhecer que na arbitrabilidade, ou seja, no exercício de um direito ou na busca da satisfação deste por meio da arbitragem, não existe a figura da Justiça Gratuita. A Arbitragem é forma privada de solução de conflitos o árbitro e ou a Câmara arbitral recebem os honorários pelos serviços prestados, e por este conceito afasta-se da arbitragem aquele que não tem condições financeiras de arcar com os custos e despesas do procedimento. No Judiciário existe a Lei 1.060/50 para que se garanta o acesso à justiça ao necessitado<sup>9</sup>. Não vejo solução ou mundo ideal para burlar esse empecilho para que o pobre na acepção da palavra possa se beneficiar da celeridade do procedimento arbitral.

Arnold Wald prefaciando o livro de José Maria Rossani Garcez<sup>10</sup> no prefácio de seu livro demonstra o quão era desconhecida e marginalizada a arbitragem em solo brasileiro antes do advento da Lei. 9.307/96, mencionando que ao requerer nos idos de 1970 a homologação de uma decisão arbitral na justiça do Rio de Janeiro, foi questionado pelo Magistrado acerca da competência daquele juízo para o ato, já que o magistrado afirmou que nunca houvera despachado situação igual e sequer tinha lembrança do estudo da matéria na faculdade.

Ainda na preleção de Arnold Wald devemos verificar que a ética assim como na magistratura deve estar conciliada com a efetividade, respondendo ao anseio da

---

<sup>8</sup> Op. cit., p. 176.

<sup>9</sup> Hoje em dia os juízes não mais acolhem a sinceridade do pedido nos termos da lei. Aquele que busca os benefícios da Justiça Gratuita tem que ser miserável, condicionando os Magistrados na maioria das vezes o deferimento do pedido à juntada de declarações de Imposto de Renda.

<sup>10</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem – Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, Prefácio.

sociedade de uma visão do direito, mais objetiva, visando o resultado, sem perder de vista o senso de justiça. Em suas palavras:

*O símbolo e a imagem da Justiça evoluíram no tempo, e percebemos que ela, não pode mais ter os olhos vendados. Voltamos à imagem da Justiça concebida e pintada por Rafael em uma das Stanza della Signatura, do Museu do Vaticano: uma justiça com os olhos abertos, que está sentada ao lado da Filosofia e que, segundo Santo Agostinho, é não somente, uma das virtudes, mas também a somatória de todas as outras. Esta alegoria carrega seus atributos: a balança e o gládio; seu olhar está dirigido para baixo, para a luneta que apresenta a Coragem, a Sabedoria e a Moderação, que juntas constituem as quatro virtudes cardeais; dois anjos carregam placas com as palavras de Justiniano, segundo as quais a Justiça “concede a cada um seu direito” (suum cuique tribuere).<sup>11</sup>*

O Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO<sup>12</sup> afirma que a arbitragem constitui, além de um direito processual de quarta geração, um direito subjetivo fundamental do cidadão, entendimento que "decorre da interpretação sistêmica Constituição Federal, quando se vincula a mensagem contida em seu Preâmbulo, na parte que prega a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, com os arts. 1º, II e III, e 5º, inciso XXXV, da mesma Carta Magna<sup>13</sup>".

Em poucas palavras pode se definir a arbitragem como: Uma forma de solução de conflitos, prevista em lei, que pode ser utilizada quando estamos diante de um impasse decorrente de um contrato.

No mesmo raciocínio e aqui a importância da Arbitragem, deve a sociedade de um modo geral fazer a seguinte indagação: Porque não investir em estratégias e meios alternativos? <sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> WALD, Arnold. *A Evolução do Direito e a Arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira (coord. et al). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 07.

<sup>12</sup> DELGADO, José Augusto. *A arbitragem: direito processual da cidadania*. Revista Jurídica: 2001.

<sup>13</sup> NUNES, Rizatto. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana – Doutrina e Jurisprudência*. 1. ed. São Paulo. Saraiva: 2007

<sup>14</sup> Conforme clipping Eletrônico da Associação dos Advogados de São Paulo, 22/08/2008, o uso da arbitragem vem crescendo entre 12% a 15% ao ano. Em 2003, foram registradas 3.009 arbitragens. Em 2004, 3.375, das quais 3.198 envolvendo questões trabalhistas. Em 2005 e 2006, foram mais de 4 mil.

Importante perceber que os tribunais arbitrais são entidades privadas que não só tem a capacidade de desafogo do Judiciário no que tange a acumulo de processos, como também de recursos, já que não tem dinheiro público na criação e manutenção desses Tribunais<sup>15</sup>.

Em relação aos custos<sup>16</sup>, é importante salientar que a Arbitragem enquanto atividade privada não traz aos particulares e ou ao povo o ônus da atividade ao contrário da atividade estatal que com impostos custeia os vencimentos, aposentadorias (magistrados e servidores), bem como manutenção dos prédios dos tribunais, material de expediente, etc.

De sorte que a arbitragem aproveita, um momento em que a ineficácia do Estado está evidenciada perante a sociedade, para crescer como forma alternativa de acesso à justiça.

Rogério Lessa<sup>17</sup> indica que a arbitragem ainda está em seus primórdios no Brasil. Entretanto, ressalta que vários contratos hoje em dia firmados já prevêm a solução da controvérsia através do juízo arbitral. O advogado conclui: “Há maior objetividade no trato da questão e menos ênfase nas questões formais. Se a arbitragem não tem hoje a intensidade que poderia ter, está plantada e vai aparecer naturalmente.”

Em processo (Resp 970190) que tramitou perante o Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrichi, afastou rigor processual, argüindo que se houver obediência cega a preceitos processuais, que vantagem tem o direito, a justiça e a sociedade? A ministra ainda asseverou: “O processo tem de correr. O aparato judiciário é muito caro para a sociedade e cada processo representa um custo altíssimo. Anulá-lo, portanto, é medida de exceção”.

Entendo ainda que a importância da arbitragem como meio de acesso à justiça e forma alternativa de solução de conflitos tem ligação direta com o princípio

---

<sup>15</sup> NALINI, José Renato. *Nem Tudo é Dinheiro*. Artigo Estado de São Paulo, 02/07/2007. Espaço Aberto

<sup>16</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. *Tribunal Arbitral. Nova porta de Acesso à Justiça*, p. 170.

<sup>17</sup> Advogado do escritório Demarest & Almeida, em artigo na Revista Visão Jurídica, número, 16, p. 8.

constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>18</sup>, ao qual a ministra Nancy Andrighi no Resp acima citado fez constar expressamente<sup>19</sup>. E desse conceito como esposado por Rizzato Nunes<sup>20</sup> comungo da idéia de que um processo demorar mais de uma década para ter um fim e ou uma ação distribuída em Juizado Especial ser designada a audiência para mais de ano<sup>21</sup>, ofende o principio da dignidade humana.

Na própria exposição de motivos<sup>22</sup> da Lei. 9.099/95 que trata do juizado especial de pequenas causas encontramos conteúdo que é consoante com esses questionamentos.

Pode ser considerado acesso à justiça? Realização da justiça? Uma prestação que se torne exequível somente 10 (dez), 15 (quinze), às vezes 20 (vinte) ou mais anos após a propositura da demanda. Pertinente e ou aplicável a essa realidade, o pensamento do filosofo americano John Rawls<sup>23</sup>, cabendo ainda aqui mencionar, as palavras de Ruy Barbosa:

*Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do árbitro (Juiz) contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade<sup>24</sup>.*

<sup>18</sup> Alguns entendem que o conceito de dignidade da pessoa humana restou banalizado, porém, a meu ver este conceito no que se vincula à morosidade do poder judiciário é absolutamente compatível, não se pode pretender que a discussão do problema ofenda classes e ou pessoas. Não existem culpados, o sistema, a engrenagem e a alta litigiosidade inserida em nossa sociedade, especialmente com o advento do código de defesa do consumidor, tornam inviável uma decisão célere, não justificando ou admitido como razoável processos que durem 10 (dez) anos ou que se demore seis meses para obtenção de uma guia, de um alvará, ou de expedição de mandado de citação.

<sup>19</sup> “Decretar a nulidade meramente para defender o rigor do processo civil, com a conseqüente repetição de todo o procedimento implicaria desrespeitar o principio da razoável duração do processo, da efetividade, da igualdade (manifestado na prioridade que devem ter as causas envolvendo pessoas idosas) e até mesmo da dignidade da pessoa humana”

<sup>20</sup> NUNES, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo. Saraiva, 2002.

<sup>21</sup> Ação de indenização movida em face da Gol transportes aéreos em fevereiro de 2008 e audiência marcada para março de 2009, que sequer foi cadastrada no site do Tribunal de Justiça.

<sup>22</sup> “Os problemas mais prementes, que prejudicam o desempenho do Poder Judiciário, no campo civil, podem ser analisados sob, pelo menos, três enfoques distintos, a saber: a) inadequação da atual estrutura do judiciário para a solução dos litígios que a ela já afluem, na sua concepção clássica de litígios individuais; b) tratamento legislativo insuficiente, tanto no plano material como no processual, dos conflitos coletivos ou difusos que, por enquanto, não dispõem de tutela jurisdicional específica; c) tratamento processual inadequado das causas de reduzido valor econômico e conseqüente inaptidão do judiciário atual para a solução barata e rápida desta espécie de controvérsia”. (o grifo é nosso)

<sup>23</sup> “Se não for possível uma Sociedade dos Povos razoavelmente justa, cujos membros subordinam o seu poder a objetivos razoáveis, e se os seres humanos forem, em boa parte, amorais, quando não incuravelmente descrentes e egoístas, poderemos perguntar, com Kant, se vale a penas os seres humanos viverem na terra.”

<sup>24</sup> *Elogios Acadêmicos e Oração do Parainfo* – Editora Revista da Língua Portuguesa, 1924, p. 381.

Será que é crível que uma demanda simples de cobrança de condomínio, leve em média até 5 (cinco) anos para se iniciar a fase executiva, e em relação a uma ação de cobrança de alugueres? Atento que em muitos casos, como no caso de alugueis, os mesmos têm caráter alimentar<sup>25</sup>, sendo aquela renda a única existente para a manutenção do proprietário do imóvel, quando não de sua família. Quem milita no foro e ou já necessitou do judiciário, sabe que no mais das vezes a expedição de um simples mandado de citação pode levar meses.

Esse descrédito atribuído à justiça é vinculado à morosidade do andamento dos processos, ou seja, ausência de efetividade, que como entendemos é a obtenção do resultado, do bem da vida, dar a cada um o que é seu.

Reputamos significativo para ilustrar o descontentamento dos jurisdicionados, desabafo de Maria Odila da Silva Paes<sup>26</sup>:

*Sou viúva, tenho **86 anos** e estou aguardando há **oito anos** decisão do Poder Judiciário, por sua 9ª vara da Fazenda Estadual, em relação a do qual sou parte contra a Rede Ferroviária Federal.*

*Direito justíssimo e até hoje dormitando na burocracia feroz.*

*Por que o Poder Judiciário não decide sobre os direitos reivindicados? Será que os que decidem a sorte dos homens aqui embaixo não crêem que haverá um julgamento da parte do Juiz dos Juizes sobre seus atos?*

*Um absurdo é a forma como são tratados os direitos das pessoas idosas pela justiça dos homens.*

*Quantos obreiros e viúvas já morreram sem obterem seus direitos legítimos e moralmente justos? (os grifos são nossos)*

Evidente que a culpa não é só do Poder Judiciário Estatal, não se pode ignorar, especialmente, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, o

<sup>25</sup> Será que é justo o processo, será que o ônus não é desigual. Da mesma forma será que o sistema protege os menos favorecidos? Aquele que depende do aluguel (supondo que tenha duas casas alugadas) conseguirá os benefícios da Justiça gratuita? Lembro-me das palavras de John Rawls, em sua obra “Justiça e Democracia”, na qual prega um maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade.

<sup>26</sup> Reclamação enviada para a Folha de São Paulo sob o título “A Justiça dos Homens” e publicada em setembro de 2008.

aumento de litigiosidade do povo brasileiro, todos sabem de seus “direitos”, bem como da ausência em inúmeras situações de atenção a princípios de razoabilidade, boa-fé, ou numa definição simplória, a falta do bom senso.

Em interessante artigo na Revista *Veja*<sup>27</sup> o ex-ministro Mailson da Nóbrega, retrata, inclusive, que existiu em Portugal uma Lei do Bom Senso (1769), cujo objetivo era lidar com as complicações posteriores à devastação da peste negra (1348).

Pela citada Lei do Bom Senso, os juízes interpretavam as ordenações conforme o senso comum. Se não eram claras, eles podiam guiar-se pelo “espírito” da lei, e não por sua “letra”. O articulista ao tratar do tema, traz o assunto os tempos contemporâneos e indica a ausência do bom senso, quando se tem exacerbada devoção pela forma em detrimento do conteúdo, gerando processos com 6000 páginas.

Logo, é de se concluir que caso os operadores do direito e as partes fossem dotados de maior bom senso, com certeza teríamos menos processos e ou na mesma proporção grande quantidade de acordos. Porém, é fato, que a demora, na solução de um processo, faz com que a parte sucumbente, contando com tal situação, prefira a protelação, a continuidade do litígio, do que se utilizar do bom senso, da boa-fé, e resolva de imediato a questão.

O procedimento arbitral nos casos acima mencionados (cobrança de condomínio e de aluguéis) é de rapidez significativa, tornando a solução do litígio eficaz e tirando do Judiciário, questão menor, visto que em ambos os exemplos, a prova, é, no mais das vezes, restrita ao pagamento. A forma alternativa de solução de conflito é, nestes casos, especificamente, positiva, por qualquer meio ou forma que a analise.

Desde o momento que a arbitragem foi devidamente aceita em nosso ordenamento jurídico com a manifestação do Supremo Tribunal Federal de

---

<sup>27</sup> NÓBREGA, Mailson. *A Lei do Bom Senso*. São Paulo. Revista *Veja*. 2008

inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96<sup>28</sup>, a arbitragem ficou entre o ceticismo exagerado, que, transitou de crítica feroz<sup>29</sup> para uma aceitação paulatina do instituto.

A Arbitragem não é a solução para todos os males do sistema, entretanto, é forma útil e valiosa de meio alternativo de solução de conflitos.

Na obra<sup>30</sup> realizada em homenagem de Philippe Kahn pela Faculdade de Direito da Universidade de Bourgogne, se verifica o espírito único do instituto:

*L'arbitrage et ce modes alternatifs ont en commun d'être généralement convenus et organisés hors de l'intervention des autorités publiques; ils représentent donc, du moins l'arbitrage, un certain désir d'émancipation vis-à-vis de l'état et de sa justice. S'agit-il pour autant de "subversion"? On a pu le penser dans les années soixante. Aujourd'hui, on parlerait plutôt, entre les Etats et l'arbitrage, de coopération, voire de complicité.*<sup>31</sup>

Entendo ainda que deva se ampliar e abrir a discussão para aplicação da arbitragem em campos de direitos disponíveis que não são explorados por aqueles que trabalham com o direito e arbitragem. Porque não utilizar a arbitragem para solução de situações que envolvam condomínios, por exemplo? Se houver manifestação de vontade das partes contratantes (condôminos), e for incluída na Convenção que questões afeitas aos condôminos e condomínio, especialmente cobrança de despesas não pagas serão dirimidas por arbitragem, imagine o ganho,

<sup>28</sup> Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou hoje (12/12) um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral resultante do acordo não precisa ser mais homologado por uma autoridade judicial.

<sup>29</sup> Quando do julgamento acerca da Lei de Arbitragem a votação não foi unânime: Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal.

<sup>30</sup> Subversion de La Souverainete, Université de Bourgogne. Faculte de Droit, p. 96.

<sup>31</sup> "A arbitragem é um modo alternativo que no direito comum é tido como um organismo fora da intervenção das autoridades públicas. Representa, portanto, de certa forma, a arbitragem um certo desejo de emancipação frente a frente entre o Estado e a justiça. Poderia se considerar subversiva? Alguns pensaram assim nos anos sessenta. Hoje em dia, a maioria vê a arbitragem como um instituto de cooperação e cumplicidade com o Estado." – Tradução livre do Autor.

não só para a justiça que se verá livre de processos cujas defesas e recursos são no mais das vezes meramente protelatórios, como também para os condôminos, que verão uma resposta mais efetiva e célere para o bem comum, não sendo obrigados a aguardar julgamento de recursos para o equilíbrio financeiro do Condomínio.

Ainda que não seja o foco específico desse estudo não podemos deixar de fazer menção quanto à utilização da arbitragem em questões que envolva o poder Público.

Não há como, entretanto, que se omitir que a arbitragem, não foi abraçada pelo cidadão comum<sup>32</sup> aqueles afeitos às causas de menor complexidade, e que a meu ver, são aqueles que mais deveriam se socorrer do instituto. Estes levam suas demandas e pleitos para apreciação e julgamento pelos Juizados Especiais, que a esta altura, passados 12<sup>33</sup> (doze) anos de sua criação, estão abarrotados, no limite, já saturados e devidamente incrustados com todas as mazelas do Sistema.

Nesse sentido assevera Mariulza Franco<sup>34</sup>:

*Entretanto, constata-se, na prática da arbitragem e nas dúvidas manifestadas pelos seus simpatizantes, a necessidade de investir-se com maior empenho na divulgação da cultura da arbitragem e de outras formas de solução de litígios, com ênfase na postura diante do conflito (bem diversa daquela que se adota no processo judicial) por parte dos advogados e mesmo dos conflitantes.*

---

<sup>32</sup> Não podemos ignorar o que é voz corrente na sociedade, de que aquele que tem condição de pagar um bom advogado tem maiores vantagens. Evidente que aquele que pode pagar um escritório com vários profissionais, dezenas de estagiários, que podem semanalmente cobrar e verificar o andamento dos autos, solicitando agilidade, poderá ter seu processo resolvido antes, ao contrário daquele que se utiliza da justiça gratuita e ou de pequeno escritório. Como diz Octávio Ianni em seu livro “*Enigmas da Modernidade-Mundo*”, p. 57: “Na medida em que o privatismo e o economicismo predominam mais ou menos absolutos, não só na economia e finanças mas também na educação, saúde, habitação, transporte, relações de trabalho e providência, fica evidente que grande parte do que se pode denominar de sociedade civil é desafiada a sobreviver, organizar-se e conscientizar-se elaborando novos meios de luta para influenciar ou conquistar o poder.”

<sup>33</sup> Os juizados especiais cíveis e criminais foram criados pela Lei. 9.099 de 1995.

<sup>34</sup> FRANCO, Mariulza. *Nova Cultura do Litígio: Necessária Mudança de Postura*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 113.

Uma audiência de instrução em juizado especial, após a conciliação, que deveria ser agendada em 30 (trinta) dias, porém, na prática, em alguns casos, como já citado, é agendada para 15 (quinze) meses ou mais.

A arbitragem, portanto, é meio alternativo de solução de conflitos por pessoa(s) interposta(s) que recebe(m) seus poderes por meio de convenção privada, e que decide o conflito, sem a intervenção estatal, e cuja decisão tem a mesma eficácia da prestada pelo Poder Público. Pode ser utilizada por qualquer um e está à disposição de todos para a obtenção de solução de questões de direito patrimonial.

A necessidade de se socorrer da intervenção do Poder Judiciário só ocorre na hipótese de resistência das partes e ou de terceiros no cumprimento das decisões arbitrais. Importante ressaltar que a utilização da Arbitragem não é compulsória<sup>35</sup> obrigatória, porém suas decisões o são, vinculam, obrigam.

E com base nessa disponibilidade e ou direito de escolha, vinculada à demora no andamento dos processos e da efetiva obtenção da prestação jurisdicional que os operadores do Direito e a sociedade de uma maneira geral, têm sido compelidos a procurar formas objetivas de melhoria e ou meios alternativos de solução de conflitos, seja por ações afirmativas, pressão para mudança da legislação<sup>36</sup>.

O importante em relação à arbitragem que tem que ser realçado é a celeridade e igualmente a mudança de postura das partes na busca da solução do conflito.

A esse respeito, nos socorremos novamente de Maristela Basso, que diz:<sup>37</sup>

*Não é demasiado ressaltar que a idéia fundamental da arbitragem não é deixar às partes a prerrogativa de atuarem*

---

<sup>35</sup> As partes só aderem ao instituto se voluntariamente indicarem algum Tribunal ou Câmara Arbitral

<sup>36</sup> Lei 11.232/2005, de 22 de dezembro de 2005, que alterou o Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução.

<sup>37</sup> BASSO, Maristela. *Procedimento Arbitral Atual: Necessidade de um Diálogo de Reforma*. In: LEMES, Selma Ferreira (coord. et al). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 07.

*como se estivessem diante do processo contencioso estatal, e sim reunirem esforços para a solução alternativa do conflito que levam à apreciação de um árbitro ou tribunal arbitral. Esse é o ponto de equilíbrio da arbitragem e deve ser alcançado pelos sujeitos da relação jurídica compreendida pela arbitragem.*

Igualmente, não se pode ignorar que a agilidade do processo na fase executiva e ou as alterações recentes, não influem diretamente no andamento do processo até o trânsito em julgado, gerando no cidadão, no jurisdicionado, sensação de impotência<sup>38</sup>, frustração, descrédito na Justiça, o que acredito, independentemente de outras análises, que a arbitragem é capaz de enfrentar em razão da agilidade do procedimento.

A morosidade da justiça é sinônimo de impunidade<sup>39</sup>, patrimônios se esvaem, interessados morrem no curso do processo. A sociedade necessita de formas alternativas de solução de conflitos.

Relevante o posicionamento do Min. Cesar Asfor Rocha:

*Os que têm esses legítimos ideais estão vivamente impressionados com a inescondível morosidade da atuação jurisdicional, aliás, reconhecida por todos, daí, porém a ênfase das suas fecundas reflexões nesse terrível mal do Poder Judiciário.<sup>40</sup>*

É fato que o poder público tem procurado incentivar formas alternativas de solução de conflitos. Especificamente no Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça tem praticado mutirões de conciliação, dando ênfase à tentativa de conciliação pré-processual.<sup>41</sup>

<sup>38</sup> A imprensa noticiou recentemente que passados vários anos do desabamento do Edifício Palace II, no Rio de Janeiro, vários prejudicados ainda aguardam o pagamento por parte do empresário Sérgio Naya, que se utiliza do processo para procrastinar a satisfação da indenização.

<sup>39</sup> Menciono o recente caos aéreo aonde em acidente morreram 200 (duzentas) pessoas, sendo que os familiares das vítimas, recebem propostas de acordos desfavoráveis, abrindo mão de uma indenização justa, sabedores do sacrifício que será o trâmite de uma ação. É necessário cessar a impunidade com uma justiça célere e efetiva, caso contrário o sendo de indignação só irá aumentar.

<sup>40</sup> ROCHA, Cesar Asfor. *A Luta pela Efetividade da Jurisdição*. São Paulo: RT, 2008. Prólogo.

<sup>41</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo inaugurou hoje (15/4/2008) o Posto Avançado de Tentativa de Conciliação Pré-processual em parceria com a Associação Comercial de São Paulo (ACSP), Confederação das Associações

Entretanto, no que pese o esforço do Tribunal de Justiça, louvável, evidentemente, é de se verificar que, é preciso aprimorar e muito o quadro de conciliadores, pois, alguns dos conciliadores não têm condição de compreender a matéria discutida e tem como preocupação maior a formalização do acordo.

Tem-se ainda verificado outros meios para obter uma justiça mais célere e rápida, porém, há de se indagar se na busca por uma justiça que funcione não estaria o legislador mitigando garantias constitucionais e ou tomando medidas que em suma impeçam ou diminuam o acesso à justiça?<sup>42</sup>

É ainda passível de menção o fato de a cultura judicial brasileira ser dotada de muita pompa e formalismo vinculando à figura do réu certa dose de culpa e ou pré-julgamento antes mesmo de produzidas as provas, fazendo com que a arbitragem, procedimento informal, sigiloso e que não tem pompa e circunstância faça com que as partes, especialmente o réu, se sintam mais à vontade, confiante, e por conseqüência, mais aberto a um acordo.

Aquele que atua no foro diariamente e ou quem tem relação direta com o Poder Judiciário sabe do calvário<sup>43</sup> que é o acompanhamento e trâmite do processo na sua fase de conhecimento. Audiências marcadas com interregno de 12 (doze) meses quando não mais, petições aguardando na juntada meses a fio. E a situação de processos aguardando distribuição nos extintos Tribunais de Alçada?

---

Comerciais e Empresariais do Brasil (CACB) e a Federação das Associações Comerciais do Estado de São Paulo (FACESP). O novo setor, denominado Posto de Pacificação Social, é a extensão do Setor de Conciliação do Fórum João Mendes, e funcionará em quatro salas da Associação Comercial. Os trabalhos serão iniciados na próxima quarta-feira (16/4). O horário de atendimento será das 10 às 17 horas, na Rua da Glória, 346. Serão atendidas as causas cíveis de até 40 salários mínimos. O juiz Ricardo Cunha Chimenti será o responsável pela coordenação do posto e terá o auxílio do juiz Josué Modesto. Em seu discurso no evento, o presidente do TJSP, desembargador Roberto Antonio Vallim Bellochi, afirmou que a conciliação pré-processual ganha um espaço notável graças a essa parceria com a Associação Comercial de São Paulo. Ainda segundo o presidente, “*a conciliação, mediação e a arbitragem fazem parte da história do Judiciário paulista*”.

<sup>42</sup> ALMEIDA, Dulce Calmon de Bittencourt Pinto de. *Súmula vinculante: meio impeditivo de acesso à justiça?* Revista Forense. v. 103 n. 393 set./ out. 2007, p. 467.

<sup>43</sup> A arbitragem é uma realidade especialmente no meio negocial empresarial, como se aguardava de há muito. Resta ainda um vasto trabalho de conscientização para que pequenas empresas e pessoas naturais possam também recorrer a esse mecanismo, um dos mais patentes sintomas do chamado fenômeno "fuga do Judiciário". O Poder Judiciário se mostra como um paquiderme que se movimenta mal e vagarosamente. Nem sempre suas decisões são antenadas com a realidade e necessidade social, algo que a arbitragem pode fazer com extrema vantagem. Esse aspecto é de consciência geral. Não se diga que esse é um fenômeno só nosso, pois ocorre em países mais e menos desenvolvidos. É fato, no entanto, que a arbitragem somente pode vicejar onde já existe uma base cultural e econômica favorável. Silvio de Salvo Venosa – Artigo Valor Econômico, 19/11/2007.

Processos parados sem qualquer movimentação, por 5 (cinco), 6 (seis) anos. De sorte que por qualquer ângulo que se analise é medida de interesse público o esforço e análise de novas formas de acesso à justiça, por meios alternativos de conflitos. Para o cidadão<sup>44</sup> comum, aquele que depende do Poder Judiciário, os vilões da demora, da ausência da efetividade, no mais das vezes, são os operadores do Direito, os advogados, os juízes.

A Ordem dos Advogados do Brasil reiteradamente já refutou tal responsabilidade por meio de informativos e entrevistas a jornais e revistas, bem como tem dado apoio, ainda que tímido, ao instituto da arbitragem<sup>45</sup>.

Imperioso, entretanto, fazer distinção entre celeridade e efetividade como aduz Márcio Manoel Maidame<sup>46</sup>, já que a doutrina os trata como sinônimos quando em verdade não os são. Celeridade está vinculada à duração do processo, quanto mais célere mais rápido se terá a decisão e dela surge a efetividade, dando a cada um o que é seu.

De conceito interessante sobre o tema é o artigo do MM. Juiz do TRT da 10ª Região e membro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Dr. Douglas Alencar Rodrigues<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Utilizamos o termo cidadão no presente trabalho tentando fazer referência ao jurisdicionado no exercício de sua cidadania como membro efetivo da sociedade, sujeito objeto de direitos e obrigações, na construção desta cidadania que tem status jurídico e político.

<sup>45</sup> Atualmente, são feitas no país mais de quatro mil arbitragens por ano. A mais significativa fatia dos litígios comerciais e trabalhistas é solucionada em São Paulo — o que explica a importância da ação da OAB-SP no sentido de dar à classe o devido apoio para a formação e aprimoramento dos profissionais com materiais e informações para o desenvolvimento da advocacia no setor. (advogado Arnaldo Wald Filho).

<sup>46</sup> *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. Juruá, p. 22.

<sup>47</sup> *Conciliar para Melhorar*- <http://www.cnj.gov.br/pages/artigos.jsp>, 16/11/2006 – na qual dissecou a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça quando do lançamento do movimento Conciliar é Legal, com o objetivo principal de realçar a importância desse meio alternativo de resolução de conflitos. O Magistrado pondera que o cerne principal a ser analisado é, como ponto inicial de reflexão, o reconhecimento de que nem sempre a intervenção do magistrado, ainda que rápida e efetiva, representa o meio mais adequado para a solução de determinados conflitos. O que demonstra uma tendência ao reconhecimento e legitimidade dos meios alternativos de solução de conflitos. A conclusão do Magistrado ao fim de seu ensaio, demonstra o escopo que permeia o interesse e o estudo das soluções de conflito, como meio de eficácia do resultado e obediência ao princípio da dignidade humana: “Muito além de simples meio de resolução de conflitos, a conciliação deve ser compreendida como filosofia de vida, capaz de permitir a construção de uma sociedade menos conflituosa, mais justa e solidária”.

Atualmente, são feitas no país mais de quatro mil arbitragens por ano. A mais significativa fatia dos litígios comerciais e trabalhistas é solucionada em São Paulo. O que reforça a importância da arbitragem como meio alternativo de solução de conflito e forma de acesso à justiça.

Não podemos deixar de ressaltar que a arbitragem conforme o artigo 1º da Lei. 9.307/1996 pode ser utilizada quando o litígio versar sobre direitos disponíveis, de sorte que quando tratar a matéria de direitos indisponíveis<sup>48</sup>, não poderá a arbitragem ser utilizada como forma alternativa de solução de conflito.

Interessante em relação a esta limitação da aplicação do direito arbitral, a ressalva que faz Edoardo F. Ricci<sup>49</sup>, mencionando o direito alemão, que em seu art. 1.030 da *Zivilprozessordnung*, segundo o qual “qualquer direito de caráter patrimonial pode ser objeto de convenção de arbitragem”. Assim, no âmbito patrimonial os direitos indisponíveis também podem ser objeto da arbitragem.

Quanto à natureza jurídica da arbitragem como leciona a Professora Doutora Selma Lemes<sup>50</sup>, o tema é controvertido, indica que existem três correntes: a contratual, a jurisdicional e a híbrida.

Contratual, pois nasce da vontade das partes, sendo que poder dos árbitros deriva dessa convenção. Quanto à corrente jurisdicional, os que a defendem, focam o resultado, dizendo que a decisão é proferida por terceiro, imparcial, distante das partes. E a híbrida que indica ser a arbitragem contratual na fonte e jurisdicional no objeto.

Entendemos e compreendemos a arbitragem como meio valoroso de solução de conflitos, colocado à disposição da sociedade, para que as partes além da

---

<sup>48</sup> No direito brasileiro são indisponíveis em razão da lei, aqueles litígios que dependam de sentença judicial: inventário de bens existentes no Brasil; processos de insolvência, ao estado e capacidade das pessoas, ações que tenham natureza alimentar, falimentar, fiscal, causas que haja interesse da Fazenda Pública e relativa a acidente do trabalho e naquelas em que a intervenção do Ministério Público é necessária (tutela, curatela, casamento, alimentos, etc.)

<sup>49</sup> RICCI, Edoardo F. *Desnecessária Conexão entre Disponibilidade do Objeto da Lide e Admissibilidade de Arbitragem: Reflexões Evolutivas*. In: *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 404.

<sup>50</sup> LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.60.

disponibilidade de acesso à justiça pelo poder judiciário, possam, **optar**, por meio alternativo, ante interesse recíproco das partes (autonomia da vontade) a uma decisão legal, confidencial e célere.

Neste entendimento, Mariulza Franco<sup>51</sup>:

*A arbitragem não é modismo, nem panacéia, muito menos mera privatização da jurisdição. Ela se insere perfeitamente no estágio atual de evolução da sociedade, contribuindo, embora em pequena escala, com a Paz Social, eliminando de forma célere, a tensão que no processo judicial se mantém por longo tempo. Contribui, também, com a evolução do Direito, pela possibilidade de buscar-se e revelar-se a melhor solução no Direito vivo, distanciando-se das regras estratificadas do Direito posto.*

## 1.2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Durante toda a história se debateu sobre o conceito de uma igualdade essencial entre todos os homens<sup>52</sup>, porém foi através da ONU que se proclamou uma Declaração Universal dos Direitos Humanos, que “*todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos*”. Logo, a dignidade é um conceito inerente à pessoa humana.

A violação do princípio da dignidade humana em relação à demora<sup>53</sup> na tramitação dos processos está constitucionalizada. O art. 5º, LXXVIII da Constituição

<sup>51</sup> FRANCO, Mariulza. Op. cit. p. 113.

<sup>52</sup> COMPARATO, Fabio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva - IV Edição, 2006, p.12.

<sup>53</sup> Dos mais de 48 milhões de processos que se acumulavam nas prateleiras da primeira instância do Judiciário no país em 2006, 11,3 milhões foram julgados de forma definitiva naquele ano. O restante (76,36% das ações) continuou afogado na morosidade do sistema judicial, aguardando decisões da primeira instância ou de tribunais de segunda instância, nos casos em que o autor da ação recorreu da decisão. O congestionamento foi maior nas varas estaduais, onde 79,92% das ações não tiveram julgamento conclusivo. Nas varas federais o índice foi de 75,69%, e nas trabalhistas, de 51,76%. Os dados, compilados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) - que faz o controle externo do Judiciário -, foram apresentados ao Congresso pela ministra Ellen Gracie Northfleet, presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF). Batizado de "Justiça em números", o documento é atualizado anualmente. Em comparação com a edição anterior, a taxa, que revela a morosidade na primeira instância, aumentou: em média 65,59% dos processos não foram julgados em definitivo em 2005. No entanto, o conselheiro Mairan Gonçalves, coordenador do levantamento, diz que é perigoso comparar os dados de 2006 com o de anos anteriores. Na versão mais recente do estudo, os números teriam sido colhidos com mais precisão e metodologia diferente. Não há como se comparar os dados no momento. As outras edições do relatório serão

Federal da República do Brasil<sup>54</sup>, reza que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam sua tramitação.

Muito embora não se tenha uma definição quanto ao razoável<sup>55</sup>, em quantificação de tempo (dias, meses ou anos), não acredito existam defensores da não ofensa e da absoluta violação ao princípio constitucional. Os brasileiros e os residentes no Brasil não têm o direito constitucionalmente garantido de uma duração razoável do processo.

A ofensa ao princípio da dignidade humana conquanto crie um sentimento de insatisfação pessoal atinente àquele que foi vítima da prestação ineficaz do Poder Estatal, evidentemente em casos de comoção nacional como o acidente da TAM<sup>56</sup> e

---

revisadas para podermos traçar uma política para o Judiciário - disse. (Carolina Brígido de O Globo) Fonte: OAB. Portal Âmbito Jurídico - [www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br) - 07/02/2008.

<sup>54</sup> Em sua obra Constituição Federal Comentada, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, indicam que a razoabilidade na duração do processo é conceito legal indeterminado a ser preenchido pelo Juiz quando invocado no caso concreto, sendo norma de eficácia plena e imediata (CF 5º, § 1º), p.140.

<sup>55</sup> Razoável adj 1 Que é conforme à razão, ao direito. 2 Comedido; não excessivo.

<sup>56</sup> Ao ler a reportagem sobre o acidente e ver a foto de uma família como a minha, me senti tomado pela frustração, tristeza e revolta e me senti compelido a escrever em tom de desabafo:

#### *Nove Segundos*

*Um sorriso, um olhar, um momento  
Vidas que vem e que vão  
Agonia que não tem perdão  
Morte inesperada, fulmina-se a paixão*

*Ontem eu era, hoje não mais  
Ontem eu vivia, hoje estou morto  
Ontem eu sorria, hoje não tenho rosto  
Tudo que restou é passado*

*Nove segundos que me mataram  
Levaram de mim o amor, o sorriso, a vida*

*Intermináveis momentos de agonia e dor  
Despedi-me em desespero do que me era mais caro*

*Não mais existo e penso nos que comigo foram  
Compadeço-me da dor dos que ficaram  
Agonizantes não só da perda mas da inércia  
Duzentas vidas queimadas, consumidas em pó*

*Vaga a alma e o espírito  
À procura do descanso eterno é impedida  
Pelo descaso, pela omissão, pela crueldade*

do desabamento do Edifício Palace, se atinge o id<sup>57</sup> coletivo, pelo qual ocorrem manifestações e a busca por mudanças.

Entendo em razão desses conceitos e do dever que é atribuído ao Estado de prover uma justiça acessível a todos, e nesse espectro acredito que o acessível, como entendido o acesso à justiça, não se configura tão somente a distribuição da ação, da colocação da controvérsia em juízo, mas, sim, da efetividade da decisão, da satisfação do direito pleiteado, que caso não haja uma injeção significativa de estímulo a fontes alternativas de acesso à justiça, que continuaremos a ver diariamente a ofensa a direitos constitucionalmente garantidos, com a violação da dignidade humana.

Como ensina Rizzato Nunes<sup>58</sup>, “Dignidade é um conceito que foi sendo elaborado no decorrer da história e chega ao início do século XXI repleta de si mesma como um valor supremo, construído pela razão jurídica”.

Podemos ainda, conforme menciona Eduardo C. B. Bittar<sup>59</sup>, citar Norberto Bobbio<sup>60</sup>, que quando fala de luta pelos direitos, pela igualdade e pela justiça, nos dá valorosa lição: “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”.

Pertinente, igualmente, os dizeres de Rogério Ferraz Donnini<sup>61</sup>, quando trata da dignidade da pessoa humana, preconizando-a como cláusula geral da dignidade

---

*Ranhura, chuva, escape, morte*

*Deixe-me descansar em paz  
Façam a impunidade acabar  
Do descaso ao pó, nove segundos bastaram.*

<sup>57</sup> O **id** (isso) é o termo usado para designar uma das três instâncias apresentada na segunda tópica das obras de Freud. O id, a princípio responde as necessidades do indivíduo ao nascer, ou seja, ao nascer o indivíduo está voltado para as suas necessidades básicas. Fonte <http://pt.wikipedia.org/wiki/Id>.

<sup>58</sup> *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p.46.

<sup>59</sup> *Curso de Filosofia Política*. 2ª ed., Editora Atlas: São Paulo, 2005, p. 275.

<sup>60</sup> Como exposto por Bobbio, o importante não é a qualificação do direito, se está solenemente declarado, mas sim a sua preservação, a sua garantia, de forma a evitar sua contínua violação. De que adianta, por exemplo, a garantia constitucional de razoável duração ao trâmite processual, se esse direito é totalmente ignorado, violado.

<sup>61</sup> *Responsabilidade Civil Pós-Contratual*. 2ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2007, 123.

da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), que é o respeito à dignidade de todas as pessoas, assim como sua proteção.

De sorte que, dessa forma, compromete-se a idéia de justiça social (art. 170, caput, da Constituição Federal), já que incontestemente uma ruptura, ao não se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, que está ligada ao princípio da igualdade prevista na Constituição Federal (art. 5º, caput).<sup>62</sup>

Diz, ainda, que, por ser um princípio superior, impõe um comportamento correto, equânime, proporcional e ético, na realização de qualquer negócio jurídico<sup>63</sup>.

Citamos por fim, Pablo Malheiros da Cunha Frota<sup>64</sup>, que afirma que dignidade da pessoa humana conforma e limita a atividade estatal e dos particulares, que devem, em conjunto com a sociedade, preservá-la e efetivá-la.<sup>65</sup>

Pedro A. Batista Martins<sup>66</sup>, ressalta a importância da arbitragem, que cresceu em razão da tendência da sociedade de valorizar a consensualidade e das vantagens que as formas alternativas têm sobre os tradicionais meios imperativos (justiça estatal), pelas seguintes razões:

- contribuição para a governabilidade dos Estados, desonerando os magistrados, e lhes possibilitando uma maior eficiência;

- propicia novos meios de prevenção e controle contra o abuso estatal, estando diretamente ligada à legalidade;

- maior amplitude na atenção de todos os interessados envolvidos, assegurando avanço no campo da justiça;

---

<sup>62</sup> Ibidem, p. 124.

<sup>63</sup> Veja que o jurista fala em princípio superior e proteção deste brocardo, portanto, por analogia, podemos compreender que a demora na tramitação dos processos, não concede às partes, um tratamento correto, proporcional, equânime e por que não dizer, ético.

<sup>64</sup> *DANOS MORAIS e a pessoa jurídica*. Coleção Professor Rubens Limongi França, vol.4. Editora Método: São Paulo, 2008, p. 128.

<sup>65</sup> Entendo que o jurisdicionado é vulnerável ao poder estatal que o obriga a suportar a ineficácia do trâmite dos processos, máxime a análise de todas as causas que contribuem para essa situação.

<sup>66</sup> *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.15.

- possibilita decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas, seja pelas partes terem tido a disponibilidade de indicar o árbitro, as condições e o direito a ser aplicado, seja pela mudança na cultura de recursos infundáveis, contribuindo para a legitimidade e servindo como meio de pacificação social<sup>67</sup>;

- estimula a participação efetiva do indivíduo, que é parte integrante, não só do problema (litígio) como da solução (processo), criando uma noção palpável de civismo.

Reiteramos, por ser demasiadamente importante, que a utilização da arbitragem e sua difusão, pode acarretar na sociedade brasileira, uma mudança de cultura, tão arraigada ao não conformismo às decisões e na necessidade de recursos sem fim. O processo deve ter fim, o conformismo não é renúncia nem tampouco deve gerar sentimento de frustração.

O precursor do culturalismo<sup>68</sup> jurídico na escola de Recife, Tobias Barreto, já dizia que o direito é produto da cultura humana, fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento histórico. A Arbitragem, portanto, necessita entrar na cultura de nossa sociedade para poder se fazer utilizar de forma prática e aproveitável.

A desconfiança daquilo que não se conhece, do que não se sabe, inibe o aprofundamento e utilização em todo seu potencial da Lei de arbitragem ou Lei Marco Maciel.

Cabe aos operadores do direito, aos juristas, fazer com que a arbitragem e suas vantagens possa ser conhecida pelo cidadão comum, por aquele que muitas vezes renúncia ao seu direito em razão da demora que antevê na solução de seu problema.

---

<sup>67</sup> Utilizamos o termo pacificação social no sentido de que adotada a arbitragem como meio comum e ordinário de solução de conflitos, é provável que o jurisdicionado, o litigante, o cidadão, se acostume à decisão proferida, já que dela não cabe recurso. Pois, incontestável que um litígio que dura vários anos, sem solução, e ainda passível de alteração da decisão primária, gera insatisfação e causa nas partes sentimento de desconfiança.

<sup>68</sup> SCHAIN, Marcos Renato. *A História Brasileira através da Filosofia do Direito*, pág. 5.

### 1.3. JUSTIÇA PRIVADA

A arbitragem é uma justiça privada, não depende do poder público<sup>69</sup>, é praticada por particulares, sendo que como já tratado, traz benefícios para as partes que a ela aderem, já que suas decisões são céleres.

A arbitragem meio de composição de conflitos tem forte ligação com o direito internacional público<sup>70</sup>, no qual as partes envolvidas verificam a vantagem e benefício em decisões céleres e amigáveis proferidas por árbitros, distanciando-se do formalismo e rigor excessivo do poder judicial estatal.

O Código Civil Brasileiro, em seus artigos 851<sup>71</sup>, 852 e 853, faz expressa menção a solução extrajudicial do conflito e da arbitragem, sendo que o que consta nesses artigos está contido na Lei 9.307/96, ou seja, liberdade para contratar, firmar e resolver sobre questões patrimoniais.

A arbitragem como é cediço decorre da vontade das partes, constituindo seu princípio primeiro, basilar, assim como em relação aos contratos, nos termos do art. 421 do Código Civil Brasileiro<sup>72</sup>.

A arbitragem é forma alternativa de solução de conflito, assim como a mediação<sup>73</sup>, a conciliação extraprocessual<sup>74</sup>, etc.

<sup>69</sup> Porém pode dele se socorrer para deferimento de medidas de urgência e ou atos de execução, já que os árbitros não têm o poder de coerção, de mandar fazer, tal quais os juízes togados.

<sup>70</sup> A Câmara de Comércio Internacional de Paris – CCI/ICC é um instrumento de grande utilização e importância no cenário da arbitragem internacional, no qual grandes empresas utilizam-se dos serviços da ICC para resolver questões comerciais internacionais pela arbitragem. No site da ICC, se nota a possibilidade de extrair a cláusula arbitral para inserção no contrato comercial oferecida no idioma, espanhol, inglês, francês e chinês.

<sup>71</sup> “Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar;” “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial;” “Art. 853. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.”

<sup>72</sup> Art. 421, CC – “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

<sup>73</sup> A mediação remonta à antiguidade, interessante citar passagem do grande jurista italiano Cesare Vivante, sobre a figura do mediador: “Il mediatore spende l’opera sua nel carcare ed avvicinare le persone disposte a concludere un affare, nel riferire esattamente a ciascuna l’intenzione dell’altra, nel rimuovere le difficoltà, nel fornire notizie e consigli. Tolle le differenze, le parte si obbligano scambiandosi la notizia del loro accordo verbalmente o per iscritto, direttamente o col mezzo del mediatore: così la sua volontà resta estranea all’ conclusione dell’affare. *Tratato di Diritto Commerciale*. 5ª ed., Milão: Dottor Francesco Vallardi Milano, 1922, p. 217.

Indiscutível o ganho de uma decisão proferida da qual não cabe recurso, em detrimento de outra, da qual cabem recursos sem fim. O resultado ou conseqüência da decisão pode ser exigido muito mais rapidamente, em alguns casos, com quase uma década de diferença.

Ademais, do ponto de vista empírico, uma audiência em um Tribunal Arbitral para aquele que a ela comparece tem uma concepção muito menos formal ou desprovida daquela antipatia ou ranço<sup>75</sup> que se tem com um processo judicial, com presença no Fórum, citação por Oficial de Justiça.

Inclusive a arbitragem visa que a solução rápida da demanda ou litígio propicie às próprias partes retornarem ao estado anterior de animo que possuíam antes da discussão a respeito de certo direito, o que se presume impossível após um processo judicial arrastado por vários anos.

Neste sentido, Andrew I. OKEKEIFERE<sup>76</sup>:

*It must afford the parties the opportunity of having their dispute determined by persons sufficiently knowledgeable to appreciate all the facts and issues in a question. Such an appreciation enables those persons to achieve not just a technical justice, but a quality and enduring resolution of the parties dispute including a restoration of their cordiality for a continuing business relationship.*<sup>77</sup>

De razoabilidade presumível é de se inferir que um processo, lento, moroso, sem uma decisão definitiva tende a gerar nas partes do processo, angustia,

---

<sup>74</sup> No ano de 2007, o setor de Conciliação do Fórum João Mendes buscou a resolução de 35.848 casos, sendo 21.222 judiciais e 14.626 pré-processuais. Nas audiências judiciais marcadas, 14.043 tiveram o comparecimento das partes e 2.141 delas resultaram em acordo. Em relação às audiências pré-processuais, 6.760 foram efetivadas e 2.899 chegaram num acordo. Fonte: [www.tj.sp.gov.br](http://www.tj.sp.gov.br)

<sup>75</sup> SODRÉ, Antonio, Op. Cit, p.22.

<sup>76</sup> Commercial Arbitration As the Most Effective Dispute Resolution Method -- Still a Fact or Now a Myth? *Journal of International Arbitration*. v. 15, n. 4. 1998, p. 81-106.

<sup>77</sup> “É preciso ser concedido às partes a oportunidade de terem a sua disputa decidida por pessoas suficientemente capazes e conhecedoras da matéria para apreciar os fatos e os assuntos em questão. Esta capacidade permite a essas pessoas que decidirão a alcançar uma decisão não estritamente técnica, mas uma decisão de qualidade e duradoura, inclusive a possibilidade de restauração da cordialidade e do relacionamento comercial das partes”. Tradução livre do Autor.

frustração e raiva, o que leva, inclusive, a uma maior dificuldade de conciliação. Assim, a arbitragem como justiça privada que é, seduz as partes envolvidas com duas vertentes:

- celeridade.
- ausência da interferência estatal.

Vejo ainda que no processo judicial, a parte que figura no pólo passivo da lide, o réu, tende a ser tratado como “*persona non grata*”<sup>78</sup>, sofrendo um desgaste emocional a partir do momento que recebe a intimação e ou citação até o dia de comparecimento no Fórum.

Essa característica é inerente a nossa sociedade aonde alguns tabus<sup>79</sup> e ou pré-conceitos são tão enraizados que mesmo com os avanços da ciência e da tecnologia, ficamos presos a períodos remotos. De sorte que por ser a arbitragem realizada em ambiente privado, sigiloso e igualmente mais amistoso<sup>80</sup>, à medida que o instituto vem sendo conhecido fora dos grandes negócios<sup>81</sup>, tem sido propagada a facilidade, a agilidade, o sigilo e a comodidade de solução do litígio por meio da arbitragem, por aqueles próprios que dela se utilizaram.

O processo judicial em razão dos inúmeros recursos permitidos e de toda e necessária obediência aos termos da legislação vigente, é um árduo e penoso

---

<sup>78</sup> *Persona non grata* (Latim, no plural: *personae non gratae*), cujo significado literal é “pessoa não bem-vinda”, é um termo utilizado em diplomacia com um significado especializado e judicialmente definido. Fora do âmbito da diplomacia, chamar alguém de *persona non grata* é equivalente a dizer que a pessoa está ostracizada, em relação a uma pessoa ou a um grupo; ou considerá-la *inexistente*, no sentido figurado. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Persona\\_non\\_grata](http://pt.wikipedia.org/wiki/Persona_non_grata).

<sup>79</sup> s.m. Etnografia. Instituição religiosa que, atribuindo caráter sagrado a um objeto ou a um ser, proíbe qualquer contato com eles e até mesmo referência a eles. / P. ext. Ação, um objeto, uma pessoa ou um lugar proibidos por uma lei ou cultura. — A palavra tabu vem da palavra polinésia tapu, que significa algo sagrado, especial, perigoso ou pouco limpo. Muitas sociedades acreditam que se uma pessoa for a um lugar tabu ou tocar em um objeto tabu, sofrerá sérios danos. Além disso, a sociedade poderá puni-la severamente ou considerá-la um tabu. Os objetos ou pessoas sagrados são tabus porque supostamente têm uma força misteriosa que lhes permite ferir ou matar uma pessoa. Objetos pouco limpos são tabus porque supostamente trazem o mal a uma pessoa ou a um grupo. Fonte: <http://www.workpedia.com.br/tabu.html>.

<sup>80</sup> As audiências são realizadas em salas no mais das vezes com ar condicionado, tendo as partes a seu dispor água, café, chá. Sendo ainda de rara denominação as expressões “autor” e “réu”, mas sim “demandante” e “demandado”.

<sup>81</sup> Por ter a Lei 9.307/1996, declarada constitucional pelo Supremo em 2000, trata-se de uma lei relativamente nova, porém, a arbitragem já era praticada pelas empresas em contratos internacionais.

caminho a ser seguido pelo jurisdicionado, máxime que principalmente no Estado de São Paulo, especificamente na Capital<sup>82</sup>, é comezinho que o andamento é lento, demorado. Quantas vezes não se ouvem em Cartórios dos fóruns da Capital de São Paulo, que a juntada de uma mera petição está alguns meses atrasada. Fato esse experimentado diariamente pelas partes e pelos advogados imagine então a parte que não é representada por grandes escritórios, que reconhecem a lentidão da justiça paulista: “Não vou ocultar que o Judiciário paulista é um dos mais lentos do mundo. No entanto, ele é absolutamente sério e responsável.”<sup>83</sup>

Não se pode olvidar ainda que findo o processo em primeira instância e proferida a Sentença, já transcorrido alguns anos, é ainda permitida a interposição de embargos de declaração<sup>84</sup> para que seja suprimida eventual omissão ou contradição do julgado. E da interposição dos embargos, juntada, conclusão ao magistrado para análise, e posterior publicação, não mais das vezes se levam alguns meses, o que contribui ainda mais para a lentidão da obtenção do direito.

Término do calvário? Não! Apelação ao Tribunal (segunda instância), pelo perdedor, ou por ambas as partes em alguns casos. E, após a apresentação de contra-razões de quem de direito o processo é enviado para a instância superior, aonde é possível a situação anômala de um processo<sup>85</sup> aguardar 7 (sete) anos apenas para distribuição dos autos para o relator.

Assim, não é exagero concluir, ressalvada ainda a hipótese que após o julgamento em segunda instância que o processo possa ir à Brasília, seja para o Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal, de que um processo judicial, em média, possa demorar<sup>86</sup> cerca de 10 (dez), 15 (quinze) anos.

---

<sup>82</sup> Falamos especificamente da Capital de São Paulo, por ser advogado atuante desde 1995, tendo, atualmente, uma média de 500 (quinhentos) processos em andamento.

<sup>83</sup> TESS FILHO, Eduardo. Presidente da Comissão de Direito Internacional da OAB, em declaração ao Conjur. (Fonte: Revista Visão Jurídica, número 16, p. 28).

<sup>84</sup> Particularmente entendo que a figura dos embargos de declaração deveria ser suprimida da estrutura processual, visto que os magistrados têm despacho pronto para não analisar a peça processual: caráter meramente infringente e ou o Juiz não está obrigado a responder todos os questionamentos da parte. Outrossim, mesmo em situações meramente protelatórias os magistrados não aplicam penalidade por litigância de má-fé.

<sup>85</sup> Ação de indenização julgada procedente em primeira instância 583.00.1997.542326-0.

<sup>86</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso em artigo na Revista Autônoma de Direito, n. 1, p.141, reflete sobre algumas causas do excesso de processos e cita, a crônica falta de efetividade das normas (leis que não pegam), leis criadas

Diante desse quadro, podemos compreender o descrédito que a “justiça” tem perante os cidadãos comuns, bem como incluir os advogados<sup>87</sup> no rol dos prejudicados neste processo exaustivo que é a distribuição, acompanhamento e obtenção da satisfação do pleito, ou seja, a efetiva manifestação do Judiciário quanto à controvérsia posta.

Temos que a lentidão do poder judiciário é pública, incontestável, porém, com a criação do processo digital (ainda engatinhando) e com a facilidade hoje em dia de acompanhamento processual pela internet<sup>88</sup>, um advogado pode justificar para seu cliente tamanha ineficiência?

De sorte que, tanto o jurisdicionado comum, aquele que quer receber seu aluguel, como o empresário das grandes transações, à medida que conhecem a arbitragem, dela se utilizam, pois ao contrário dos Juizados Especiais que não mais atendem o disposto na Lei 9.099/95<sup>89</sup>, as audiências são marcadas em no máximo em 30 (trinta) dias, os atos intermediários e a decisão, realizados de forma célere.

Verifico que a dificuldade da arbitragem para uma popularização<sup>90</sup> está basicamente ligada a ignorância<sup>91</sup> da possibilidade da utilização da Lei 9.307/1996

---

sob o impacto da mídia, fomentando novas lides e processos (posta la legge, è fatto l'imbroglio), sem prejuízo ainda do caráter cultural (postura demandista) e repesamente dos processos (morosidade da resposta judiciária).

<sup>87</sup> Seria parcial de minha parte não argüir que os profissionais do direito também tem responsabilidade na demora da solução do litígio em algumas oportunidades, não aceitando o fim do processo e da eventual rejeição de seu ponto de vista e ou criando tese salvadora para conseguir eventual contrato de honorários.

<sup>88</sup> Porém, como se verifica na prática a criação do processo digital e a plena informatização do judiciário ainda estão por vir: “A realidade nos protocolos dos tribunais brasileiros faz lembrar ainda hoje o setor de carga e descarga de um supermercado. Quase dois anos depois de entrar em vigor a lei de informatização dos processos judiciais, as pilhas de papéis de petições, inquéritos e ações continuam a chegar aos tribunais em caminhões e carros dos Correios, como antigamente. Até hoje, nenhum Estado brasileiro, mesmo os mais ricos, está perto de completar a informatização dos processos. E pelos cálculos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mais dez anos serão necessários até tornar eletrônicos todos os processos. Depois que chegam aos protocolos dos tribunais, os processos enfrentam uma longa burocracia até chegar aos juízes, trâmite que envolve carimbos, assinaturas e diversos despachos. Tudo isso contribui para o maior dos problemas da Justiça: a morosidade. “Boa parte da tramitação desses processos é consumida nesse vai e vem”, afirmou o juiz Antônio Umberto, que integra o CNJ”. Fonte – O Estado de São Paulo – 2007 - Felipe Recondo.

<sup>89</sup> É comum nos juizados especiais cíveis da Capital de São Paulo, a designação de audiências para vários meses, chegando a um interregno de um ano ou mais entre um ato ou outro.

<sup>90</sup> Utilizo o termo popularização no sentido de ser o procedimento arbitral utilizado pelo cidadão em caráter ordinário e não extraordinário restrito ainda a um número pequeno de empresas e pessoas físicas que tem acesso e conhecimento da Lei 9.307/1996, por meio de seus advogados.

por todos<sup>92</sup>, do não conhecimento<sup>93</sup> da lei e da existência de um senso ainda perene no cidadão que só o processo perante a um Juiz togado e da ida ao fórum lhe trará a garantia de justiça, de que eventual acordo ou decisão fora deste âmbito não é seguro ou definitivo.

Evidentemente que não cabe a mim uma crítica pura e simples aos que compõe a justiça pública, pessoas em sua maioria competentes, qualificadas e concursadas, entretanto, se encararmos o todo, a conclusão é, pelo menos no meu entendimento, que a justiça pública é ineficiente, lenta, e por controverso que possa parecer injusta.<sup>94</sup>

Como veremos no tópico da história da arbitragem, a mesma surgiu em tempos remotos, e a divergência surgida era entregue para um terceiro para proferir a decisão, tudo de forma rápida e sem maiores formalidades.

É neste contexto que mora a meu ver o cerne do processo arbitral, qual seja, à vontade as partes em resolver o conflito rapidamente, exercendo essa vontade através da indicação de quem pretendem resolva o conflito e da mesma forma as regras a serem aplicadas.

Ademais, acredito que caso não haja uma melhora substancial no serviço oferecido pelo Poder Judiciário, que a arbitragem tende a ser mais utilizada<sup>95</sup> do que já o é, visto que as partes estão realizando que fazem parte de um sistema em colapso, no qual não existem culpados específicos, sejam juízes, advogados, promotores ou as próprias partes.

---

<sup>91</sup> Apenas a título de informação e sem qualquer qualificação científica, por amostragem verifiquei que o desconhecimento da Lei 9.307/1996 é extensivo a estudantes de faculdade e advogados, quiçá aos leigos que não raro confundiram a arbitragem aqui discorrida como tema ligado a futebol.

<sup>92</sup> Antônio Sodré, Op. Cit, p.26, indica que até pouco tempo somente os advogados que trabalhavam com comércio exterior ou com contratos internacionais tinham acesso natural ao sistema de arbitragem.

<sup>93</sup> O presidente da Associação Brasileira de Árbitros e Mediadores, Aureo Simões Junior, acredita que falta divulgação e conhecimento da sociedade do instituto.

<sup>94</sup> SILVA, José Afonso da. *Poder Constituinte e Poder Popular*. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.155. “É preciso repisar aqui a idéia, já lançada antes, de que o direito de acesso à Justiça, consubstanciado no dispositivo em comento, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o direito a uma decisão justa. Não fora assim, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo”.

<sup>95</sup> Jairo Saddi em seu texto “*O Princípio da Boa-fé e a Arbitragem*” na obra coletiva sobre a coordenação do Prof. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme “*Aspectos práticos da Arbitragem*”, menciona a possibilidade da utilização da arbitragem na recuperação de empresas com base na Lei de Falências (11.101/05).

Outro ponto que considero muito importante para que a arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos, enquanto justiça privada, seja utilizada e aproveitada pelos cidadãos, é o trabalho dos advogados<sup>96</sup> para que apresentem o processo ou procedimento para seus clientes.

O artigo 21<sup>97</sup> da Lei 9.307/96 deixa evidenciado que o advogado pode assistir a parte, portanto, sua intervenção não é obrigatória, entretanto, temos o artigo 133 da Constituição Federal c/c com o artigo 2º da Lei. 8.906/94 de que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Evidentemente houve brados quanto à constitucionalidade do artigo 21 da Lei de Arbitragem em análise com o citado dispositivo constitucional, porém, citando Carlos Alberto Carmona, entendemos que não há que se falar em inconstitucionalidade, seja porque a Lei foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, seja porque a Lei Arbitral privilegiou a autonomia da vontade, sendo contraditório fosse a parte obrigada a somente participar de uma arbitragem assistida por advogado<sup>98</sup>.

Outra vantagem pouco difundida é que as partes podem optar pela instituição da arbitragem como forma para solução do conflito, a qualquer tempo, até mesmo caso a situação já tenha sido posta em juízo, bastando para tanto a renúncia das partes ao Judiciário.

Entretanto, o que efetivamente ocorre é a utilização da arbitragem previamente convencionada, ou seja, as partes antes mesmo de firmarem algum

---

<sup>96</sup> Verifico no contato diário com os advogados certo temor que a utilização da arbitragem torne desnecessária a intervenção do advogado, já que não há obrigatoriedade de sua participação, segundo o artigo 21 da Lei. 9307/96, o que não procede, pois o cliente, ao contrário, ao conhecer o procedimento não só irá estreitar os laços e negócios profissionais como perceberá a necessidade do advogado de sua confiança a tudo acompanhando.

<sup>97</sup> “Art.21...

§ 3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem a represente ou assista no procedimento arbitral.”

<sup>98</sup> Ainda que não obrigatória é salutar e quando não necessária a intervenção do advogado, profissional habilitado que poderá ajudar a parte desde a elaboração da cláusula arbitral e dentro do contexto, do espírito da lei arbitral auxiliar como verdadeiro mediador, inclusive. Cite-se o juizado especial de causas até 20 (vinte) salários mínimos que não é obrigatória a assistência por profissional habilitado do direito, entretanto é muito comum a parte procurar advogado pois tem ciência que terá melhor possibilidade de alcançar um resultado positivo.

negócio ou relação, já tem em mente a instituição da arbitragem como competente para dirimir eventual conflito, firmando a cláusula compromissória ou arbitral, que será analisada mais adiante.

Cito o recente mutirão da Justiça<sup>99</sup> pela conciliação ocorrida nos últimos anos no mês de dezembro, vejo, porém, que se os advogados das partes instruísem, seus clientes da possibilidade da opção por meio da arbitragem, expondo claramente das vantagens do procedimento, como celeridade e ausência de possibilidade de recurso, me pergunto se não trariam mais benefícios, para a justiça, para o cliente e para o advogado.

O esforço do Conselho Nacional de Justiça é louvável, com certeza, porém, falta um requisito essencial para o sucesso da empreitada, qual seja a vontade das partes. A tentativa de conciliação nesses termos é imposta<sup>100</sup>, não partiu ou emanou das partes e sim de um órgão do Poder Judiciário. Cito audiência que compareci no ano de 2007, a parte requerida, empresa de telefonia, não tinha a mínima intenção de conciliar, veio com proposta padrão.

Carece ainda esses mutirões a meu ver de um critério<sup>101</sup> e ou análise mais profícua em relação aos processos chamados para a audiência conciliatória.

São características da arbitragem, como exposto, a celeridade da celebração do ato da audiência, da realização das provas e conseqüente decisão, e não menos importante, a ausência de recurso<sup>102</sup> contra a decisão arbitral.

Mas é importante que as partes envolvidas estejam imbuídas de boa-fé e tenham a intenção de resolver o conflito rapidamente, para que se aproveitando das características do processo arbitral, por meio da justiça privada, obtenham o direito tutelado e ou pelo menos a pacificação social com o fim da controvérsia.

---

<sup>99</sup> [www.conciliar.cnj.gov.br](http://www.conciliar.cnj.gov.br)

<sup>100</sup> O objetivo é conciliar, porém, da intimação constam termos como revelia, condenação, máxime a intimação para o ato nem sempre respeitar um termo razoável entre o ato da intimação e a data da audiência.

<sup>101</sup> Nos dois últimos anos compareci, na qualidade de advogado, aos mutirões, porém, os processos objeto da tentativa de conciliação eram de recente distribuição, porque não se chamou para conciliação, processo parado há mais de cinco anos na distribuição da segunda instância?

<sup>102</sup> No sentido de revisão por outra instância ou órgão. Cabem embargos de declaração nos termos do artigo 30 da Lei. 9.307/1996, e ainda a decisão pode ser declarada nula nos termos do artigo 32 da citada lei.

#### 1.4. ACESSO À JUSTIÇA

Antes de adentrarmos propriamente no estudo do acesso à justiça no âmbito da arbitragem, relevante se faz mencionar que o significado, amplitude e até a própria compreensão do que significa Justiça, é questão controversa, debatida e com várias interpretações, no campo do direito e da filosofia.

O termo **justiça** do latim *iustitia*, numa visão genérica e concebida pelo homem médio, diz respeito à igualdade de todos os cidadãos. É o princípio básico de um pacto social que visa manter a paz social através da preservação dos direitos pela obediência à princípios constitucionais, ou na sua usa em casos concretos por meio da pacificação de litígios.

*“Justitia est constans et perpétua volúntas jus suum cuique tribúere”*<sup>103</sup>. (Ulpiano, Dig. 1, 1, 10).

Cabe ainda por ser parte notável da literatura portuguesa, mencionar a justiça poética clássica de Camões em seu romance os Lusíadas. No romance épico, Camões fala das viagens de Vasco da Gama, numa narração épica de feitos e heróis, retratando a justiça do mais forte, de um rei que utiliza o Estado, realçado quando da estrofe que remete a *Inês de Castro*.

*Passada esta tão prospera victoria,  
Tornado Affonso à lusitanta terra  
A se lograr da paz, com tanta gloria  
Quanta soube ganhar na dura guerra;  
O caso triste, e digno de memoria.  
Que do sepulchro os homens desenterra,  
Aconteceu da misera e mesquinha.  
Que, depois de ser morta, foi rainha.*<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> “Justiça é a constante e perpétua vontade de dar a cada um o que lhe corresponde em direito”. Tradução de V. Cesar da Silveira.

A justiça em seu sentido amplo tem a função precípua de ordenar, de delimitar, de impedir a desordem e o caos. O que seria da sociedade sem a atenção a princípios de justiça?

Nos dizeres do Professor Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

A presença, pois, da justiça, como uma espécie de código de ordem superior, cujo desrespeito ou violação produz resistência e cuja ausência conduz à desorientação e aos sem-sentido das regras de convivência, pode-nos levar a admiti-la como um princípio doador de sentido para o universo jurídico.<sup>105</sup>

Evidentemente, que o senso de justiça e não só a concretização dela (justiça material), é algo que depende de vários fatores e determinantes. Uma decisão pode ser dada com justiça mas não ser justa. Uma decisão pode condenar alguém que não tenha contribuído diretamente para o dano (responsabilidade objetiva), entretanto, e podemos citar casos midiáticos a “justiça” é considerada feita quando um estelionatário é preso, quando um pedófilo é condenado. Em várias situações as pessoas sequer tem conhecimento da questão processual ou o histórico dos fatos, mas para elas a **justiça** foi feita.

Com essas considerações e trazendo-as para nosso centro de atenção, verificamos que é sendo comum a todos que habitam o poder judiciário, partes, advogados, juízes, que a demora demasiada na efetiva prestação jurisdicional compromete o acesso à justiça.

Importante mencionar que não compreendemos acesso à justiça como acesso aos tribunais, mas sim a obtenção da solução da demanda, do litígio ou da controvérsia posta, ou nos dizeres<sup>106</sup> do eminente José Renato Nalini:

---

<sup>104</sup> CAMÕES, Luiz de. Os Lusíadas. Lisboa: Imprensa Nacional, 1889. p. 130.

<sup>105</sup> FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Op. cit, 2007. p. 366.

<sup>106</sup> Texto extraído do livro – *Novas Perspectivas no Acesso à Justiça* – Revista da Justiça Federal – n.3, artigo 08.

*Insatisfatória a estrita visão do acesso à Justiça como acesso aos tribunais. Se este é o coroamento do Estado de Direito, é também – e simultaneamente – um direito meramente formal, tantos são os obstáculos antepostos ao acesso da pessoa à ordem jurídica justa.*

Compreendo o procedimento arbitral não só como forma alternativa de solução de conflitos, mas também como forma e meio efetivo de acesso à justiça<sup>107</sup>.

Como exposto por Garth e Cappelletti:

*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.*<sup>108</sup>

São indiscutíveis os efeitos nefastos do tempo sobre o processo, e a meu ver, mesmo com uma ação distribuída e exercido o direito constitucional de acesso à justiça<sup>109</sup>, não está tendo o jurisdicionado verdadeiro e efetivo acesso à justiça, na medida em que receberá a prestação jurisdicional provavelmente uma década após o início do processo, e sem a garantia que tal prestação terá efetividade com a liquidação do débito, da obrigação, etc.

Não podemos deixar de notar que uma das causas da lentidão dos processos, é o abuso do direito de defesa, principalmente quando o autor depende economicamente do bem perseguido, situação que acentua a desigualdade entre as partes, como mencionado por Luiz Guilherme Marinoni<sup>110</sup>, que conclui que tal situação, transforma o decantado princípio da igualdade em uma abstração irritante.

<sup>107</sup> Luiz Guilherme Marinoni ao tratar do acesso à justiça no processo brasileiro diz: “Como a garantia constitucional de acesso à justiça incide sobre a estrutura técnica do processo “de iure condenado” e “de iure conditio”, é dever de o processualista extrair das normas uma interpretação que permita a construção de um “processo justo”, isto é, de um processo que atenda aos valores constitucionais em uma perspectiva concreta e não meramente formal”. Ob. cit., p. 371.

<sup>108</sup> CAPPELLETI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Safe, 1998, p.12.

<sup>109</sup> Art. 5º da Constituição Federal da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

<sup>110</sup> *Antecipação de Tutela*. 9ª ed., Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2006, p. 342.

O artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal acrescentado pela EC. 45/04 asseguraria a todos, seja no âmbito processual ou administrativo a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação, sendo que sabemos isso não ocorre, frustrando o direito básico de qualquer pessoa à solução do litígio sem dilações indevidas.<sup>111</sup>

Donaldo Armelin sobre o assunto disse:

*A efetividade do processo está umbilicalmente vinculada à sua rapidez e celeridade em propiciar uma prestação de tutela jurisdicional eficaz. A morosidade nessa prestação sempre foi uma questão a desafiar a argúcia e o talento dos cientistas do processo e dos legisladores.*<sup>112</sup>

Importante ressalva faz Rodolfo de Camargo Mancuso<sup>113</sup> ao citar que é necessária uma mudança de mentalidade, dentre todos aqueles que operam com o direito de que:

*... o acesso à justiça não é um convite e menos ainda um incentivo para um estado de beligerância entre os jurisdicionados e deles em face do Estado, e sim uma garantia residual de que serão apreciadas, e sendo possível, eliminadas as crises de certeza, satisfação e segurança, ao pressuposto de a controvérsia ter se revelado impossível por outros meios.*

A Constituição de 1988 garante o acesso à justiça, porém, como observado, por Rodolfo de Camargo Mancuso, a lei magna não mostra como se saí dela (justiça).

As palavras de Rui Barbosa proferidas no já longínquo ano 1924 nunca foram tão apropriadas:

<sup>111</sup> STF, Pleno, HC 85237-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 17.3.2005, v., DJU 29.4.2005)

<sup>112</sup> “Acesso à justiça”, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, v. 31, p. 171/182, jun./89.

<sup>113</sup> Revista Autônoma de Processo, número 1, p. 172.

*Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça, qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do árbitro (Juiz) contraria o direito escrito das partes, e assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.*<sup>114</sup>

De sorte que o procedimento<sup>115</sup> arbitral ao de forma efetiva e incontestada dar às partes a celeridade e a garantia de uma decisão proferida em tempo razoável<sup>116</sup> atende não só ao que dispõe a Constituição Federal, mas também age como instrumento valioso de pacificação social, ao dirimir um conflito, como pode se presumir se reduz toda a carga emocional nele existente, ao contrário de uma expectativa carregada por vários anos.

Entendo, assim, que a Arbitragem é meio, sim, de acesso à justiça, posto que a Justiça Pública, ao prestar uma justiça tardia, comete uma injustiça, uma não justiça, como já dizia o grande Rui Barbosa nos idos de 1924.

O acesso à justiça aqui concebido trata da obtenção do título executivo, em tempo passível de garantir a efetividade da decisão<sup>117</sup>.

O procedimento arbitral pode e deve ser encarado como forma alternativa ao Poder Judiciário, e não como concorrente e ou ser analisado como uma diminuição da importância da Justiça Pública, pelo contrário, deve ser aceito pela sociedade, nela englobada, o cidadão e os operadores do direito, sejam eles juízes ou advogados, como meio eficaz de acesso à justiça, desafogando o Poder Judiciário.<sup>118</sup>

<sup>114</sup> *Elogios Acadêmicos e Oração de Parainfo* – Editora Revista de Língua Português, 192, p.381, Apud, SODRÉ, Antonio, Op. Cit, p. 19.

<sup>115</sup> Neste trabalho em algumas oportunidades ora farei referência à utilização da arbitragem como procedimento arbitral ora como processo arbitral, já que não existe uma nomenclatura determinada pela doutrina.

<sup>116</sup> Existem discrepâncias e ou variação de acordo com o caso concreto, mas casos de menor complexidade, tem uma decisão arbitral proferida em seis meses e outros que demandem uma maior complexidade, podem obter uma decisão arbitral em prazo de um a dois anos, no máximo.

<sup>117</sup> Cabe salientar a reforma do Código de Processo Civil, com a Tutela Antecipada e as alterações da fase executiva do processo, são interessantes, mas não tem carga efetiva para solução de todas as mazelas do Poder Judiciário, para uma maior rapidez no trâmite dos processos. (lei 10.444/2002 e lei 11.232/2005)

<sup>118</sup> Recente levantamento realizado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (Conima) demonstrou que a utilização da arbitragem e da mediação cresceu mais de 45% e 83% respectivamente nos últimos seis anos no Brasil, demonstrando a crescente procura por meios alternativos de resolução de conflitos. Rafael Villac Vicente de Carvalho, advogado da área empresarial e representante do Peixoto e Cury Advogados em Nova York. Disponível em: < [http://www.revistafatorbrasil.com.br/ver\\_noticia.php?not=29683](http://www.revistafatorbrasil.com.br/ver_noticia.php?not=29683) > Acesso em 05 mar. 2008.

O acesso à justiça<sup>119</sup> não deve ser encarado como mera possibilidade de acesso ao Poder Judiciário e ou acesso físico aos “quintais” dos fóruns, mas sim, a meu ver, ligado diretamente à efetividade, ao resultado, ao direito de obter o jurisdicionado uma decisão célere.

Acesso à justiça é obter o direito e ou a concretização do efeito jurídico<sup>120</sup> e não ficar preso em um emaranhado de leis processuais, recursos, perder a motivação, o entusiasmo e a crença na justiça.

Tal fato não passou despercebido pelos legisladores e operadores do direito, tanto que é sensível o esforço da comunidade jurídica na criação de leis e mecanismos que dêem efetividade às pretensões trazidas à apreciação do Poder Judiciário, nos dizeres de Kazuo Watanabe<sup>121</sup>:

*O direito e o processo devem ser aderentes a realidade, de sorte que as normas jurídico-materiais que regem essas relações devem propiciar uma disciplina que responda adequadamente a esse ritmo de vida, criando mecanismos de segurança que reajam com agilidade e eficiência às agressões ou ameaças de ofensa. E, no plano processual, os direitos e pretensões materiais que resultam da incidência dessas normas materiais devem encontrar uma tutela rápida, adequada e ajustada ao mesmo compasso.*

Cito como exemplo da eficiência e celeridade do procedimento arbitral uma situação locatícia, na qual as partes já incluem no contrato de locação a cláusula compromissória arbitral, indicando o árbitro ou Câmara Arbitral competente para dirimir o conflito, em no máximo 30 (trinta), 45 (quarenta e cinco) dias, as partes

<sup>119</sup> Em sessão de comemoração dos 200 anos do Judiciário promovida pelo Tribunal Superior do Trabalho, a presidente do Supremo Tribunal Federal, Ellen Gracie, disse que o acesso à justiça é: “*prerrogativa essencial para o fortalecimento da democracia*”. Fonte: Agência Brasil. <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/10/18/materia.2007-10-18.2369690579/view> - consultado em 10 março 2008.

<sup>120</sup> Em seu Dicionário Jurídico Tributário, Eduardo Marcial Ferreira Jardim, assim o conceitua: “Resultado advindo da incidência da lei em casos concretos”.

<sup>121</sup> *Da Cognição no Processo Civil*. 2a ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 143, *apud* MAIDAME, Manoel Márcio. *Impenhorabilidade e Direitos do Credor*. São Paulo: Juruá, 2008

terão uma decisão e um título para ser executado, no caso de não cumprimento espontâneo da obrigação.

A utilização do procedimento arbitral a meu ver ainda está muito aquém de sua capacidade e potencial, ainda se comparada com os processos judiciais, mas acredito que se difundida para a população em geral, salientada sua rapidez, celeridade e ainda da obtenção de uma decisão com o mesmo respaldo da proferida por um juiz togado, da qual não cabe recurso, passará a ser encarada como forma valiosa de acesso à justiça.

Cabe ainda a título de ilustração mencionar o sistema americano<sup>122</sup> de soluções alternativas de conflitos, que tomou corpo em 1976, durante uma apresentação na *Pound Conference*, sobre a insatisfação do povo americano com o sistema judiciário.

Em sua obra o Professor Paulo Fernando Silveira indica que o professor Frank. E. A. Sander da Universidade de Harvard apresentou o programa vinculando à destinação dos casos a porta apropriada (*multi-door courthouse*) e quanto à abrangência, a solução por meio da conciliação, mediação<sup>123</sup>, *arbitragem* e os serviços sociais e governamentais.

O programa passou por várias etapas, passando a se desenvolver mais plenamente a partir de 1985, por meio das técnicas ADR (*Alternative Dispute Resolution*).

Por fim, especificamente a arbitragem, neste sistema (ADR) ela tem algumas semelhanças com o nosso instituto e algumas diferenças. As diferenças mais evidenciadas são que o programa é administrado pelo poder judiciário (Superior Corte de Columbia) e que o árbitro necessariamente tem que ser um advogado credenciado. As semelhanças é que o árbitro nesse caso o advogado administra o

---

<sup>122</sup> Tiramos esse tópico da obra do ilustre Prof. Paulo Fernando Silveira. *Tribunal arbitral: nova porta de acesso à justiça*, p. 12/32.

<sup>123</sup> Entre 1987 e 1989 todos os processos civis foram suspensos por uma semana e voluntários mediaram cerca de 700 a 900 casos. Essa semana como a Semana do Acordo. Esse sucesso encorajou a *Superior Court of Columbia* a tornar disponível, durante todo o ano, a mediação aos litigantes civis, mesmo nos casos mais complexos. SILVEIRA, Paulo Fernando, Op. cit, p.15.

caso, ouvindo as partes, colhendo as provas de fato e de direito e emite seu julgamento.<sup>124</sup>

Como dito pelo Ministro Cesar Asfor Rocha, no processo civil brasileiro a luta contra o tempo tem sido uma preocupação constante desde o início da elaboração do Código de Processo Civil de 1973, e não só da doutrina do direito, mas, evidentemente, das partes, que tem na morosidade da justiça, seu maior tormento, na busca da *emblemática* justiça social e jurídica.<sup>125</sup>

Reforça-se, assim, a importância da arbitragem que tem em sua constituição, a celeridade e a ausência de recurso de suas decisões, duas armas importantíssimas contra a morosidade que paira sobre a justiça estatal.

---

<sup>124</sup> Que poderá ou não ser obrigatório (binding), se for torna-se sentença judicial, se não (non-binding), as partes podem (com certeza a parte insatisfeita) solicitar ao Poder Judiciário, novo julgamento, por novo árbitro.

<sup>125</sup> Op. cit, p. 85.

## 2. ARBITRAGEM – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A arbitragem como forma de solução de conflitos remonta à antiguidade. Basicamente a arbitragem e quanto a isso não mudou ao longo do tempo consiste no arbitramento<sup>126</sup> de um homem de bem. Nada mais é do que a intervenção de uma pessoa que goza da confiança das partes e com a anuência destas resolve a questão pendente.

Os meios de solução dos conflitos passaram por três estágios ao longo do tempo: a) Autotutela (vingança forçada, física); b) Autocomposição (renúncia, transação) e; c) Heterocomposição (mediação, conciliação, arbitragem, processo judicial).

### 2.1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a necessidade da utilização de formas alternativas de solução de conflitos, sem a interferência do Poder Judiciário, para obtenção de uma pacificação social e respeito à dignidade da pessoa humana, sem prejuízo do direito constitucional que o cidadão tem de obter uma decisão em tempo razoável.

O conhecimento mesmo que não absoluto do desenvolvimento da história da arbitragem possibilita uma melhor compreensão do instituto, sua evolução e a importância como instrumento para solução de controvérsias.

Ao tratar da evolução histórica da arbitragem, vinculada ao Brasil, faço alusão às palavras do Professor Dalmo de Abreu Dallari: “é uma novidade muito antiga”.

---

<sup>126</sup> George Washington ao elaborar seu testamento e prevendo disputas sobre seu patrimônio se manifestou neste sentido: “todas as disputas (se infelizmente alguma surgir) deverão ser decididas por três homens imparciais e inteligentes, conhecidos pela sua probidade e discernimento; dois serão escolhidos pelos litigantes cada um deles tendo o direito de escolher um, o terceiro será escolhido por estes dois”. E mais, “Estes três homens assim escolhidos, não limitados pela Lei ou por construções legais declararão seu entendimento sobre a intenção do Testador; e tal decisão será, para todos os fins, tão vinculativa para as partes como se tivesse sido exarada pela Suprema Corte dos Estados Unidos”. Texto traduzido livremente por Carlos Alberto Carmona. Op. cit., 2006, p. 109.

Como diz José Cretella Neto<sup>127</sup> para entender a evolução da arbitragem através da História é preciso lembrar, que, nos primórdios da História humana inexistia o conceito de “Estado”, sendo, o poder concentrado nas mãos do monarca e de classes de nobres, sacerdotes e funcionários encarregados da administração do reino. De sorte, que as pendências, os litígios se resolviam na força física, prevalecendo o regime da vingança privada não regulamentada e da autotutela.

Na seqüência veio a fase da autocomposição, mais ainda sem uma figura reguladora, ou seja, se o cumprimento da composição efetivada entre as partes não fosse cumprido, ainda se recorreria à força.

Ainda segundo José Cretella Neto<sup>128</sup>, a partir de determinado momento, criou-se a figura do “poder central”, figura semelhante ao conceito de Estado, que avocou para si o poder de punir, porém, como é cediço, de forma no mais das vezes, arbitrária e unilateral. A desconfiança desse poder central e déspota levou os particulares a nomearem terceiros, pessoas dignas de confiança para decidirem a controvérsia. Surgiu a figura do árbitro.

Na Grécia<sup>129</sup>, o procedimento arbitral coexistiu com o processo estatal, até o século II a.C. Era difundida a idéia de que o árbitro visava a equidade e o juiz se atinha a lei, noção que persiste até os dias de hoje.<sup>130</sup>

No direito romano o compromisso tinha feição parecida com o hoje aplicado e a arbitragem podia atingir qualquer direito disponível e se efetivava como uma extensão dos poderes do juiz e a *justitia bonae fidei*.

---

<sup>127</sup> *Curso de Arbitragem*, Editora Forense, p.05.

<sup>128</sup> *Op. cit.*, p. 06.

<sup>129</sup> No direito grego, como ensina Hermes Lima, a questão principal não era o conhecimento de como a lei dispunha, mas, sim, saber, como em face do caso concreto de aplicação da lei ao caso concreto, reagiria a consciência ética do povo. *Introdução à ciência do direito*. 4ª ed., Editora Nacional de Direito Ltda.: Rio de Janeiro, 1944, p. 228.

<sup>130</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 7ª ed., Editora Atlas: São Paulo, 2007, p. 535.

Extrai-se do discurso de Cícero, na *Oratio pro Roscio Comoedo*<sup>131</sup>, a distinção clara entre o julgamento e a decisão do árbitro: “uma coisa é o julgamento, outra a arbitragem. Comparece-se ao julgamento para ganhar ou perder tudo”.

Na idade média, o instituto ganhou força, pela sua reiterada utilização pela Igreja Católica, trazendo por meio das invasões bárbaras na Europa, a solução privada dos litígios.

A Arbitragem contemporânea, por sua vez, tem sua aplicação em outros países, largamente difundida.

Importante anotar que o uso da arbitragem era costumeiro no âmbito internacional no final do século XIX, tendo sido alvo de debates nas Conferências de Paz de Haia<sup>132</sup>, de 1899 e 1907.

Na União Soviética<sup>133</sup>, por exemplo, a arbitragem se apresenta de duas formas: a pública, de acordo com a lei, para dirimir controvérsias entre empresas nacionalizadas ou entre diferentes ministérios e a convencional, que exclui de sua competência os cidadãos soviéticos, tratando das questões relativas ao comércio internacional.

A arbitragem pública que se originou de um decreto de 1918, foi organizada em 1931 e passou por modificações em 1960, 1974 e em 1979, está prevista na Constituição Russa de 1977, no capítulo XX intitulado “Jurisdição e Arbitragem”.

Na Argentina, em decorrência da vigência da Lei nº 24.573, há o estabelecimento da exigência da mediação, em caráter obrigatório, antes do ingresso de qualquer ação em sede civil ou comercial.

---

<sup>131</sup> Discurso de Cícero no ano 67 A.C, em favor de seu amigo Roscio, um ator, processado por Fannius Chaerea, que pretendia receber de Roscio indenização em razão da morte de escravo assassinado ao qual Roscio tinha ficado de ensinar o ofício da arte cômica.

<sup>132</sup> Como se infere do Código de Processo Civil e Comercial da província de Buenos Aires de 1986, p.71: “ La corte Permanente de Arbitraje de La Haya surgió de las Conferencias realizadas en esa ciudad en 1899 y 1907. No tenía la estructura de un tribunal ni tampoco carácter de permanência como su nombre lo indicaba”.

<sup>133</sup> David, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. Martins Fontes: São Paulo, 2002, p.287.

Saliente-se que o Código Processual Civil e Comercial da Argentina, em seus arts. 736 a 773, e os Códigos de Procedimentos Civil e Comercial de cada uma das Províncias Argentinas prevêem a arbitragem. No Paraguai, a arbitragem está inserida no seu Código de Processo Civil, por via dos arts. 774 a 835.

O Código Geral de Processo da República Oriental do Uruguai regula a arbitragem nos arts. 472 a 507. Inequívoco e de ampla difusão que a arbitragem tem ampla importância e alcance nos Estados Unidos.

No MERCOSUL, a resolução de controvérsias por arbitragem entre os Estados membros, encontra-se prevista no Protocolo de Olivos.<sup>134</sup>

Diante da criação do Protocolo de Olivos e do crescimento da arbitragem, especialmente no Brasil, após o advento da Lei 9.307/1996, é de se notar que, aos poucos, a arbitragem está se consolidando como importante instrumento para solução de controvérsias no âmbito do MERCOSUL.<sup>135</sup>

## 2.2. ANTIGUIDADE

José Maria Rossani Garcez<sup>136</sup> aduz que existem registros de mediação, 3.000 anos antes de cristo e de que no Oriente antigo, por meio de uma Câmara composta

---

<sup>134</sup> O Protocolo de Olivos foi assinado em 2002 pelos membros do Mercosul, entrando em vigor em 2004, com o objetivo de solucionar controvérsias e de minimizar as suas diferenças. Criou-se, através desse protocolo, o Tribunal Permanente de Revisão (TPR), com o fim de controlar a legalidade das decisões arbitrais. Um estágio seguinte poderá ser a criação de uma corte permanente do Mercosul. O TPR é formado por cinco árbitros designados um por Estado, por um período de dois anos, renovável por até duas vezes consecutivas. A escolha do quinto árbitro será feita por unanimidade, para um período de três anos, não renovável, salvo acordo em contrário. No caso de dois Estados se envolverem em uma controvérsia, três árbitros integrarão o Tribunal. Dois deles serão nacionais dos dois Estados-parte litigantes e o terceiro, que será o presidente, será sorteado entre os demais árbitros que não sejam nacionais dos referidos Estados. Caso a controvérsia envolva mais que dois Estados, o Tribunal contará com a totalidade de seus árbitros. As votações e deliberações seguirão o princípio majoritário e serão confidenciais. Os laudos do TPR possuirão força de coisa julgada. O TPR será sediado em Assunção mas poderá se reunir, em caso de necessidade devidamente justificada, em outras cidades do Mercosul. Está previsto no Protocolo de Olivos que os árbitros supracitados deverão ser juristas de reconhecida competência e ter conhecimento do conjunto normativo do Mercosul. Deverão ser imparciais em relação à administração pública e sem interesse de qualquer natureza na controvérsia. Fonte: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo\\_de\\_Olivos](http://pt.wikipedia.org/wiki/Protocolo_de_Olivos).

<sup>135</sup> PUCCL, Adriana Noemi; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.) *Aspectos práticos da Arbitragem*. Quartier Latin: São Paulo, 2006, p.60

<sup>136</sup> Op. cit., p.15.

por três árbitros, denominada Beth-Diam, resolviam os litígios privados pela via arbitral, conforme referência feita na obra *Arbitragem a Justiça Alternativa*, p.17.

Na antiguidade um exemplo a ser citado é um caso de arbitragem entre as cidades Estados da Babilônia, cerca de 3.000 a.C.<sup>137</sup>

A arbitragem era utilizada por gregos e romanos, como se pode inferir de passagens literárias, de Cícero e Sêneca.

Citando Antonio Sodré reiteramos a interessante distinção entre o juízo arbitral e o juízo togado, realizada por Cícero, no *Pro Roscio Comoedo*: “uma coisa é o julgamento, outra uma arbitragem... vem-se a julgamento para perder ou ganhar todo o processo, tomam-se árbitros com a intenção de não perder tudo ou não ganhar tudo”.<sup>138</sup>

Tal lição e ou pensamento vem de encontro com o espírito da arbitragem, ou seja, as partes ao optarem pela instituição do procedimento têm em si, a intenção de resolver o conflito rapidamente, independentemente de uma decisão não todo favorável. Aquele que opta pelo procedimento arbitral a meu ver é mais suscetível a conciliar e conciliar é renuncia.

Como é cediço, na história da humanidade e mais precisamente em relação ao direito romano, houve fases em relação aos conflitos, como a Lei de Talião – vingança privada que previa castigo análogo ao ato punido.

Posteriormente a fase da “autotutela” se verificou a existência de formas de “heterocomposição” com a solução dos conflitos pela atuação da justiça pública.

Nos julgamentos arbitrais, o pretor conferia ao árbitro a incumbência de receber e decidir o litígio, sendo a decisão irrecorrível. O imperador Justiniano gerou reformas de modo a tornar possível a execução da parte que descumpria o laudo

---

<sup>137</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Código de Processo Civil Brasileiro*. Tese (doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 1990, p.33.

<sup>138</sup> SODRÉ, Antonio. Op. Cit, p. 108.

arbitral, pois, somente a exeqüibilidade era *bona fidei* (boa-fé)<sup>139</sup> ou *stipulatio poenae* (pena em caso de descumprimento)<sup>140</sup>, de sorte que, no período romano, a importância da arbitragem, sua autonomia e eficácia executiva, ganhou importante relevância.

Já no final do século XIX a arbitragem se tornou corriqueira nas relações internacionais, tendo sido objeto de discussão nas Convenções de Haia.

### 2.3. BRASIL

No Brasil, a arbitragem já era prevista pela Constituição de 1824 em seu artigo 160, por ela admitida que fosse às causas cíveis e penais civilmente intentadas.

E confirmada na legislação posteriormente advinda como, em regra, uma faculdade outorgada aos litigantes.

Dela cuidaram, dentre outras leis, o Código Comercial<sup>141 142</sup> de 1850, o Código Civil<sup>143</sup> de 1916, os Códigos Estaduais<sup>144</sup> e os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, sendo que neste último já contava a arbitragem com pouco renome,

<sup>139</sup> Conforme, V. Cesar da Silveira. *Dicionário de Direito Romano*, p. 347, essas *iudicia*, tinham em comum a sanção à falta de *fides* (fé). “*Just est ars aequi er boni*”. A frase de Cícero repousa na noção moral do respeito às convenções e na fé jurada e sobre a noção de equidade. O que é de uso e costume deve incluir-se nos juízos de boa-fé (*Ulpiano*, DIG. 2, 1, 31).

<sup>140</sup> SODRÉ, Antonio, Op. Cit, p.109.

<sup>141</sup> A arbitragem citada nos artigos, 245, 294, 664 e 846, demonstrando a relevância da arbitragem nas relações mercantis.

<sup>142</sup> No Código Comercial anotado de 1864, do acervo de meu avô Professor José Scaciota, curioso notar os comentários do Juiz Municipal e de Orphãos (sic) de Mangaratiba, Rio de Janeiro, S. O de Araújo Costa, acerca do artigo 245: “Muito sem tem dito contra o juízo arbitral pelo modo por que o temos: de facto não póde ser mais perigoso do que é, de, em vez de olhar-se para um juiz, busca-se um defensor que cada parte escolhe, esperando de suas opiniões extremas que se produzem, a verdade, quando ahi deva ser a justiça difficil, senão impossivel”. Em relação ao artigo 846, se faz remissão ao artigo 1190 do Código Comercial Português, e ao Código Comercial Francês.

<sup>143</sup> O Código Civil de 1916 em seus artigos 1.037 a 1.048 tratava da arbitragem voluntária como forma de solução de conflito.

<sup>144</sup> O do Estado de São Paulo, Código do Processo Civil e Commercial, tratava da arbitragem em seus artigos, 1139 a 1155, que entrou em vigor em 1/07/1930, bem como foi o juízo arbitral, tema do Código do Processo do Districto Federal (vigência a partir de 02/04/1925), o de Santa Catharina (vigência concomitante com a Lei. 897, de 29/08/1911, do Estado da Bahia (1916) e de Minas (1923).

não mais sendo importante meio de solução de conflitos perante a sociedade brasileira.

Como nos ensina Jacob Dolinger<sup>145</sup> a faculdade de as partes indicarem o direito a ser aplicado, como admitido pela arbitragem, é objeto de longa divergência entre autores clássicos da disciplina. (Pimenta Bueno, Clóvis Bevilacqua, Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho). Menciona que em 1912, Lafayette Rodrigues Ferreira apresentou à Comissão Internacional de Jurisconsultos Código de Direito Internacional Privado, no qual a autonomia de vontade em contratos internacionais, em seu artigo 60, rezava: “ A doutrina exposta nos dois precedentes artigos pode ser alterada ou derogada pela vontade das partes (autonomia), porquanto lhes é lícito estipular nos seus contratos que sejam eles regidos em tudo e por tudo pelo direito de um país determinado”.

Impossível retratar de forma fiel e correta a origem e evolução seqüencial da arbitragem junto aos povos antigos, em face da diversidade<sup>146</sup> e das diferentes formas de aplicação na solução de conflitos.

Ao falar sobre o tema José Maria Rossani Garcez<sup>147</sup> indica que na República Popular da China a mediação é bastante utilizada em conflitos interpessoais, comunitários e cíveis, através dos Comitês Populares de Conciliação e dos tribunais de conciliação.

Indica ainda o jurista que o Japão utiliza a mediação no meio empresarial e ambiental, sendo ainda obrigatória a mediação familiar em casos de divórcio, bem

---

<sup>145</sup> *A Autonomia da Vontade para Escolha da lei Aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro*. In. *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 73.

<sup>146</sup> Síntese de Sálvio de Figueiredo Teixeira: “Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na “ordo judiciorum privatorum”: o processo das legis actiones e o processo per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da cognitio extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.”

<sup>147</sup> *Os Conflitos Humanos e Sociais*. Editora Del Rey, p. 06.

como se utilizam da mediação países como Indonésia, Sri Lanka, Filipinas, Austrália, Nova Zelândia e Melanésia.

No plano interno, no que pese, antes do advento da Lei de 1996 não houvesse tratamento legislativo para a cláusula arbitral, no plano internacional, diversos tratados procuraram atribuir eficácia a avença.

Um dos primeiros é o Protocolo de Genebra, de junho de 1923 que foi subscrito pelo Brasil em 24 de setembro de 1923, vindo a ratificá-lo em 05 de fevereiro de 1932. Curioso notar que a Convenção de Nova Iorque (1958)<sup>148</sup> que praticamente substituiu o Pacto de Genebra só foi aprovada e promulgada pelo Brasil apenas em 2002.

Assim, apenas se tem conhecimento de um caso levado aos Tribunais<sup>149</sup>, que aplicou o art. 4º do Tratado de Genebra, já que antes foram poucos que incluíram cláusula compromissória em seus contratos, com receio de inoperância e ou eficácia no caso de litígio.

Posteriormente, com o advento da Lei. 9.307/1996 e com a declaração de constitucionalidade da Lei pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem voltou à tona, máxime ainda esteja muito aquém de sua capacidade, ressalvada a celeridade, informalidade e sigilo do procedimento.

Abrimos um parêntese para expor posição de Maristela Basso<sup>150</sup> em relação ao uso da expressão informalidade que prefere a utilização “desformalização” mais adequada ao instituto, já que caracteriza segunda ela, ao que concordamos “não criar regras”, “evitar procedimentos padronizados”, “evitar solenidades”.

---

<sup>148</sup> Interessante notar que a União Soviética participou ativamente pela arbitragem no comércio internacional, tendo assinado e ratificado a Convenção de Nova Iorque, de maio de 1958.

<sup>149</sup> Trata-se de Recurso Especial n.º 616-RJ, relatado pelo Min. Cláudio Santos (vencido), sendo o acórdão redigido pelo Min. Gueiros Leite e assim ementado: “Cláusula de arbitragem em contrato internacional. Regras de Protocolo de Genebra de 1923.1. Nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo, a cláusula arbitral prescinde do ato subsequente do compromisso e, por si só, é apta a instituir juízo arbitral.2. Esses contratos têm por fim eliminar as incertezas jurídicas, de modo que os figurantes se submetem a respeito do direito, pretensão, ação ou exceção, à decisão dos árbitros, aplicando-se aos mesmos a regra do art 244, do CPC, se a finalidade for atingida 3. Recurso conhecido e provido. Decisão por maioria. (In Revista do Superior Tribunal de Justiça. 37:263-290, 3ª Turma, julg. em 24.4.90)

<sup>150</sup> *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*, in memoriam, p.02.

Atualmente e depois de findos os questionamentos sobre a constitucionalidade ou não da lei de arbitragem, começaram a serem criadas várias Câmaras, Comissões e ou Tribunais Arbitrais que prestam serviços privados aos interessados em resolver a questão por meio de uma decisão arbitral, e podemos citar, dentre outras:

- Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro;
- Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio do Paraná;
- Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (FIESP);
- Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Minas Gerais;
- Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-(Canadá),
- Tribunal Arbitral de São Paulo – TASP;
- CAESP – Conselho Arbitral de São Paulo;
- MEDIAR São Paulo – Câmara de Mediação e Arbitragem;
- Tribunal Federal Arbitral;
- Tribunal Regional de Justiça Arbitral;
- Tribunal Arbitral da Educação, Cultura e Desporto do Brasil, entre outros.

### 3. PROCESSO ARBITRAL

O processo ou procedimento arbitral assim concebido pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 2006, iniciativa de projeto do Senador Marco Maciel, que possibilita a resolução de conflitos por meio da arbitragem de direitos patrimoniais disponíveis. O processo arbitral sempre é facultativo, voluntário, máxime abolida a arbitragem obrigatória no território brasileiro em 1866. Importante salientar que ainda que esteja o procedimento arbitral devidamente embasado na Lei arbitral é por meio da cláusula compromissória que as partes devem indicar importantes requisitos no que tange ao processo arbitral (sede da arbitragem, árbitro ou câmara escolhido, direito a ser aplicado, etc.).

#### 3.1. INSTALAÇÃO

Prevê a lei 9.307/1996 que qualquer controvérsia, conflito ou desentendimento que diga respeito a direitos que as partes possam livremente dispor pode ser resolvida por arbitragem.

Por exemplo, tudo que possa ser estabelecido em um contrato pode ser solucionado por arbitragem.

Em suma, direitos disponíveis, por via oposta, os direitos indisponíveis<sup>151</sup>, não podem ser objeto de apreciação pela via arbitral.

Uma vez nomeado competente o Tribunal Arbitral, a controvérsia ou litígio necessariamente por ele será apreciado, obrigando-as partes quanto ao resultado.

Da Sentença arbitral não cabe recurso, e não é necessária homologação.

---

<sup>151</sup> Nome da pessoa, estado civil, impostos, delitos criminais etc. Enfim, todas as questões que estão fora da livre disposição das pessoas e que só podem ser resolvidas pelo Judiciário.

A parte vencida deve cumprir espontaneamente a obrigação, porém, se não o fizer, aquele que foi vencedor, deve procurar o Judiciário<sup>152</sup> para execução da Sentença Arbitral.

*A Lei de Arbitragem, no § 4º do seu art. 22, prevê expressamente que os árbitros havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa. A Lei, é verdade, não prevê a hipótese de essas medidas tornarem-se necessárias antes da instauração do juízo arbitral. Não prevê porque não é necessário. A lógica e o bom senso estão a dizer que se essas medidas podem ser pleiteadas ao Judiciário depois, por mais forte razão podem também antes (TJ/RJ, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º 16.879/2003, rel. Dês. Sérgio Cavaliere Filho, 24.11.03).*

A Lei sobre a Arbitragem no Brasil compõe-se de 7 (sete) capítulos e 44 (quarenta e quatro) artigos.

Naquele contrato que já prevê a arbitragem como forma competente para dirimir eventual controvérsia, a parte interessada comunica a outra por carta<sup>153</sup> ou outro meio inequívoco de que pretende da início a instalação do procedimento.

É da boa cautela que o contrato já indique os árbitros e ou Tribunal aptos para a apreciação da controvérsia. Nada impede, outrossim, que caso as partes de comum acordo indiquem árbitro único<sup>154</sup>. O árbitro pode ser qualquer pessoa, independentemente de ter formação jurídica, o único requisito é gozar da confiança das partes.

---

<sup>152</sup> Não obstante aquele que lhe tem a Sentença arbitral desfavorável quando resiste, faz com que a parte vencedora procure o Judiciário para a execução da Sentença arbitral, sendo que o Judiciário tem acolhido as sentenças arbitrais e refutado medidas procrastinatórias de evitar o cumprimento da decisão:

Relator(a): Zélia Maria Antunes Alves  
Comarca: São Paulo  
Órgão julgador: 13ª Câmara de Direito Privado  
Data do julgamento: 13/02/2008  
Data de registro: 29/02/2008

**Ementa:** Agravo de instrumento - Ação de cumprimento de sentença arbitral - Título executivo judicial - Determinação de suspensão da ação de cumprimento sentença arbitral até o julgamento final da ação de anulação parcial de sentença arbitral - Inexistência de conexão ou prejudicialidade, a Justificar a suspensão da ação de cumprimento de sentença arbitral - Inaplicabilidade do art. 265, inciso IV, letra "a", do CPC - Recurso provido

<sup>153</sup> Quando no contrato já está definida uma Câmara ou Tribunal o interessado se dirige diretamente a este órgão que por sua vez se incumbem de chamar a outra parte a participar do procedimento.

<sup>154</sup> Situação não usual, pela experiência prática é mais usual a indicação de Câmara ou Tribunal que já possui seu quadro de árbitros, mas em caso de árbitros indicados pelas partes, esses escolherão o terceiro, para que não haja risco de empate.

Caso o árbitro escolhido não aceitar o encargo, as partes devem proceder à nova escolha.

Existem similaridades entre o processo arbitral e o Código de Processo Civil, no que tange a tentativa de conciliação<sup>155</sup>.

Como mencionado por Antonio Sodré<sup>156</sup>, a conciliação é tentada pelo árbitro, na audiência a que são chamadas às partes, sendo certo que se perceber a possibilidade efetiva de conciliação poderá adiar o procedimento por horas ou dias.

Importante, ainda, que por ser o árbitro aquele que proferirá a decisão, as partes já vêm relevância nos atos praticados e nas palavras ditas, ao contrário da mediação ou ainda da conciliação extraprocessual ou a praticada pelo Tribunal de Justiça, na qual quem coordena os trabalhos são pessoas, em alguns casos, carentes de qualificação e totalmente afastadas do processo ou da decisão a ser proferida, não vendo, assim, as partes, relevância ou importância no ato.

Caso haja acordo, os árbitros irão proferir uma sentença arbitral homologatória, conforme previsto no artigo 26 da Lei. 9.307/1996.<sup>157</sup>

Cabe ainda indicar que nos termos do artigo 2º da lei arbitral, as partes podem optar pelo julgamento de direito ou de equidade<sup>158</sup> e ainda dispor livremente acerca das regras a serem aplicadas ao procedimento, desde que não haja violação aos bons costumes e ordem pública.

<sup>155</sup> O artigo 21 da Lei 9.307/1996 indica que os árbitros devem tentar a conciliação antes da instauração do procedimento arbitral, como consta no artigo 125, inciso IV do Código de Processo Civil.

<sup>156</sup> Op. cit, p. 34.

<sup>157</sup> “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I -...

II -...

III -...

§º único: A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

<sup>158</sup> Na qual o legislador, explícita ou implicitamente, permite ao órgão jurisdicional a solução do caso concreto por equidade, como ocorre expressamente com o art. 11, da Lei n. 9.307/96. (Maria Helena Diniz em sua obra, *Compêndio de Introdução à ciência do Direito*, 17ª Edição, Saraiva: São Paulo, 2005, p. 471).

Cabe a título de ilustração mencionar a posição de Hermes Lima<sup>159</sup> sobre eqüidade, na qual se denota que por ela se pode por ela buscar um julgamento mais justo<sup>160</sup>, mais humano, benigno. Indica que a eqüidade intervém, para adaptar a excessiva dureza da lei em casos concretos, adaptando a norma a condições especialíssimas que a regra do direito não poderia prever.

O vocábulo eqüidade tem várias interpretações. Gérard CORNU<sup>161</sup> descreve cinco: a) justiça fundada na igualdade, objetivando dar a cada um o que é seu; b) justiça ao caso particular; c) atenuação, moderação, razoabilidade na aplicação do direito; d) maneira de decidir o litígio fora das regras do Direito, com base em critérios, tais como a razão, utilidade, proporcionalidade, paz, moral, etc.; e) justiça superior ao Direito positivo, justiça ideal, Direito Natural.

Podemos concluir, portanto, que no julgamento por eqüidade o árbitro ao decidir o faz com base na sua consciência, livre de formalismos ou preso a eventual norma, busca-se, ao menos em tese, a justiça pura. O fato, o conteúdo aplicado ao resultado é mais importante do que a essência, a forma.

Para a Professora Selma Ferreira Lemes:

*Em decorrência, a sentença arbitral por eqüidade passa a ser recepcionada de forma diferente e em novo contexto, pois, o juiz, em determinadas situações, também exara juízo de eqüidade, haja vista as cláusulas gerais (boa-fé, confiança, onerosidade excessiva, bons costumes, “decidir as circunstâncias” etc.).<sup>162</sup>*

O julgamento por eqüidade na arbitragem pressupõe a primazia da justiça sobre a lei. Evidente que tal não importa em julgamentos afastados do Direito ou da lei, porém, a busca do árbitro será pelo justo, pela decisão mais próxima do correto no sentido amplo da palavra. Tanto no julgamento por eqüidade como no julgamento

<sup>159</sup> *Introdução à ciência do direito*, p. 85.

<sup>160</sup> Importante fazer constar que a decisão **por** equidade, refere-se à equidade substitutiva. Não se confunde com decisão **com** equidade, que é toda decisão que pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal de justiça. Conf. Selma Ferreira LEMES. *A Arbitragem e a Decisão por Equidade no Direito Brasileiro e Comparado*. In: *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 189.

<sup>161</sup> Apud, *Ibidem*. p. 193

<sup>162</sup> *Ibidem*. p. 191.

com base no direito estrito, o que se busca é a justiça, e da mesma forma, tanto em uma situação como a outra a decisão deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

### 3.2 – CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

A cláusula compromissória esta prevista no artigo 4º da Lei 9.307/1996.<sup>163</sup>

A cláusula como já tratamos pode ou não estar prevista no contrato a ser discutido, ou seja, a cláusula pode ser estabelecida concomitantemente com a avença ou em momento posterior (art. 4º, §º único da Lei. 9.307/1996), da mesma forma é necessário que quando da celebração do compromisso arbitral, seja a cláusula o mais especifica possível, quanto à indicação do árbitro ou árbitros competentes para a solução do litígio, sob pena de se estar diante de uma cláusula arbitral vazia.<sup>164</sup>

Importante ainda ressaltar que analisando o art. 19 da Lei 9.307/1996 se constata que a cláusula compromissória<sup>165</sup> muito embora importante para a instituição do procedimento arbitral não é essencial para que a arbitragem ocorra, já que o citado artigo faz menção ao fato de que escolhido o árbitro será instituída a arbitragem.

O parágrafo segundo do art. 4º, dispõe acerca da validade da cláusula compromissória nos contratos de adesão, estipulando condições para sua validade. Diz que, a concordância do aderente deverá ser expressa, em documento apartado ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

---

<sup>163</sup> “Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam a vir surgir, relativamente a tal contrato.”

<sup>164</sup> O art. 7º da Lei. 9307/1996 cuida das cláusulas compromissórias vazias ou incompletas quanto à instituição do juízo arbitral, sendo necessário o socorro do Poder Judiciário para dirimir ou suprimir a omissão.

<sup>165</sup> Modelo de Cláusula Compromissória: “Qualquer divergência, controvérsia ou litígio decorrente da interpretação ou execução deste contrato, deverá ser resolvido por meio de arbitragem por intermédio do TRIBUNAL ARBITRAL \_\_\_\_\_, sito na Rua \_\_\_\_\_, nº \_\_\_\_\_, Bairro \_\_\_\_\_, na cidade de \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, nos termos de seu regulamento, com renúncia expressa de qualquer outro foro por mais privilegiado que seja, conforme Lei nº 9.307/96.”

No que pese as ressalvas acima, entendo ser passível de argüição de nulidade a tentativa de instalação do procedimento arbitral com base em cláusula compromissória oriunda de contrato de adesão. A Lei consumerista é clara que a cláusula abusiva ou prejudicial ao consumidor é tida como não escrita<sup>166</sup>.

Márcio André Medeiros Moraes<sup>167</sup> propõe para litígios de consumo de pequeno valor a criação de Tribunais Arbitrais de Consumo, que teriam mais capacidade e qualidade para acompanhar as mudanças diárias que se acumulam nas relações de consumo normalmente ligadas a avanços tecnológicos. Diz que a arbitragem entre comerciantes já está sedimentada, mas que a arbitragem de litígio de consumo é recente, até mesmo pela jovialidade do Código de Defesa do Consumidor.

Acredito que com a mudança de mentalidade que a sociedade está a buscar e na qual a arbitragem tem papel importante a idéia de se criar Tribunais Arbitrais de Consumo ou Câmara de Conciliação<sup>168</sup> pode e deve ser acolhida como base para momento próximo de evolução nas relações entre particulares.

---

<sup>166</sup> Em consonância com nosso entendimento transcreve-se parte de julgado do Superior Tribunal de Justiça da lavra do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, que fala da nulidade de cláusula arbitral unilateralmente imposta em contrato de adesão: "Sobre o tema, o colegiado a quo entendeu que tal cláusula é abusiva porque o consumidor não pôde influir na elaboração do contrato de adesão e por expressa disposição do Art. 51, VII da Lei 8.078/90. Não se discute agora a força cogente da cláusula arbitral e que a sua inobservância é causa para a extinção do processo sem julgamento do mérito. Discute-se a inserção da cláusula em contrato elaborado unilateralmente pela construtora. Estamos diante de um contrato de promessa de compra e venda de imóvel, celebrado entre uma Construtora e uma pessoa física, tratando de relação de consumo entre as partes. Para a Lei 8.078/90, (Art. 54) contrato de adesão é "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo."

Ora, nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, o consumidor não discute o conteúdo do contrato: ou adere ou não adquire o bem pretendido. Sobre o tema, nossa jurisprudência:

"1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 54, caput), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, v.g., comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. "(Resp 59.870/PARGENDLER) Na hipótese, a cláusula contratual que impôs a arbitragem foi declarada abusiva, nos termos dos artigos 4º, I e 51, IV e VII do CDC, em especial este último inciso, que considera nula cláusula contratual que torna compulsória a arbitragem. A construtora impôs como condição para celebração do contrato, a aceitação dessa cláusula compromissória, não houve liberdade de opção em relação a ela.

<sup>167</sup> *Arbitragem nas relações de consumo*. Editora Juruá, p. 213.

<sup>168</sup> José Geraldo Brito Filomeno em seu Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p.47, diz: "Fala-se já, no âmbito de Federação do Comércio de São Paulo, e salutarmente, das chamadas Câmaras de Conciliação, ou seja, juntas certamente formadas por representantes do comércio e/ou indústria e consumidores, para a resolução conciliatória de conflitos individuais nascidos de dadas relações de consumo".

Atualmente, entretanto, na relação direta do cliente e empresa (vendedor e ou produtor), acredito e a cláusula arbitral é temerária, pois, saberá de forma clara, transparente e sem sombra de dúvida o aderente da renúncia a apreciação pela controvérsia pelo Poder Judiciário, de que a decisão a ser proferida será insuscetível de recurso? Acredito que não! Máxime já ter sido tirado a autonomia de vontade quanto a escolha do direito a ser aplicado ao litígio.

De sorte que mesmo havendo concordância expressa do aderente à cláusula compromissória<sup>169</sup>, entendo que a inclusão de cláusula compromissória em contrato de adesão é temerária, pois, a possibilidade de não conhecimento integral sob o que está se obrigando é de alta probabilidade.

A meu ver somente na hipótese de uma cláusula compromissória vazia<sup>170</sup> e ou a firmada em contrato de adesão é que podem ser objeto de intervenção do Poder Judiciário, nos demais caso a busca pela intervenção estatal deve ser rechaçada, por ser contrária ao espírito da lei arbitral e por ausência de legitimidade da parte recalcitrante.

A autonomia da cláusula compromissória é tamanha, que mesmo que o contrato a qual esteja vinculada seja declarado nulo, não será necessariamente nula a cláusula compromissória.<sup>171</sup>

Cabe ao árbitro analisar, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 8º, decidir de ofício ou por provocação das partes, questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e contrato que contenha a cláusula compromissória.

Este dispositivo da lei arbitral institui o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, que revela a autonomia dos árbitros em decidir sobre eventuais argüições de nulidade ou validade do contrato e dá cláusula compromissória. Assim, decorre que a lei

---

<sup>169</sup> Retornamos a dois pontos já discutidos: a importância do advogado de forma a assessorar a parte na fase pré-contratual e do desconhecimento de grande parte da população da lei arbitral.

<sup>170</sup> O art. 7º da Lei de arbitragem determina ainda que a sentença que julgar o procedente do autor valerá como compromisso arbitral, indicando o árbitro, ainda, se for o caso.

<sup>171</sup> Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade desta não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

brasileira, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, facultou às partes a escolha da competência quanto a quem e sobre qual direito será aplicável sobre o litígio que pretendem ver dirimido.

A existência, por lógica<sup>172</sup>, decorre quando as partes, maiores e capazes, declaram que pretendem que questão patrimonial disponível<sup>173</sup> seja dirimida por meio da arbitragem. Sendo inclusive, prejudicial, a cláusula compromissória, em relação ao Poder Judiciário para apreciação de matéria se expressamente prevista.

Neste sentido, bem elucidada HUMBERTO THEODORO JÚNIOR<sup>174</sup>, em seu Curso de Direito Processual Civil, Forense, 2001, à p. 277:

*Na sistemática primitiva do Código, a cláusula compromissória não obrigava, nem prejudicava o direito de recorrer à jurisdição, porque se entendia que ninguém poderia ser previamente impedido de recorrer ao Poder Judiciário. Com o novo regime de arbitragem, instituído pela Lei nº 9.307, basta existir entre as partes a cláusula compromissória (isto é, a promessa de submeter-se ao juízo arbitral) para ficar a causa afastada do âmbito do Judiciário. Esta cláusula funciona, portanto, como o impedimento ao exercício do direito de ação, tornando a parte carecedora da ação por ausência da condição de possibilidade jurídica do respectivo exercício. Se a convenção de arbitragem é anterior ao processo, impede sua abertura; se é superveniente, provoca sua imediata extinção, impedindo que o órgão judicial lhe aprecie o mérito.*

A convenção por sua vez é válida e é capaz de gerar efeitos se os requisitos já mencionados forem observados, qual seja objeto idôneo e apto para ser objeto de decisão arbitral, partes capazes e declaração espontânea de vontade.

O artigo 9º trata do compromisso arbitral, que é o negócio jurídico firmado pelas partes, na qual convencionam que qualquer litígio oriundo da relação havida será dirimido pela arbitragem, ao qual, é recomendado, tenha, no compromisso

---

<sup>172</sup> Conforme definição de Alaôr Caffé Alves: “lógica é a ciência das leis ideais do pensamento e a arte ou a técnica de aplicá-las corretamente à indagação (busca) e à demonstração da verdade.”.

<sup>173</sup> Art. 841 do Código Civil, in verbis: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

<sup>174</sup> Citação extraída da Apelação Cível n.º 95664-0/188 – 200600243278 da Comarca de Goiânia da lavra do Relato Juiz Benedito Soares de Camargo Neto.

firmado a assinatura dos árbitros nomeados, seja para que não haja recusa posterior da parte destes, seja para marcar o prazo para início da contagem para a prolação da sentença arbitral.

Os artigos seguintes<sup>175</sup>, especialmente, o 10º e o 11º, tratam das especificidades, parte integrante do compromisso arbitral, como qualificação das partes, indicação do árbitro, objeto do litígio, competência (*ratione loci*), autorização para aplicação<sup>176</sup> da equidade<sup>177</sup>, prazo para apresentação da sentença arbitral, determinação sobre pagamento de honorários e sua fixação e custas.

O artigo 12 trata das hipóteses de extinção do compromisso arbitral, a constante do inciso I, ocorre caso haja negativa do aceite da nomeação pelo árbitro (s) indicado (s) e as partes tenham declarado expressamente não aceitarem substituto. O inciso II, a situação é igualmente vinculada ao árbitro (s), porém, com uma carga mais dramática, impossibilidade de voto ou falecimento, e mantida a não possibilidade de substituição.

Resta ressaltar a posição de Carlos Alberto Carmona<sup>178</sup> que indica não haver qualquer incompatibilidade entre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro, por terem abrangência distinta e total capacidade de co-existirem.

A última possibilidade de extinção do compromisso arbitral é quando constar prazo para a prolação da sentença arbitral e o árbitro mesmo notificado nos termos

---

<sup>175</sup> Os requisitos constantes do artigo 10º são obrigatórios enquanto os do artigo 11º são facultativos. Particularmente, entendo que quanto mais específico e minucioso for o compromisso arbitral, menores são as chances de dúvida e por consequência da existência de questionamentos por qualquer das partes.

<sup>176</sup> O árbitro poderá julgar pela equidade caso tal seja objeto de convenção entre as partes, caso contrário o julgamento se dará pela arbitragem de direito.

<sup>177</sup> Equidade consiste na adaptação da regra existente à situação concreta, observando-se os critérios de justiça e igualdade. Pode-se dizer, então, que a equidade adapta a regra a um caso específico, a fim de deixá-la mais justa. Ela é uma forma de se aplicar o Direito mas sendo o mais próximo possível do justo para as duas partes. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Equidade>.

<sup>178</sup> LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (coords). *Arbitragem. Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 45. Como previsível seria, diz Carmona, com a maior utilização da Arbitragem, é comum chegarem ao Judiciário demandas sobre questões ligadas a arbitragem, visando refina-la. Indica ainda decisão do Rio de Janeiro pela qual o Tribunal em sede de Apelação, indicou que o foro de eleição, constante de contrato, destinava-se apenas ao exame de eventuais demandas que não pudessem ser submetidas à arbitragem, “*não se revelando qualquer irregularidade na manifestação de vontade das partes em submeter a solução do conflito de direitos disponíveis à arbitragem*”.

do inciso III do artigo 12, não a proferir em 10 (dez) dias, o compromisso será extinto, pela desídia do árbitro.

### 3.3. DAS PROVAS

Como tratado no Capítulo 1.3, o procedimento arbitral é informal e não tão rigoroso quanto o processo judicial, mas nem por isso não existem regras e certas formalidades.

A lei 9.307/96 em seu art. 22 quando trata das provas indica que o árbitro pode ouvir testemunhas, tomar o depoimento das partes e ainda determinar de ofício a realização de provas que julgue necessária ou realizá-las em razão de provocação das partes, em razão de sua qualidade de juiz de fato e de direito (art.18).

No procedimento arbitral, quando se protesta por provas, é salutar e de qualquer forma pertinente, requerer a produção de todos os meios de prova<sup>179</sup> em direito admitidos por mais especial que sejam, pois na arbitragem, toda e qualquer prova é admitida<sup>180</sup>, ainda que não seja uma prova tradicional no direito pátrio.

De sorte que as partes e ou seus advogados quando forem assistidas, são notificados dos atos praticados no procedimento (audiências, realização de provas, etc.).

A ausência da parte ou de quem a representa em determinado ato, audiência, por exemplo, acarreta à parte faltante o ônus da revelia e não obstante tal situação nada impede que a parte revel seja vencedora do procedimento, se o árbitro assim entender possível com análise das outras provas existentes.

---

<sup>179</sup> Afinal a prova é o meio pelo qual a parte pretende formar o convencimento do juiz e ou do árbitro, tentando seduzi-lo de que suas alegações merecem acolhida. Criar na mente do julgador ou daquele que decide a mesma certeza que o levou às barras do Tribunal, seja ele arbitral ou judicial.

<sup>180</sup> SCAVONE Junior, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2008, p. 147.

Como sabemos o árbitro ou Câmara Arbitral não têm poder coercitivo, de sorte que em determinadas situações, como oitiva de testemunhas ou produção de determinada prova, poderá o árbitro ou Câmara recorrer ao Poder Judiciário.<sup>181</sup>

Assim, se verifica que em relação à colheita e instrução das provas a função do árbitro é muito semelhante a do juiz togado. E da mesma forma, como se depreende da lei arbitral, se aplica à prova na arbitragem os mesmos princípios do ônus da prova.<sup>182</sup>

Quanto ao custeio da prova como ensina Carlos Alberto Carmona<sup>183</sup>, poderão as partes fixar no compromisso arbitral, fixação diversa da responsabilidade ordinária<sup>184</sup>, ou seja, rateio em igual parte, custeio por quem instaurou o procedimento, e da mesma forma poderão determinar a seqüência da realização dessas provas.

Veja que o custeio e ou a remuneração daquele que intervêm para a solução do litígio ou da controvérsia posta deve ser remunerado, pelo trabalho realizado, até mesmo para fomentar o instituto e sua aplicação.

Já em 1903 no direito italiano<sup>185</sup> já se falava em “do mediador e do contrato de mediação”.

Destarte, em razão do não formalismo excessivo do procedimento, e por não estar o árbitro preso ao que dispõe o Código de Processo Civil, realizar as provas da forma que melhor lhe aprouver, bem como determinar a realização de provas desconhecidas da legislação pátria<sup>186</sup>, mais comum de serem praticadas nos Estados Unidos, como o *Discovery* (acesso à documentação integral de uma parte

---

<sup>181</sup> Conforme o § 2º do artigo 22 da Lei. 9307/96.

<sup>182</sup> O Código de Processo Civil disciplina em seu art. 333, o ônus da prova, cabendo ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito e ao réu o ônus de provar a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.

<sup>183</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 2ª Ed. Atlas: São Paulo, 2006, p. 260.

<sup>184</sup> A praxe mesmo na arbitragem é que a parte que requereu a prova arque com os custos para sua produção.

<sup>185</sup> REZZARA, Jacopo. *Dei Mediatori e del contratto di mediazione*: “Dicesi comunemente diritto di mediazione il compenso che le parti contraenti devono al mediatore, quando l’opera sua abbia portato alla conclusione di un determinato affare”, p. 197.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 261.

pela outra) e ou a oitiva de um especialista sobre determinado assunto para dar subsídios ao procedimento e ao árbitro.

No procedimento arbitral é possível o pedido contraposto. Tal hipótese se dá na instituição do procedimento com base em uma cláusula cheia, e a parte instada a se submeter ao procedimento, não só contesta o pedido da parte contrária, como faz pedido em nome próprio.

### 3.4. OS ÁRBITROS

Os árbitros<sup>187</sup> podem ser qualquer pessoa, desde que capazes nos termos do Código Civil, devendo apenas gozar da confiança das partes e serem indicados em número ímpar<sup>188</sup>, para que não possa haver empate.

Importante ressaltar que o árbitro não necessita ser advogado e, ou seja, do universo jurídico.<sup>189</sup>

Na obra de V. Cesar da Silveira<sup>190</sup>, temos uma definição de árbitro com base no direito romano, pela qual árbitro é quem assume a função de juiz entre as partes.

Na referida definição de árbitro, Cesar da Silveira, cita *Raymond Monier*<sup>191</sup>, que diz que o árbitro é “pessoa escolhida livremente e amigavelmente por duas ou várias pessoas, com o fito de regular uma questão litigiosa sem comparecer perante o Magistrado”.

Em relações internacionais, podemos citar conteúdo de jurisprudência da Universidade do Equador no que tange à figura do árbitro:

---

<sup>187</sup> “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.”

<sup>188</sup> Como também consta da Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) espanhola em seu art.12. “Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.”

<sup>189</sup> Particularmente entendo ser prudente que o árbitro tenha formação jurídica até mesmo para que possa reunir em si o conhecimento necessário para o aproveitamento do procedimento em sua integralidade.

<sup>190</sup> *Dicionário de Direito Romano*. São Paulo: José Bushatsky, 1957. p. 82.

<sup>191</sup> *Man. élémentaire de droit romain*. Paris, 2 vols.

*El árbitro puede estar designando em el mismo pacto. Esto, por ejemplo, ocurre respecto de los países que han aceptado lá cláusula opcional del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.*

*El árbitro puede ser uma o más personas, individualmente consideradas, uma o más Gobiernos, un organismo internacional o um tribunal de justicia. Em el mismo pacto, generalmente, se establece el “procedimiento” a que debe sujetarse el árbitro em su actuaciones.*

É de se notar que as câmaras arbitrais têm corpo de árbitros nos quais é mais comum a existência de árbitros com conhecimento jurídico. Porém, tem se verificado igualmente a existência de árbitros especialistas, ou seja, aqueles árbitros especialistas nas áreas objeto da matéria. Assim, uma questão que envolve questão de engenharia, o árbitro será um engenheiro, se for uma questão relativa à computação e ou informática, o árbitro será um técnico em computação ou processamento de dados, e daí em diante.

Evidentemente, sem prejuízo de não constar expressamente na Lei, do árbitro<sup>192</sup> se espera e dele se exige as mesmas qualidades pessoais de um juiz togado: reputação ilibada, ética, qualidades, portanto, objetivas e subjetivas, que formam um conjunto de qualidades pessoais, morais e éticas a dar à figura do árbitro a reputação necessária, dando legitimidade ao procedimento e segurança às partes.

A escolha dos árbitros pode ocorrer de diversas formas. As partes consensualmente escolhem um árbitro único para dirimir o conflito. Pode ocorrer, ainda, de cada parte escolher um árbitro e estes indicarem um terceiro<sup>193</sup>. Ou, as partes levando a controvérsia para análise por Câmara o Tribunal arbitral, aceitarem a indicação à instituição arbitral. Como a escolha é livre, podem ser formuladas outras situações.

---

<sup>192</sup> A Lei de Arbitragem no entendimento de Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e Processo*, São Paulo, Ed. Atlas, 2006, p.202), não faz qualquer restrição a que o analfabeto ou o estrangeiro possam exercer a função de árbitro. Evidentemente que em relação ao primeiro é improvável se imaginar um iletrado resolvendo causa complexa, e quanto ao estrangeiro, conquanto faça ressalva de posições contrárias (Alexandre Freitas Câmara e Paulo Furtado, por exemplo), Carlos Alberto Carmona, indica que a Lei não determina que o uso do vernáculo ou que a Sentença seja redigida na língua nacional.

<sup>193</sup> Caso os árbitros não cheguem a um consenso quanto a indicação do terceiro membro, pode este ser indicado pela instituição arbitral nomeada pelas partes, ou ainda, pelo Juiz nos termos do art. 7º da Lei. 9.307/96.

Como consta do § 6º do artigo 13, da Lei de Arbitragem:

“§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.”

Verifica-se que o árbitro deverá ser imparcial, a que isso não se credite postura de neutralidade e desatenção<sup>194</sup>. A imparcialidade se consubstancia em uma reunião de qualidades intrínsecas ao julgador, como inteligência, moralidade, ética, capacidade de reunir em si qualidades excepcionais.

Evidentemente que é de rigor expressar que se o árbitro foi indicado pela parte, que este goze de confiança única daquela parte que o indicou e não da outra parte integrante do processo, sendo ao menos a meu ver, por critérios de bom-senso e razoabilidade, presumir que sua “imparcialidade” não pode ser tomada como absoluta.

Essa imparcialidade, entendo, fica comprometida quando o árbitro é escolhido diretamente pela parte, já que a indicação por si só já demonstra certa intimidade e ou ausência da distância entre parte e árbitro, razão mais do que necessária, portanto, que haja um terceiro árbitro que poderá ser esse sim eqüidistante e imparcial<sup>195</sup> no sentido completo da palavra.

Quando os árbitros são ou fazem parte de Câmara Arbitral, imagina-se que as partes confiam na entidade arbitral e por conseqüência no corpo de árbitros da instituição, não tendo com estes nenhuma ligação direta ou indireta, o que não acontece quando da nomeação direta do árbitro.

---

<sup>194</sup> Conforme Selma Lemes em sua tese de pós-graduação, “Árbitro – Princípios de Independência e da Imparcialidade.

<sup>195</sup> Aquele que não é parcial. Que não tem prevenção e favor nem contra pessoas ou coisas.

De sorte que para exacerbar essa qualidade e gozar da confiança das partes, as entidades arbitrais, no mais das vezes, criam códigos<sup>196</sup> de ética para os árbitros, nos quais disciplinam normas de conduta, atuação e procedimentos.

Quanto à competência, o que se espera é que o árbitro tenha conhecimento, aptidão e, portanto, apto a dirimir a controvérsia a ele trazida. Não raro como dito, o árbitro é especialista na matéria discutida. A lei arbitral, os envolvidos no procedimento, e especialmente as partes, esperam e acreditam numa decisão proferida com qualidade e dotada de especificidade técnica. Deve ainda o árbitro ser diligente, tratando a causa sob sua responsabilidade, como todo o zelo, empenho e esforço na busca da verdade, de forma a alcançar a justiça.

Por derradeiro, o árbitro deve agir com discrição, ser discreto. Deve se comportar de acordo com o que se espera num procedimento arbitral, ou seja, atentando para o fato do sigilo, da confidencialidade, limitando seus comentários ao estritamente necessário para a instrução do procedimento. Podem as partes delimitar no compromisso arbitral, inclusive, os limites desse sigilo, com regras quanto à obrigação de não fazer e aplicação de penalidades no caso de violação (quebra do sigilo).

Apenas a título de curiosidade e para que não se diga que é toda pessoa capaz e que goze de confiança das partes pode ser árbitro, devemos ressaltar a hipótese daqueles impedidos em função de condição própria especialíssima, como os juízes togados.<sup>197 198</sup>

---

<sup>196</sup> O Conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP), em sua página na internet disponibiliza o Código de Ética para os Árbitros, mencionando algumas condutas dignas de um árbitro, entre outras:

- “O árbitro deve reconhecer que a arbitragem fundamenta-se na autonomia da vontade das partes, devendo centrar sua atuação nesta premissa.”

- “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e confidencialidade, bem como exigir que esses princípios sejam rigidamente observados pela instituição em que for escolhido, visando proporcionar aos demandantes uma decisão justa e eficaz da controvérsia.”

<sup>197</sup> O art. 26 da LOMAN diz que o Magistrado poderá perder o cargo, por meio de procedimento administrativo, se, praticar atividade concomitante com a Magistratura, salvo o magistério:

a) exercício, ainda que em disponibilidade, de qualquer outra função, salvo um cargo de magistério superior, público ou particular;

<sup>198</sup> Curioso notar que tal impedimento não vigia no Código de Processo Civil e Commercial (sic) do Estado de São Paulo de 1/07/1930, no qual se um dos árbitros indicados fosse juiz de primeira ou segunda instância, a homologação da sentença arbitral seria dispensada.

Quando não houver escolha de árbitro único, e sim um colegiado, a escolha do presidente, caberá aos demais árbitros<sup>199</sup>, salvo, se as partes, dentro de sua plena autonomia de vontade, tiverem determinado de outro modo.

Na legislação brasileira a escolha do presidente do tribunal é de grande relevância, pois nos termos do art.24, § 1º<sup>200</sup>, cabe a ele o voto de minerva, bem como é o responsável pela condução do procedimento, fixando prazos, designação de audiências, realização de diligências, nomeação de peritos, etc.

Na arbitragem é vedado (critério não absoluto) ao árbitro atuar em causas das quais existam motivos para argüição de sua suspeição<sup>201</sup> ou impedimento, sendo que as razões são as mesmas previstas aos juízes togados pelo Código de Processo Civil.

Os impedimentos constantes do rol dos incisos do art.134<sup>202</sup> do Código de Processo Civil partem de critérios objetivos, concretos, e pretendem evitar situações, tais como, de que ninguém seja juiz em causa própria, de que o juiz esteja impedido de julgar causas em que o advogado de uma das partes seja seu cônjuge ou parente, ou ainda, por exemplo, que participe de julgamento de ação de pessoa jurídica, da qual é parte integrante do corpo diretivo.

---

<sup>199</sup> Por meio de votação, não se chegando a consenso, será eleito presidente, o árbitro mais idoso.

<sup>200</sup> § 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

<sup>201</sup> “Diante de tais falhas não há qualquer dúvida que a sentença prolatada é nula, diante da nulidade do compromisso arbitral e da suspeição do árbitro referido, forte no art. 32, I e II, da lei mencionada, tendo a demanda sido proposta dentro do prazo legal sinalado pelo art. 33 da Lei n.º 9.307/96. Por estes motivos, nego provimento à apelação interposta” (TJ/RS, 12ª Câmara Cível, Apelação Cível n.º70.005.797.774, rel. Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 03.03.03).

<sup>202</sup> “Art. 134 - É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.”

Já por sua vez as causas de suspeição<sup>203</sup> são motivos que podem levar ao afastamento do árbitro e ou juiz, porém, não são critérios concretos, objetivos, irrefutáveis, como o são as causas de impedimento. Em sua aplicação prática, a suspeição, no mais das vezes é argüida por critérios subjetivos, como amizade íntima, inimizade capital, etc.

Interessante notar, que no processo arbitral, havendo consenso entre as partes, nada impede que seja nomeado árbitro alguém que se encaixe em alguma das vedações elencadas nos arts. 134 e 135 do Código de Processo Civil. Até mesmo um amigo, ou pessoa que supostamente tenha interesse no litígio, desde que as partes utilizando a autonomia de vontade existente no processo arbitral e tomem essa postura, a indicação é livre e o tomem por imparcial<sup>204</sup>. Posto que, uma vez superada essa questão, não há lugar para arrependimentos, ocorrendo preclusão.

Ao lado da análise da capacidade do árbitro, da ausência de situações que possam configurar impedimento ou suspeição<sup>205</sup>, ou caso existam razões, as mesmas foram relevadas pelas partes, pois, como dito, opera-se a preclusão se a parte interessada não argüir, na primeira oportunidade que dispuser, acerca de impugnações quanto à pessoa do árbitro, nos termos dos arts. 15 e 20 da Lei 9.307/96.

A parte deverá apresentar sua exceção diretamente ao árbitro impugnado ou ao presidente do tribunal arbitral, de forma escrita, aduzindo suas razões e juntando provas que julgue necessária.

---

<sup>203</sup> “Art. 135 - Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.”

<sup>204</sup> Ver nota 106.

<sup>205</sup> Como ensina Carlos Alberto Carmona (*Arbitragem e Processo*, Editora Atlas: São Paulo, 2006, p. 217), o árbitro deve revelar antes de aceitar o encargo e ou durante o procedimento, se for o caso, qualquer fato que possa gerar dúvida quanto a sua imparcialidade ou independência (duty of disclosure).

Da decisão que julgar a exceção na cabe recurso, sendo certo que caso acolhida a exceção o árbitro será o mesmo afastado do procedimento sendo substituído.<sup>206</sup>

Por fim, em relação à figura do árbitro<sup>207</sup>, é de importância ressaltar que o mesmo deve agir pautando-se pela imparcialidade, independência, boa-fé, ética e competência, de forma a deixar transparecer de forma nítida e exteriorizada o porquê da escolha pelas partes do procedimento arbitral, caso assim, não o faça poderá ser responsabilizado civil e criminalmente por seus atos.

O art. 17 da Lei arbitral diz que o árbitro no exercício da função ou em razão dela, equipara-se a um funcionário público para os efeitos da legislação penal.<sup>208</sup>

Cabe ainda aqui ressaltar que da mesma forma que acontece com as sentenças judiciais, um laudo mal editado, sem a qualidade que dele se espera, não gera a responsabilidade do árbitro, fazendo jus, inclusive, ao recebimento dos honorários fixados ou a estipulação dos mesmos, se for o caso.

O árbitro e ou colegiado responde, sim, por perdas e danos, no caso de erro quanto ao procedimento em si, como no caso de julgarem a demanda com base na equidade<sup>209</sup> e não ter sido tal autorizado pela cláusula compromissória. Responde (m), portanto na hipótese de situações em que ocorre o retardamento do procedimento arbitral, e ou quando sua ação ou omissão gerar a nulidade da Sentença arbitral.

---

<sup>206</sup> A arbitragem poderá ser extinta se as partes tiverem convencionado que não haveria substituição de árbitro, sendo que se não for caso de extinção (omissão da convenção ou ausência de consenso), se procederá nos termos do art. 7º da Lei 9.307/96.

<sup>207</sup> O código de Procedimento Civil Italiano de 1940 em seu artigo 812 indicava que os árbitros necessariamente haveriam de ser cidadãos italianos.

<sup>208</sup> O Código de Procedura Civile, lei italiana em seu art.813, item um, ao tratar da responsabilidade do árbitro diz que responde pelo dano causado a parte o arbitro que sem justificado motivo renuncia ao encargo. “con dolo o colpa grave ha omesso o ritardato atti dovuti ed e' stato percio' dichiarato decaduto, ovvero ha rinunciato all'incarico senza giustificato motivo.”

<sup>209</sup> Tércio Sampaio Ferraz aduz que a equidade pode ser considerada como a forma atualizadora da justiça. Que a generalidade da lei só pode expressar o justo através do juízo de um homem que personifica a justiça e que age conforme a equidade. A equidade é a forma da justiça conforme a lei. Estudos de filosofia do direito. 2ª ed., Editora Atlas: São Paulo, 2003, p. 206.

### 3.5. A SENTENÇA ARBITRAL

A Sentença é o ponto crucial do procedimento arbitral. Nela reside, contempla e exterioriza-se o exercício do *iudicium*. Através dela o árbitro diz o direito e pacifica a questão, cumprindo, assim, a função para qual foi indicado.<sup>210</sup>

A sentença arbitral será proferida no prazo convencionado entre as partes, e na omissão desta convenção, em prazo não superior a seis meses contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. O prazo poderá ser prorrogado por comum acordo.

Nos termos do art. 24<sup>211</sup> da Lei 9.307/96, a sentença arbitral deve necessariamente ser por meio de documento escrito, já que no caso de não cumprimento espontâneo da decisão, servirá como título judicial.

A arbitragem versa sobre questões que tratem de direitos disponíveis, sendo que têm se verificado avanços na utilização da arbitragem em situações envolvendo particulares e empresas estatais<sup>212</sup>, já que nem todos os contratos firmados por estatais versam sobre direitos indisponíveis.

Havendo argüição de matéria impeditiva de ser conhecida pelo procedimento arbitral (direito indisponível) o árbitro ou procedimento arbitral remeterá a controvérsia à esfera judicial, para que indique da existência ou não do fato impeditivo.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> MARTINS, Pedro A. Batista, Ob. Cit, p. 286.

<sup>211</sup> “Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.”

<sup>212</sup> Podemos citar, entretanto, a utilização da arbitragem no contrato de arrendamento das Termas de Lambari, na qual Rui Barbosa defendeu o Estado de Minas Gerais, depois que um laudo arbitral deu vitória a Américo Werneck, que se desinteressara da exploração da estância hidromineral de Lambari, sendo que o Estado de Minas Gerais não satisfeito com o laudo (cuja arbitragem foi requerida pelo próprio Estado) contratou os serviços de Rui Barbosa.

<sup>213</sup> §º único do artigo 25 da Lei 9.307/96.

Conforme entendimento de Selma Lemes<sup>214</sup>, a par do cenário conflituoso, não é necessária existência de lei específica para tratar de eleição da arbitragem em contratos administrativos, já que se aplica a lei 9.307/96, que não faz distinção entre pessoas jurídicas, de direito público ou as de direito privado.

Como salientado a sentença arbitral<sup>215</sup> é insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, obrigando as partes e sucessores, gerando os mesmos efeitos da sentença judicial, constituindo-se de título executivo, nos termos do art. 475, “n” do Código de Processo Civil.

Assim, a irrecorribilidade da sentença arbitral é absoluta, não sendo permitido às partes, qualquer tipo de recurso perante o Poder Judiciário, mesmo que diante de uma sentença injusta.<sup>216</sup> A arbitragem se dá por finda uma vez proferida a sentença arbitral<sup>217</sup>, nos termos do art. 29 da Lei 9.307/96.

Aqui, inclusive, cabe anotação sobre tema controvertido que é objeto de discussão latente pelos juristas: a sentença parcial. Em razão de não haver previsão de recurso contra a decisão arbitral, de logo, se verifica uma vantagem quanto ao tema na instituição da arbitragem, qual seja: criação de situações antagônicas e ou incompatíveis, contagem de prazos para recursos, etc. Evidente que no processo judicial em razão dos inúmeros recursos cabíveis, uma sentença de parte do pedido, gera anacronismo e situações atípicas.

Independente de posições doutrinárias e da possibilidade ou não da aplicação da sentença parcial em contraponto ao entendimento que a prolação da sentença é ato uno indivisível, máxime o avanço da doutrina e da legislação (Lei. 11.22 de 22-12-2005), é senso comum que já existem instrumentos que permitem o julgamento antecipado (art., 273, § 6º do Código de Processo Civil).

---

<sup>214</sup> *Arbitragem na Administração Pública*. Quartier Latin: São Paulo, 2007.

<sup>215</sup> “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

<sup>216</sup> Segundo Clávio de Melo Valença Filho, citado por Giovanni Ettore Nanni, ‘Não pode o juiz estatal interferir no mérito daquilo que foi decidido pelo árbitro, ainda que salte aos olhos eventual injustiça no julgamento. A natureza delibatória do controle estatal evita que juiz possa imiscuir-se no conteúdo da sentença arbitral.’ *Aspectos Práticos da Arbitragem*, p. 165.

<sup>217</sup> O árbitro ou o presidente do tribunal dará ciência as partes da decisão por carta registrada ou qualquer outro meio de comunicação com entrega comprovada (art.29).

Neste sentido, Pedro Batista Martins:

*A função do processo é possibilitar efetiva restauração do direito material violado, de forma justa e em tempo razoável. Somente assim o processo cumpre com sua razão de ser e é capaz de atender à efetividade. Mas, para isso, é preciso revisitarmos o direito adjetivo despojados de amarras e paradigmas. É necessário travarmos um diálogo inquisitivo e aberto com os dogmas processuais. É imperativo, portanto, uma dose extra de zetética para o aperfeiçoamento da sistemática processual.*<sup>218</sup> (grifamos)

O que ocorre é a possibilidade de impugnação da sentença arbitral, mediante ação anulatória, porém, restrito o pedido, com base nas exaustivas possibilidades constantes do artigo 32 da lei arbitral.<sup>219</sup>

Logo, se verifica que a decisão quanto a seu mérito, não é passível de reexame, a impugnação está adstrita ao rol do artigo 32 e questões de ordem pública (ausência de contraditório, ofensa ao princípio da igualdade das partes, imparcialidade do árbitro), porém, nada impede que as partes exercendo a sua plena autonomia de vontade, que no compromisso e ou convenção arbitral, estipulem eventual recurso contra a decisão arbitral.

Essa possibilidade é incontroversa e admitida por Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Nelson Alexandre Paloni, entre outros.

No que pese a possibilidade, entendo que a fixação de um recurso contra a decisão arbitral é contrária ao espírito do procedimento arbitral, cujo apelo mais evidente a meu ver, é a celeridade e a ausência do duplo grau de jurisdição.

Ademais, não podemos olvidar que a par de todas as características do processo arbitral, estamos diante de um litígio, e que por mais que as partes estejam

---

<sup>218</sup> MARTINS, Pedro Batista. *A Arbitragem e o mito da Sentença Parcial*. In: *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 284.

<sup>219</sup> Nos casos de sentença proferida por árbitro impedido, não conter os requisitos do artigo 26, decidir fora dos limites da convenção de arbitragem, for nulo o compromisso, e demais situações previstas no citado artigo.

em consenso com a instituição da arbitragem e tenham fixado as regras a serem aplicadas por meio da cláusula compromissória, quando vem a decisão arbitral, no mais das vezes a sentença, não irá agradar ambas as partes, e se houver a possibilidade de revisão do mérito, isso aumentará eventual animosidade entre as partes, bem como, a meu ver, dará maior insegurança ao procedimento.

A Sentença arbitral tal qual a sentença judicial também tem forma e requisitos<sup>220</sup> a serem obedecidos.

É imperioso que o árbitro sob pena de nulidade<sup>221</sup>, em sua decisão, faça um relatório, no qual conste um resumo do litígio<sup>222</sup> e o nome das partes.

A motivação<sup>223</sup> também é requisito intrínseco da estrutura da sentença arbitral, e é o momento pelo qual o árbitro, municiado de todas as exposições das partes e das provas produzidas, aplica o direito ao caso concreto (litígio).

Ao contrário das sentenças proferidas pelo poder estatal nas quais os magistrados têm o hábito de fazer constar que não estão obrigados a responder a todos os questionamentos das partes, entendo que na sentença arbitral, o árbitro por ter sido escolhido diretamente pelas partes, ao contrário do juiz togado, deve lançar uma sentença clara, certa, determinada, demonstrando de forma inequívoca às partes suas razões de decidir, máxime que desta decisão não caberá recurso.

---

<sup>220</sup> “Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.”

<sup>221</sup> Inciso I, do artigo 26 da Lei 9.307/96.

<sup>222</sup> Em sua obra, *Arbitragem e Processo*, p.294, Carlos Alberto Carmona, indica que é de se verificar que a ausência do relatório que é vício insanável, e não relatório sucinto ou simplificado, porém, para evitar qualquer arguição o recomendável é que o árbitro faça constar em seu relatório todos os fatos relevantes do processo.

<sup>223</sup> Como diz Pedro A. Batista Martins: “*O árbitro que não motiva a Sentença nega o ditame da lei. E nula será sua decisão*”.

No tópico dispositivo da sentença arbitral, o árbitro da mesma forma que o juiz togado está limitado a decidir a controvérsia dentro dos limites do pedido das partes. Não pode julgar além nem aquém do que for objeto dos pedidos das partes, ou seja, nem ultra, extra ou citra-petita

O último inciso do artigo 26 que se não for respeitado pode<sup>224</sup> gerar a nulidade da sentença arbitral, é a data e local em que foi proferida.

Como já tratado no tópico dos árbitros, é causa de nulidade de sentença arbitral proferida fora do prazo, já que a mesma tem seu prazo fixado pelas partes e na ausência de convenção, o limite de seis meses.

As partes uma vez intimadas da decisão arbitral poderão no prazo de 5 (cinco) dias requerer a correção de erro material (inciso I) ou que seja sanada eventual obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral<sup>225</sup>, ou sobre ponto omitido do qual deveria se manifestar a decisão (inciso II).

Entretanto, havendo necessidade de atos executórios, entre os quais o cumprimento da sentença arbitral, se prescinde da intervenção estatal, já que este, somente, detém o poder de coerção.<sup>226</sup>

### 3.6. A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Diz o artigo 34 da Lei. 9.307/96:

*“A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.*

*§ único. “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.*

<sup>224</sup> Carlos Alberto Carmona, *Ibidem.*, p. 323, diz que não é razoável anular a decisão arbitral, apenas por amor à forma, máxime se for possível deduzir por outro modo o local e data em que a decisão foi proferida.

<sup>225</sup> Trata essa possibilidade dos embargos declaratórios previstos no Código de Processo Civil. Sendo que o juiz no prazo de dez dias se manifestará, aditando a decisão arbitral, se for o caso, intimando as partes nos termos do art.29.

<sup>226</sup> Venosa, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 7ª ed., Editora Atlas: São Paulo, 2007, p. 532.

Assim, se verifica que o espírito da lei arbitral foi o de facilitar, aperfeiçoar e promover o intercâmbio jurídico junto à comunidade internacional.

Como diz Pedro A. Batista Martins<sup>227</sup>, o Brasil que sempre foi avesso à assinatura de tratados internacionais, ao menos no campo arbitral tem se mostrado mais receptivo.

No campo dos tratados internacionais incorporados à nosso ordenamento jurídico, podemos citar o Protocolo de Las Leñas<sup>228</sup> e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do MERCOSUL<sup>229</sup>, ambos direcionados para o interesse privado. Outros, também, como as Convenções de Montevidéu e Panamá (que foi ratificada pelo Brasil em 27/11/1995), sendo importante a Convenção de Nova Iorque, que revogou os efeitos do Protocolo de Genebra.

Como já tratado por várias obras e juristas, bem como da análise do instituto desde a promulgação da Lei 9.307/96<sup>230</sup>, é de fácil apreensão que a arbitragem avançou muito em nossa sociedade, seja pela sua utilização como meio alternativo de solução de conflitos, seja como valoroso meio de pacificação social e acesso à justiça, máxime ainda tenha muito a crescer e se desenvolver.

Selma Lemes indica que a lei arbitral adotou o sistema monista, por opção legislativa, regulando apenas a arbitragem doméstica, não tratando da arbitragem internacional.

---

<sup>227</sup> Op. cit., p. 346.

<sup>228</sup> O Protocolo de Las Leñas foi assinado nesta cidade, em 27 de junho de 1992 (CMC/DEC nº 5/92). Encontra-se ratificado por todos os membros do MERCOSUL: Argentina (Lei 24.578), Brasil (Decreto do Poder Executivo 2067), Paraguai (Lei 270) e Uruguai. Este tratado refere-se à cooperação judiciária internacional entre os países do MERCOSUL e, dentre outros temas, regula o reconhecimento e a execução de laudos arbitrais estrangeiros (arts. 19 e 20).

<sup>229</sup> O Acordo entrou em vigor no Brasil em 09/10/2002 e foi promulgado pelo Decreto 4719 de 04/06/2003, sendo que o decreto em seu artigo 1º ressaltou que o artigo 10º do Acordo deve ser interpretado no sentido de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o disposto em questão, respeitada a ordem pública internacional, e em seu artigo 2º de que qualquer revisão no Acordo ou atos que possam acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional nos termos do artigo 49, I da Constituição Federal estão sujeitos à aprovação do Congresso Nacional.

<sup>230</sup> Já que antes do advento da Lei de Arbitragem, a utilização da arbitragem não dava segurança para as partes, não dando a cláusula compromissória efeito vinculante, e a necessidade de homologação judicial do laudo arbitral.

A homologação de sentença estrangeira esta prevista no art. 34.<sup>231</sup> Assim, verifica-se que a lei brasileira toma o local<sup>232</sup> onde é proferida a sentença como base para definir a nacionalidade da sentença.

Simples deduzir que é considerada estrangeira a sentença proferida fora do Brasil e é considerada nacional a proferida no território nacional.

A homologação<sup>233</sup> é o ato pelo qual o Poder Judiciário Brasileiro uma vez provocado por pedido se manifesta por sentença constitutiva, visando, dar e ou conferir à sentença estrangeira<sup>234</sup> executoriedade no território nacional.

Cabe indicar que o pedido reveste-se de petitório inicial<sup>235</sup> devendo, portanto, atender e obedecer aos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil.

O Brasil desde o ano de 2002 faz parte da Convenção de Nova Iorque<sup>236</sup>, acima citada, a qual concede aos países signatários a execução imediata de suas sentenças arbitrais no país.<sup>237</sup>

---

<sup>231</sup> “Art.34. A Sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei”.

Parágrafo único. “Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

<sup>232</sup> O art. 1º, IV, da Lei. 9307/96, inclusive, exige, sob pena de nulidade, a indicação no compromisso arbitral do local onde será proferida a Sentença.

<sup>233</sup> ho.mo.lo.ga.ção - ratificação dada pela autoridade superior e competente a certos atos acordados entre as partes de determinado processo, para que produzam efeitos jurídicos; tais efeitos se limitam aos atos que sejam objetos da homologação. Fonte: <http://pt.wiktionary.org/wiki/homologa>

<sup>234</sup> Como em julgamento proferido no STJ, no qual ratificou-se a ausência de ofensa à ordem pública e presentes os requisitos da Resolução 9/2005 do STJ e os requisitos dos artigos 38 e 39 da Lei 9.307/96: SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 2.517 - EX (2007/0251382-3): ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, deferir o pedido de homologação. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Nilson Naves, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e José Delgado votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Francisco Falcão e, ocasionalmente, o Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília, 19 de dezembro de 2007. (data de julgamento)

<sup>235</sup> Conforme resolução número 9 do Superior Tribunal de Justiça: “Art. 3º A homologação de sentença estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações constantes da lei processual, e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira e com outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados”.

<sup>236</sup> “Art. 1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se mencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se

A aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque em pleitos que tratam da homologação de sentença estrangeira é acolhida pelos Tribunais.<sup>238</sup>

A lei brasileira de arbitragem, tendo incorporado o artigo V da Convenção de Nova Iorque, gerou a inversão do ônus da prova (cabe ao demandado provar que a sentença não tem condições de ser homologada) e revolucionou nas condições para a concessão da homologação (princípio da eficácia máxima), o que influenciará na escolha do Brasil como sede de procedimentos arbitrais internacionais.<sup>239</sup>

Em verdade no Brasil vigora a proibição do reexame do mérito, não existe a possibilidade de discussão quanto ao interesse que estava em litígio.

A Sentença Estrangeira será homologada pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>240</sup>, passando esta a ter eficácia de título executivo judicial.

A homologação no Superior Tribunal de Justiça segue o art. 37<sup>241</sup> da Lei de Arbitragem e a Resolução número 9 do próprio STJ de 2005, que em seu art. 4º diz que a sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente.

O procedimento, portanto, se desenvolve com as características e requisitos do art.37 da Lei. 9307/96 e da resolução do STJ, sendo que, na ausência destes

tencione o seu reconhecimento e a sua execução.” Artigo I da Convenção de Nova Iorque, aos 10 de junho de 1958.

<sup>237</sup> SODRÉ, Antonio. Ob. Cit., p. 97.

<sup>238</sup> 5-/-0/2005 - SEC 856 - STJ 2005/0031430-2 Corte Especial - L´Aiglon/Têxtil União

“Homologação de sentença estrangeira contestada - Alegação de que contrato continente da convenção de arbitragem, na forma de cláusula compromissória, não conta com assinatura expressa da parte contra quem a homologação é pedida - Reconhecimento, pelo STJ, de que atos materiais de cumprimento de obrigações materiais relativas ao contrato comercial continente da convenção da arbitragem importam aceitação de convenção de arbitragem - Convenção de Nova Iorque - Homologação deferida”.

<sup>239</sup> Conf.: LEE, João Bosco. *A homologação de Sentença Arbitral Estrangeira: A Convenção de Nova Iorque de 1958 e o Direito Brasileiro de Arbitragem*. In: LEMES, Selma Ferreira (Coord). *Arbitragem. Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 187-188.

<sup>240</sup> Nos termos do art. 105, i, da Constituição Federal (E.C 45/2004), posto que até então nos termos do art.35 da Lei. 9307/96 a competência era do Supremo Tribunal Federal.

<sup>241</sup> “Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com: I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial; II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.”

requisitos formais, indicados pelo réu, que quando citado, apontar as falhas<sup>242</sup>, poderá acarretar a rejeição do pedido de homologação.

Não é deixar de se apontar que somente em 2002 o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque (Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras – Decreto n.º 4.311, de 23 de julho de 2002).

---

<sup>242</sup> A contestação poderá apenas impugnar a autenticidade dos documentos, inteligência da decisão (não compreensível) observância dos requisitos da Resolução 9/2005 do STJ e sobre as situações impeditivas do art. 38 e 39 da Lei. 9.307/96.

#### 4. A AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES

Com a Lei n.º 9.307/96, consagrou-se, o princípio da *lex voluntatis*. De sorte, que desde o arbitramento do direito romano, a vontade das partes, seja para resolver o conflito, seja para indicar a forma como querem fazê-lo, continua sendo o mote principal do processo arbitral. A força da autonomia da vontade é realçada quando se indica que as partes podem a qualquer tempo, mesmo inexistindo previsão contratual ou como processo já iniciado na justiça, optar, pela resolução do conflito por arbitragem, bastando firmarem um compromisso arbitral.

##### 4.1. CONDIÇÃO DE EFICÁCIA

Como já tratamos a arbitragem surge no momento em que as partes não resolveram de modo amigável a questão, ou seja, exauriu-se a possibilidade de composição amigável, ou ainda, havendo notificação para cumprimento, a parte se quedou inerte em atender o chamado. Trata-se de um procedimento de natureza contenciosa e informal. O árbitro (que em tese pode ser qualquer pessoa, desde que goze de confiança das partes – Artigo 13 da Lei. 9307/96) decide a controvérsia. Neste tópico se faz repisar informação já transcrita, posto que importante ressaltar, a Arbitragem não é compulsória, obrigatória.

As partes só aderem ao instituto se voluntariamente indicarem algum Tribunal ou Câmara Arbitral como competente para dirimir o litígio e ou controvérsia, seja por cláusula compromissória já indicada no contrato, e ou mesmo após o nascimento do litígio, desde que nomeiem o Tribunal Arbitral.

Ademais, a escolha pela instituição da arbitragem, com base na autonomia de vontade (autonomia privada) é LIVRE e SOBERANA das partes envolvidas, de sorte que em tese, a decisão ali proferida, deve gerar na parte vencida menos sentimentos de desgosto e ou de injustiça, já que indicaram aquela (s) pessoa (s) que recebeu, instruiu e julgou a controvérsia posta.

A Lei de Arbitragem prestigiou em grau máximo e de modo expreso o princípio da autonomia da vontade<sup>243</sup>, restringindo assim dúvidas na aplicação da lei, tanto no aspecto processual como material<sup>244</sup>.

A autonomia da vontade ou autonomia privada conforme vem definindo a doutrina é princípio básico do direito privado e se particulariza pela liberdade de contratação, contratual e ou ainda negocial, e se verifica na arbitragem, pela total liberdade dada às partes para aderir ao procedimento arbitral, indicar as regras a que pretendem se submeter e qual o direito a ser aplicado.

Em nossa constituição verificamos que a autonomia privada tem tutela constitucional, como menciona Wilson Steinmetz<sup>245</sup>, e a afirmação dessa tutela pode ser verificada por indução cujas premissas são o direito geral de liberdade (art. 5º, caput), o princípio da livre iniciativa (art. 1º, IV e art. 170, caput), o direito de herança (art. 5º, XXX). Conclui o jurista, ao que concordamos que:

*Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados têm um conteúdo básico, atributivo de direito de autodeterminação e de auto vinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida (tutelada).*

José Cretella Neto<sup>246</sup> ao tratar da autonomia da vontade das partes na arbitragem, que é a razão pelo qual o procedimento é instituído, diz que se constitui a arbitragem em verdadeiro contrato<sup>247</sup> e quando se referir à litígios interestatais, tratado internacional e citando J. E. Carreira Alvim expõe a reiteração da autonomia

<sup>243</sup> Francisco Amaral, ao comentar a autonomia privada e a arbitragem: “A Lei da Arbitragem (Lei n. 9.307/96) é hoje uma referência obrigatória em matéria de consagração da autonomia privada, por permitir que pessoas capazes possam valer-se do juízo arbitral para resolver conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, escolhendo as regras aplicáveis, desde que não violem a ordem pública e os bons costumes. Recordo-me de que o Código de Processo Civil no seu art. 1.100, V — agora revogado pela Lei da Arbitragem —, referia-se expressamente às normas legais e às normas contratuais, ou seja, tínhamos no sistema jurídico brasileiro referência expressa a normas jurídicas contratuais”. Fonte: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero9/artigo5.htm>.

<sup>244</sup> As partes podem optar pela decisão por equidade ou com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de direito.

<sup>245</sup> *Interpretação Constitucional*, p.28.

<sup>246</sup> *Curso de Arbitragem*, p. 12.

<sup>247</sup> Manifesta-se o caráter contratual, já que as partes livremente optaram pela instituição da arbitragem, para dirimir dúvidas ou controvérsias do contrato que firmaram, sendo presumida sua boa-fé e obedecendo a autonomia da vontade. *Ibid.*, p. 29.

da vontade pelas partes, quando mantém o litígio na via arbitral, no caso de nulidade da convenção de arbitragem.

Como dissemos a arbitragem não é obrigatória, mas uma vez livremente instituída pelas partes, de forma consciente, em razão da instrumentalização do princípio da autonomia da vontade, passa a ser obrigatória, em razão do *pacta sunt servanda*.

Em suma a autonomia da vontade significa que as partes são livres para criar as regras em relação a instituição e desenvolvimento do procedimento arbitral, desde que respeitadas as normas de ordem pública.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> SCAVONE Junior, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. São Paulo: RT, 2008, p. 66.

## 5. O PAPEL DO ADVOGADO NA ARBITRAGEM

Já tratamos<sup>249</sup> de forma superficial do papel do advogado no procedimento arbitral.

Não é de hoje a importância do advogado nas relações humanas, sendo uma das mais antigas profissões a que temos nota no mundo civilizado.

A criação dos cursos jurídicos no Brasil e a criação do IAB<sup>250</sup> (Instituto dos Advogados Brasileiros), em 1827 e 1843, foram os marcos iniciais da advocacia brasileira.

Atualmente a função do advogado tem previsão constitucional, art. 133, sendo indispensável à administração da justiça por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

A Lei Federal n. 8.906/94 – Estatuto da OAB reitera a previsão constitucional, e salienta a prestação de serviço público e a função social do advogado.

Mencionando o Estatuto da OAB é importante notar que o advogado exerce função social nos termos do art. 2º, § 1º, de sorte que tem esse profissional papel importantíssimo na administração da Justiça, agindo na defesa dos interesses do cliente, de forma ética, moral e sem prejuízo dos interesses financeiros envolvidos, demonstrar ao cliente que nem sempre se deve recorrer a qualquer custo.

Repisam-se os dizeres de Cláudio Vianna de Lima, conforme citação de Pedro A. Batista Martins<sup>251</sup>:

---

<sup>249</sup> Vide nota 62.

<sup>250</sup> São três os momentos marcantes na história da Advocacia brasileira: criação dos Cursos Jurídicos (Olinda e São Paulo) em 1827; fundação Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1843 e instalação da Ordem dos Advogados do Brasil, em 1930. O Instituto dos Advogados Brasileiros foi criado em 7 de agosto de 1843, por Aviso firmado pelo Ministro de Estado da Justiça, Honório Hermeto Carneiro Leão, que mandou a Secretaria Imperial dos Negócios da Justiça, aprovar seus estatutos. Instalado na Capital do Império ( 7 de setembro de 1843), obteve aprovação do seu Regimento Interno ( 15 de maio de 1844) , em reunião no Colégio Pedro II, na qual estiveram presentes os Ministros de Negócios da Justiça, de Estrangeiros e da Marinha. Finalidade precípua : organizar a Ordem dos Advogados do Brasil.