A ARBITRAGEM COMO ALTERNATIVA CONTRA A MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO

ARBITRATION AS AN ALTERNATIVE AGAINST THE TARDINESS OF JUDICIARY

ARBITRAJE COMO UNA ALTERNATIVA CONTRA LA LENTITUD DEL PODER JUDICIAL

Eliane Spacil de Mello esmel29@yahoo.com.br
Mestranda em Direitos Humanos. UNIJUI- Universidade do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO

O presente artigo apresenta o importante papel da arbitragem na solução de conflitos, como forma alternativa ao sistema judiciário moroso causado pelas inúmeras demandas que acabam por afogar o judiciário. Além disso, mostra que a arbitragem é uma via que pode ser utilizada apenas pela vontade das partes. Dessa maneira, permite-se esclarecer para a sociedade que nem sempre é necessária a intervenção do Estado para a solução de conflitos. A análise está baseada em uma metodologia de pesquisa com abordagens qualitativa e descritiva, com base em referenciais bibliográficos. Destaca-se que a arbitragem não concorre com o judiciário, mas constitui-se em uma alternativa ao acesso à justiça. É uma oportunidade para as partes envolvidas solucionarem conflitos com o auxílio do árbitro, personagem essa de grande importância para a realização de tal estratégia para o tratamento de controvérsias.

Palavras-chave: Arbitragem. Alternativa. Acesso à justiça.

ABSTRACT

The present article presents the important role of arbitration in conflict resolution as an alternative to the tardy judicial system caused by numerous demands that eventually swamp the judiciary. In addition, it shows that arbitration is a way that can be used only by the will of the parties. In this way, it allows to explain to the society that it is not always necessary State intervention to solve conflicts. The analysis is based on a research methodology with qualitative and descriptive approaches, based on bibliographic references. It is worth highlighting that the arbitration does not compete with the judiciary, but it is in an alternative access to justice. It is an opportunity for the parties involved to solve conflicts with the aid of the arbitrator, which is a character of great importance for the achievement of such a strategy for the treatment of controversies.

Key words: Arbitration. Alternative. Access to justice.

RESUMEN

El presente artículo presenta el importante papel del arbitraje en la resolución de los conflictos, como una alternativa al sistema judicial lento causado por numerosas demandas que acaban por sobrecargar el poder judicial. Por otra parte, muestra que el arbitraje es una vía que puede ser utilizada sólo por el deseo de las partes. De esta manera, se permite aclarar a la sociedad que no siempre es necesario la intervención del Estado para la solución de los conflictos. El análisis se basa en una metodología de investigación cualitativa y descriptiva con enfoques, sobre la base de referencias bibliográficas. Se destaca que el arbitraje no compite con el poder judicial, pero es en una alternativa de acceso a la justicia. Es una oportunidad para que las partes involucradas solucionen los conflictos con la ayuda del árbitro que es un personaje de gran importancia para el logro de una estrategia para el tratamiento de las controversias.

Palabras-clave: Arbitraje. Alternativa. Acesso a la justicia.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Estado está passando por uma crescente crise que se deve principalmente aos problemas, das mais variadas ordens que a sociedade cada vez mais vem enfrentando, dentre os quais está o problema do acesso à justiça. Para isso, se faz necessário enfrentar as barreiras postas a quem necessita recorrer ao sistema judiciário.

Uma das questões mais problemáticas que enfrentamos é a morosidade do Poder Judiciário, no sentido de que cada vez mais as ações se arrastam por anos a fio, comumente sem obtenção da solução em tempo hábil, o que não raro provoca o perecimento do direito.

O acesso à justiça é de extrema importância onde os juristas buscam formas de viabilizar a todos este acesso, visto se tratar de um direito fundamental do ser humano.

Diante da dificuldade do acesso à justiça, por seus mais diversos motivos, lamentavelmente a utilização dos meios não estatais de solução de controvérsias, em especial da arbitragem que será objeto de analise do presente trabalho, ainda luta por um maior espaço.

Assim, este trabalho ao analisar especificamente a arbitragem como meio alternativo e célere de solução de conflitos, embora pouco utilizada pela nossa população, muitas vezes por desconhecimento sobre o assunto, ou até mesmo pela nossa cultura inclinada em favor da jurisdição comum, fará o estudo de seus prós e contras, de suas características e de seus elementos estruturais de uma forma geral, de maneira que possa contribuir para ampliar a utilização dessa prática tão bem aceita e utilizada na maioria dos países desenvolvidos.

Do acesso à justiça

Ao se referir ao acesso à justiça, primeiramente vem em mente à questão do ingresso das pessoas aos tribunais, sem se deter às diversas formas de acesso à justiça existentes.

Porém, o acesso à justiça representa muito mais do que o simples ingresso das pessoas no processo, trata-se de um direito fundamental, previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XXXV, *in verbis:* "a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário, lesão ou ameaça a direito". O que significa dizer que está garantido a qualquer pessoa, indiscriminadamente, a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito, de forma a assegurar a eficácia das decisões judiciais dos recorrentes.

No entanto, a estrutura prevista na organização social moderna não vem conseguindo realizar sua função, tornando, assim, cada vez mais difícil o exercício do direito à jurisdição, motivo pelo qual se busca formas alternativas para solucionar os conflitos.

De acordo com CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, p.8:

> A expressão 'acesso à justiça' é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.

Dessa forma, pode-se afirmar que além do simples ingresso no processo, o acesso à justiça também representa a busca pelo resultado, de forma que este seja justo e útil ao mesmo tempo. Significa dizer que o resultado deve ser obtido em tempo hábil a não perecer o direito pretendido, e é aí que surge a necessidade de se optar por formas alternativas para solução de conflitos que sejam mais céleres e despidas de excessos de formalismo e ritualismo que contém o sistema judiciário.

Além disso, cabe destacar que o acesso à justiça deve ser visto também como instrumento político, ou ainda como uma nova forma de conceber o jurídico, como um

movimento transformador. Alexandre César parafraseando Kazuo Watanabe (2002, p.51), o entende como "uma nova postura mental que deve pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja, do destinatário das normas jurídicas, que é o povo", de forma a não ficar restrito apenas a um programa de reforma, mas também o adotando como "método de pensamento".

Sob essa ótica, o caráter didático-educativo do movimento do acesso à justiça muda totalmente a forma com que os estudos jurídicos tradicionalmente utilizam nas escolas de direito, o enfoque dos produtores do direito, conforme se manifesta Alexandre César parafraseando Cappelletti (2002, p.51): "a lei dos legisladores, o direito administrativo do ponto de vista dos administradores e o direito judiciário da ótica dos juízes – pelo enfoque dos consumidores do direito e da justiça'".

Percebe-se uma crítica ao positivismo dogmático-formalista ainda constante nos aparelhos judiciários, principalmente no ensino jurídico, que de acordo com Cappelletti apud CESAR, Alexandre. Acesso à Justiça e Cidadania. 2002 p.51-52:

> O direito é visto não como um sistema separado, autônomo, auto-suficiente, 'autopoiético', mas como parte integrante de um mais complexo ordenamento social, onde isto, (o direito) não se pode fazer artificialmente isolado da economia, da moral, da política.

Pode-se dizer que dessa forma, se estaria atuando na construção de uma "nova cidadania", proporcionando também a participação ativa da sociedade no exercício e no respeito dos direitos, visto que a efetivação do acesso à justiça encontra dificuldade na falta de conhecimento das pessoas, principalmente das que possuem menores recursos financeiros, quanto aos seus direitos. Além disso, muitas vezes ocorre até mesmo certa desconfiança dessas pessoas em relação aos advogados, temem o formalismo, os procedimentos complicados e até mesmo o ambiente dos tribunais.

Além dos problemas citados para o acesso à justiça, merece destaque a questão da assistência judiciária gratuita às pessoas de baixa renda.

Nesse aspecto aduz CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, 1998 p.16-17:

> (...) os altos custos também agem como uma barreira poderosa sob o sistema mais amplamente difundido que impõe ao vencido o ônus da sucumbência (...). De qualquer forma, torna-se claro que nos altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devem suporta-los, constituem importante barreira ao acesso à justiça.

Diante da dificuldade em se prever antecipadamente os gastos das partes quanto às despesas com o processo, se faz necessária a concessão da assistência judiciária gratuita aos chamados hipossuficientes.

O direito à assistência judiciária gratuita está previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, LXXIV, bem como na Lei 1.060/50 desde que comprovem sua hipossuficiência. Ainda na Constituição Federal no artigo 24, XIII demonstra-se esta preocupação.

Ademais, outra questão importante no aspecto da dificuldade do acesso à justiça são as causas de pequeno valor.

Nesse sentido, CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, 1988, p.19:

> Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. [...]. O problema se coloca em larga medida porque os advogados precisam ser direta ou indiretamente recompensados conforme o tempo de trabalho despendido e o custo de seu tempo é muito elevado.

O que se observa no tocante, às causas de pequeno valor, é que muitas vezes, alguns advogados, evitam fazer acordos, que seria até vantajoso para as partes nestes casos, insistindo em prosseguir com a instrução do processo, fazendo com que o judiciário permaneça congestionado de processos.

Entretanto, algumas estratégias foram introduzidas no texto constitucional através da EC/45, objetivando a efetividade do acesso à justiça.

Nesse aspecto, se manifesta MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p. 42:

> Nesse sentido, é mister que se tenha presente, já, o contido nos novos textos trazidos pela EC/45 aos artigos 107, §§ 2º e 3º , 115 §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º, 126 e 134, § 2º . Como se lê, tais textos normativos já repercutem a garantia presente neste novo § do artigo 5º da CF/88, por meio de estratégias de

> descentralização/aproximação das estruturas jurisdicionais – justiça itinerante e Câmaras regionais – especialização de funções – varas especializadas – e valorização das Defensorias Públicas para a representação dos interesses dos chamados hipossuficientes econômicos.

Apesar de que as reformas ocorridas no judiciário não são suficientes para a efetivação do acesso à justiça, elas colaboram e muito para aproximar mesmo que simbolicamente o "Estado-jurisdição do cidadão", num sentido "includente", de acordo com o entendimento de MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p.43.

Entretanto, o principal obstáculo ao acesso à justiça é, sem dúvida, a morosidade dos processos judiciais, que se deve ao excesso de causas que tramitam em todos os graus de jurisdição.

A implicação do tempo como lesão ou ameaça a lesão ao direito é trabalhada por MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p.38:

> (...) as imbricações entre tutela jurisdicional e tempo são visíveis, especialmente quando a primeira é vista como uma resposta estatal às expectativas sociais e normativas e como uma forma importante de proteção do individuo à lesão ou ameaça de lesão através do direito de ação. No entanto, essas imbricações tornam-se frouxas e débeis quando se verifica que a tutela jurisdicional acontece "a destempo".

Pode-se considerar como inacessível a justiça que não cumpre sua função dentro de um prazo razoável. A duração razoável do processo pode ser considerada como nas seguintes hipóteses, conforme Morais e Spengler (2012, p.39): "a) tempo razoável é o tempo legal, expressamente previsto na legislação processual; b) tempo razoável é o tempo médio efetivamente despendido no País, para cada espécie concreta de processo". Assim, na primeira opção corre-se o risco de nem sempre existir um tempo definido em lei para cada etapa processual, enquanto se for adotada a segunda hipótese, sabe-se de antemão que no Brasil a duração dos processos fica muito acima do prazo considerado legal ou razoável, o que ocasionaria a negativa da garantia constitucional.

É exatamente nesse aspecto que se percebe que o acesso à justiça diante desse congestionamento de processos não será efetivado, devendo-se então buscar novos

caminhos, novas alternativas para solucionar este problema. Nesse contexto, a revitalização da arbitragem que será objeto de análise neste trabalho se apresenta como uma alternativa vantajosa, rápida e eficaz no tratamento e solução dos conflitos.

Breves considerações acerca do conflito.

O fato de o presente trabalho fazer uma análise da arbitragem como alternativa de resolução de conflitos, torna-se necessária a conceituação do próprio conflito.

De acordo com MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p.45:

> (...) a noção de conflito não é unânime. Nascido do antigo latim, a palavra conflito tem como raiz etimológica a ideia de choque, ou a ação de chocar, de contrapor idéias, palavras, ideologias, valores ou armas. Por isso, para que haja conflito é preciso, em primeiro lugar, que as forças confrontantes sejam dinâmicas, contendo em si próprias o sentido da ação, reagindo uma sobre as outras. Na tentativa de uma explicação mais esmiuçada para a palavra conflito, tem-se que consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie, que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito. Para manter esse direito, afirmá-lo ou restabelecê-lo, muitas vezes lançam mão da violência, o que pode trazer como resultado o aniquilamento de um dos conflitantes.

A ideia de oposição de interesses que caracteriza o conflito se dá pelo fato de que cada pessoa é única, tendo pensamentos, valores, idéias e reações diferentes umas das outras.

As crescentes mudanças na sociedade acabam gerando conflitos entre as pessoas. Todavia, o conflito não deve ser encarado como um problema, como algo indesejável, pois ele é necessário diante do fato de que uma sociedade sem conflitos é estática, além do que, o conflito traz como conseqüência a promoção da integração social.

Nesse aspecto, MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p.47- 48, se manifestam da seguinte forma:

> Assim, o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais, possuindo a capacidade de constituir-se num espaço em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento produzindo, simultaneamente, uma transformação nas relações daí resultantes. Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra.

O desejo de um impor seu ponto de vista sobre o outro, através do convencimento, do domínio ou qualquer outro meio, faz com que o conflito represente um movimento de poder "para frente e para trás", ou melhor, um jogo ou uma relação de forças. No entendimento de Morais e Spengler (2012, p.48): "Nenhuma das partes tem poder suficiente para se sobrepuser à outra e eliminar o conflito.".

No intuito de resolver as divergências que ocorrem na sociedade, a humanidade acabou por desenvolver técnicas que solucionem esses conflitos.

Primeiramente, a solução dos conflitos se dava mediante a imposição da vontade unilateral do mais forte, visto que cada um dos conflitantes impõe sua pretensão pela força. Essa é a técnica da autotutela, cujo exercício foi encurtado em conseqüência do fortalecimento do Estado.

Quanto à autotutela GRUNWALD, Astried Brettas**.** Os Princípios Constitucionais Processuais como Signo da Efetividade do Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito. 2002, p.27, afirma:

> (...) tinha-se, desta forma, uma linha tênue entre direito e não direito, entre direito e o embate, eis que aquele que dispusesse de maior poderio bélico fazia prevalecer seus direitos. A noção de justiça era percebida sob o prisma individual norteando o pensamento de forma egoísta e violenta sem que o homem vislumbrasse forma diversa da força física para apreciar a realidade dos fatos.

A autocomposição se caracteriza pela não intervenção de terceiros na solução do litígio. Nessa técnica, as partes até podem obter auxilio de um terceiro alheio ao conflito, porém, a resolução do mesmo é obtida por elas próprias.

Já a heterocomposição se caracteriza pela intervenção de um terceiro imparcial na solução do conflito. Esta forma de solução de conflitos pode ser exemplificada pela jurisdição estatal e pela arbitragem. A decisão na arbitragem fica a cargo de um terceiro, o árbitro e não do juiz estatal.

Traços históricos da arbitragem.

A fim de que possamos melhor compreender a arbitragem como forma alternativa de tratamento de controvérsias, importante se faz rever suas origens históricas.

No período arcaico Romano, o Estado não interferia no tratamento dos litígios, eram os próprios particulares que resolviam as controvérsias surgidas em seu dia-a-dia. Após, o Estado aos poucos passou a regular e controlar o método privado de tratamento de litígios até que assumiu totalmente a função. Nota-se, portanto, que a origem do direito processual romano é eminentemente privada, tendo evoluído progressivamente para a estrutura estatal. Existem evidências da existência e prática da arbitragem desde a Antiguidade, da época dos povos gregos, tanto entre particulares como entre cidades-estados, também entre os Romanos, os quais muito a empregavam nas relações particulares segundo, Morais e Spengler, (2012, p. 213).

No Brasil este instituto é legalmente conhecido desde a colonização portuguesa. Inicialmente, a arbitragem foi prevista pelas Ordenações Filipinas, após, o Código Comercial Brasileiro de 1850 estabeleceu o arbitramento obrigatório para as causas entre sócios e sociedades comerciais, durante a existência legal, liquidação ou partilha de sociedade ou companhia. Entretanto o Regulamento 737, de 1850 (primeiro diploma processual codificado), restringiu tal obrigatoriedade estritamente às causas comerciais. Mesmo assim, surgiram inúmeras críticas a este caráter compulsório, diante do que surgiu a Lei 1.350 de 1866 que revogou tais dispositivos, e o Código Civil de 1916, que reduziu a arbitragem a mero compromisso. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 também

dispuseram da mesma forma, o que garantiu uma versão facultativa ao instituto, em vigor até o advento da lei. Atualmente, observa-se a criação de várias câmaras arbitrais, elaboração de projetos de lei, dentre os quais o último, de autoria do senador Marco Maciel, culminou na Lei 9.307 de 1996 que além de revitalizar o instituto, procurou corrigir seus principais pontos de enfraquecimento e desuso, adequando-o aos padrões e interesses vigentes no cotidiano econômico contemporâneo. Assim, no direito brasileiro a arbitragem já possui um traço histórico.

Pode-se dizer que temos um entrave histórico no Brasil, que é a legislação brasileira, pois, segundo GARCEZ, José Maria Rossani. Técnicas de Negociação Resolução Alternativa dos Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem.2002, p.86:

> (...) embora a arbitragem seja conhecida no país desde a primeira constituição do Império, a de 1840, e tenha sido expressamente prevista no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973, somente com a Lei n 9.307/96 recebeu um instrumental moderno e seguro para sua utilização.

Anteriormente os dispositivos legais dispunham apenas sobre o compromisso arbitral, o qual é estipulado pelas partes após o surgimento do litígio, e não sobre a cláusula compromissória ou cláusula de arbitragem, que é inserida pelas partes num contrato antes do surgimento do litígio, diferentemente do atual que equipara a cláusula arbitral com o compromisso, tornando aquela mera promessa de contratar em obrigação. Agora, uma vez convencionada, a arbitragem passa a ser obrigatória.

No plano internacional, devido ao desenvolvimento das relações comerciais externas impulsionadas pela globalização econômica os juízos arbitrais foram revestidos de importância. Neste contexto o Brasil se integrou a partir da assinatura do "Protocolo de Genebra" em 1923, o qual foi ratificado e internalizado no Brasil e da Convenção de Panamá em 1975, à qual aderimos em maio de 1996. Assim afirma Morais e Spengler, (2012, p.215-216).

Foi com a promulgação dessa última convenção, em 1996, que se formou uma nova ideia sobre arbitragem, pois a partir de então, não se faz mais distinção entre arbitragem interna e internacional, quanto a esta não se exige mais homologação judiciária do laudo arbitral estrangeiro no país onde foi proferido, bem como não se exige

mais como condição de validade do juízo arbitral nacional a existência de "compromisso arbitral" celebrado pelas partes. Igualaram as arbitragens internas às internacionais.

Nesse sentido, GARCEZ, José Maria Rossani. Técnicas de Negociação Resolução Alternativa dos Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem.2002, p.87, se manifesta:

> Anteriormente, a sentença arbitral interna dependia de homologação judicial e a sentença arbitral estrangeira, proferida fora do Brasil dependia de homologação judicial no país em que tivesse sido proferida, para ser homologada aqui pelo STF, o chamado *"duplo exequatur"*, que às vezes tornava essa sentença inexeqüível no Brasil quando o país de origem não homologava sentenças arbitrais.

A legislação, através da Constituição Federal de 1988, leis extravagantes como, por exemplo, os do Consumidor, dos Juizados Especiais, agasalham a arbitragem, a qual inclusive prevê a possibilidade de julgamento através de "juízo arbitral" com o árbitro escolhido pelas partes, podendo decidir por equidade sujeitando o laudo a homologação judicial por sentença irrecorrível.

Na década de 80 tramitaram três anteprojetos de lei sobre a arbitragem, culminando na edição da Lei 9307/96 que representou um marco por prometer alterar profundamente a história deste instituto no país. Esta lei comprometeu-se, além de substituir o ineficiente modelo de "juízo arbitral" por um caráter mais atual, como disciplinou a convenção de arbitragem, prestigiou a manifestação da vontade, de adaptar o novo diploma aos textos legais conexos, de explicitar o acesso ao judiciário aos eventualmente prejudicados, da eficácia dos tratados internacionais na matéria, e ate mesmo da postura ética dos árbitros, os quais para efeito de deslizes de comportamentos foram comparados aos funcionários públicos. (MORAIS e SPENGLER, 2012, p.218).

Aspectos gerais da arbitragem.

Alguns fatores podem ser citados como inspiradores da arbitragem de forma generalizada, quais sejam: o excesso de litígios associado à demora nas soluções e estas às vezes não satisfatórias acabam por desestimular a resolução de litígios perante a

justiça estatal; a crescente complexidade dos negócios, ou seja, em função da complexidade das relações sociais, as pendências vão se tornando cada vez mais complicadas tanto para os advogados quanto para os juízes, o que resulta na necessidade de se utilizar de pessoal técnico dotado de idoneidade profissional, como os peritos árbitros em caso de disputas; a natureza do procedimento arbitral: dotado de rapidez, neutralidade, especialização, confidência, flexibilidade além de baixo custo; a certeza da aplicação da normativa desejada: perante a arbitragem se têm melhor esta certeza por ser facultado às partes acordarem quanto ao direito aplicável; a crescente facilidade da execução das sentenças arbitrais: atualmente, com as convenções internacionais, a questão da execução dos laudos arbitrais que antes era sem efeito até que se desse a homologação pelo judiciário, já tem solução, não sendo mais barreira (MORAIS e SPENGLER, 2012, p.218-219).

Tendo em vista que o sistema jurídico estatal tradicional mostra-se insuficiente e ineficiente para tratar as controvérsias atualmente trazidas pelo avanço econômico liderado pelas multinacionais/transnacionais, bem como diante da necessidade de aperfeiçoar e fortificar institutos pacificadores de litígios passa-se a repensar mecanismos alternativos ao tradicional e, nesse caminho, o Brasil, através da Lei 9307 de 1996, procurou reativar o juízo arbitral.

A arbitragem é um mecanismo extrajudicial de tratamento de conflitos, onde o tratamento da disputa é fornecido por um terceiro que impõe uma solução à questão suscitada. O Estado confere à mesma algumas, no dizer de Morais e spengler (2012, p.221): "faculdades jurisdicionais, como, outorgar às decisões arbitrais força de coisa julgada, sem a necessidade de homologação das mesmas pelos tribunais estatais".

O terceiro, árbitro, recebe das partes autoridade suficiente para impor uma solução satisfatória, o que não significa estar menosprezando a atividade jurisdicional, mas apenas reservando para o mesmo estritamente os casos que não possam ser resolvidos pelas próprias partes ou por meio de árbitros.

Como características deste instituto podem-se citar: ampla liberdade de contratação, visto que é estabelecida pelo acordo das partes, as quais podem escolher até mesmo as regras de direito substantivo e adjetivo aplicável a ele, pode-se até mesmo eleger lei estrangeira que não violem os bons costumes e a ordem pública e as regras

internacionais do comércio. Pode ser usada em conflitos que envolvam direito patrimonial disponível; contratos em geral; tanto na área civil como comercial, ou melhor, podem ser arbitráveis todas as causas em que os sujeitos possam transigir. (MORAIS E SPENGLER, 2012, P.223)

Também é conhecida como "a justiça de técnicos" que, atendidos os pressupostos de capacidade civil, as partes têm a liberdade de escolher os árbitros a quem confiem, para que dêem tratamento ao litígio.

Proporciona maior celeridade ao tratamento dos conflitos, permitindo às partes, inclusive, que seja estabelecido prazo para a sentença arbitral, podendo as mesmas responsabilizar civilmente o árbitro que descumprir o prazo estipulado. Além disso, pelo fato de não vigorar o princípio da publicidade que é exigido na justiça estatal, podem as partes exigir sigilo do procedimento arbitral, bastando para isso, que seja inserida pelas partes no compromisso arbitral, uma cláusula de confidencialidade.

Outra característica do instituto é a transformação da sentença arbitral em titulo executivo judicial, o que a torna eficaz como sentença declaratória ou constitutiva. Não há mais necessidade de dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, ficando apenas com o Supremo Tribunal Federal esta incumbência; nas decisões arbitrais de natureza condenatória o laudo possui o status de título executivo judicial, enquanto as decisões arbitrais de natureza constitutiva ou declaratória de direitos surtem seus efeitos a partir da simples comunicação de seu teor às partes e seus representantes. (MORAIS E SPENGLER, 2012, p.224).

Porém, um aspecto a ser considerado é que o árbitro não possui o poder de impor coercitivamente o cumprimento de suas decisões no caso da sentença arbitral não ser cumprida espontaneamente pelas partes, neste aspecto se faz necessária a intervenção dos órgãos do Poder Judiciário.

Quanto às categorias de arbitragem podem-se citar, de acordo com Morais e Spengler (2012, p.225): as de "direito público e as de direito privado, conforme as partes envolvidas". São de direito público quando a arbitragem se dá entre Estados, de direito privado quando os envolvidos são particulares, podendo também ocorrer o tipo misto, onde a arbitragem envolve um particular e um Estado.

Merece destaque a diferenciação entre arbitragem *ad hoc* e a arbitragem institucionalizada no que se refere à forma de procedimento que deve reger a arbitragem em questão. A arbitragem ad hoc é bastante informal, as partes participam de todas as etapas de criação do tribunal, num clima descontraído que contribui para a celeridade do procedimento. Porém exige experiência, conhecimento e domínio sobre o assunto das partes e dos árbitros para que possam organizar e administrar todo o procedimento arbitral, visto que neste tipo de arbitragem, o árbitro não dispõe de nenhuma assistência especial ou de organismos externos. (MORAIS E SPENGLER, 2012, p.225)

Já na arbitragem institucionalizada existe uma instituição especializada, com regulamento próprio e lista de árbitros, onde as partes optam por se submeter aos dispositivos constantes do regulamento arbitral.

Destaca-se também a diferença entre arbitragem eqüitativa e arbitragem de direito. Na primeira os árbitros têm a liberdade de decidir segundo sua própria convicção, segundo seu sentido comum, sem ter que restringir-se a aplicação do direito em sentido estrito. Por fazer uso sua própria consciência, observando princípios sociais e morais, o árbitro está autorizado pelas partes a agir ao mesmo tempo como legislador e juiz, podendo, inclusive, decidir em sentido contrário ao indicado pela lei, desde que leve a uma solução justa do conflito não configura vício no julgamento.

Na arbitragem de direito, de acordo com Morais e Spengler (2012, p.227): "os árbitros decidirão segundo os princípios estritamente jurídicos, julgando em consonância com o direito positivo." Como a autonomia de vontade é o principio maior da arbitragem, as partes são livres para escolher a norma jurídica a ser aplicada ao caso.

Natureza Jurídica da arbitragem - do Contratual ao Jurisdicional:

Este é um dos temas mais polêmicos entre os doutrinadores: situar a arbitragem no vasto campo do direito.

A doutrina tem dificuldade em definir algumas questões acerca da arbitragem como, por exemplo, se os árbitros exercem verdadeira jurisdição, se são órgãos jurisdicionais e se esse instituto pertence ao campo do direito processual ou civil, para

responder a esses questionamentos existem duas teses, quais sejam: Tese Contratualista e Tese Jurisdicional. (MORAIS E SPENGLER, 2012, p.228).

Para a Tese contratualista tem destaque o caráter privatista, onde os árbitros são particulares que agem pela vontade das partes, unidos por um vínculo contratual.

O fato do árbitro não exercer coerção sobre particulares para obter o cumprimento forçado das decisões, segundo Morais e Spengler (2012, p.229): "reforça a concepção de que o árbitro não exerce uma verdadeira jurisdição, embora em sua atividade esteja implícito o caráter coercitivo emanado do poder do Estado". O laudo arbitral não possui caráter jurisdicional, pois aos árbitros falta a função de impor condutas e a noção de jurisdição compreende a dupla função, quais sejam, de julgar e impor condutas, ou seja, cognição e execução, inobstante o mesmo revestir-se do mesmo caráter da sentença judicial.

Em síntese, na tese contratualista inexistirá arbitragem sem convenção de arbitragem; o caráter definidor da arbitragem é o consenso entre as partes enquanto a jurisdição se assenta na soberania do Estado; o árbitro não compõe a estrutura judiciária; o laudo arbitral não tem sua coercibilidade assegurada.

A tese Jurisdicional fundamenta-se no caráter público da administração da justiça. Entende que se foi o próprio Estado que reconheceu a possibilidade dos particulares exercerem as funções através da arbitragem, também consente aos árbitros o caráter de juizes, bem como atribui jurisdição aos mesmos frente ao cumprimento de certas exigências, possibilitado através do ordenamento jurídico. Conforme afirmam Morais e Spengler (2012, p.230): "Seus laudos estão revestidos da mesma e autentica força que as sentenças dos magistrados do Poder Judicial. Fazem coisa julgada a respeito das questões resolvidas pelos árbitros e têm caráter de titulo executivo".

Analisando as duas teses, observa-se que a arbitragem se trata de uma jurisdição instituída por meio de um negócio particular, pois os árbitros exercem uma jurisdição derivada do status jurídico de sua função, sem desconhecer que sua origem é quase sempre contratual. Existem casos em que o procedimento arbitral é obrigatório, imposto por lei não se falando em origem contratual.

Entretanto, algumas falhas quanto às teses analisadas podem ser observadas, tais como: na tese contratualista deve-se considerar que a arbitragem obrigatória

constitui uma exceção à regra geral, visto que não se vislumbra acordo de vontades das partes, mas sim ato próprio de império do legislador; não se deve negar caráter publico à atividade dos árbitros pelo fato dos mesmos administrarem a justiça por vontade das partes, pois, em ultima instancia, estão fazendo por conta do Estado que tem interesse em que as disputas sejam resolvidas de forma pacífica. A falta de poder coercitivo aos árbitros não prejudica, pois, segundo Morais e Spengler (2012, p.231): "o Estado coloca à disposição a coerção que detém para que o laudo seja respeitado e cumprido".

Além disso, ainda existe uma corrente doutrinaria que atribui à arbitragem natureza jurisdicional híbrida, ou seja, com sua primeira fase contratual e a segunda jurisdicional.

Morais e Spengler, (2012, p. 231), ao concordar com a ideia da natureza híbrida da arbitragem, indicam Bernard Poznanski, o qual afirma que a natureza jurídica da arbitragem é a função do poder, unida com a autoridade jurisdicional. Os poderes do árbitro é uma combinação de ambas as naturezas, que criam um processo para resolução das disputas com origem em um contrato, embora reflita algumas das características do processo judicial público.

Deve-se evidenciar que o procedimento arbitral deve observar o principio da igualdade entre as partes, do contraditório e da ampla defesa, o principio da imparcialidade do árbitro, do livre convencimento do julgador, todos contidos no principio fundamental do devido processo legal.

A essência do juízo arbitral é o principio da autonomia da vontade, desde a faculdade de dispor desta via alternativa de solução de controvérsias permitidas pela lei, ou seja, direitos disponíveis até as disposições procedimentais que regerão o mesmo, como por exemplo, conforme MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012, p.233:

> (...) escolha e número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade, enfim, limitadas apenas às leis imperativas e princípios de ordem pública, que deverão ser observados para garantir a validade e a executoriedade do laudo arbitral.

Portanto, devem ser observados os requisitos necessários para que seja válido o laudo arbitral.

O Procedimento e o Árbitro.

A arbitragem no Brasil é regida pela Lei 9.307/96 e, o juízo arbitral se instaura mediante a vontade das partes através de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Porém, não se pode confundir compromisso e cláusula compromissória, pois o primeiro se refere a uma questão já existente e a segunda visa questões futuras que podem surgir por ocasião da execução de um contrato entre as partes.

O procedimento arbitral tem muita semelhança com o procedimento comum, porém na arbitragem, o árbitro organiza o procedimento de acordo com regras previamente estabelecidas e delimitadas e, de acordo com a escolha das partes quanto às regras a serem utilizadas, a arbitragem será mais flexível ou rígida, com grau maior ou menor de celeridade e formalidade.

Caso não haja acordo entre as partes quanto às regras a serem utilizadas, o árbitro poderá fazê-lo, ou aplica-se a legislação do Estado do local da arbitragem. No entanto, independente da forma pela qual se escolherão as regras orientadoras do procedimento arbitral, não se pode deixar de aplicar alguns princípios da justiça processual.

A cláusula compromissória ou arbitral, segundo Morais e Spengler, (2012, p.235) ao citar lei de arbitragem brasileira: "é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam surgir, relativamente a tal contrato". Deve ser estipulada por escrito no contrato ou em algum documento que a ele se refira. As partes podem definir preferência pela arbitragem *ad hoc* ou institucionalizada. Havendo a cláusula e não havendo acordo sobre os termos do compromisso, a parte interessada pode exigir em juízo o seu cumprimento forçado, porque agora com a nova lei, a sentença judicial disporá sobre os termos do compromisso previsto em seu artigo 10, inclusive nomeando arbitro ou instituição arbitral, valendo a

sentença como compromisso arbitral. Tal fato modifica o sistema anterior e cria mais uma fonte de litígios para o judiciário, pois é requisito formal que nos contratos de adesão o aderente institua ou concorde expressamente com a iniciativa de instituir a arbitragem, em documento anexo ou em negrito de forma especial a esta cláusula.

O compromisso, enquanto contrato, para que possa valer e ter eficácia deve atender os pressupostos de qualquer negócio jurídico em geral e os específicos deste contrato.

A convenção de arbitragem, qualquer que seja, configura impedimento processual. Caso a parte que convencionou a utilização da arbitragem for ao judiciário, a outra parte deverá argüir em preliminar de contestação visto que este procedimento de oficio é vedado ao juiz, para que o processo seja extinto sem resolução do mérito. Caso não seja argüida em preliminar, o silencio será entendido como renúncia do que foi convencionado anteriormente, situação em que o judiciário passará a exercer a função jurisdicional sem impedimento.

Além disso, podem-se citar outros requisitos de validade da cláusula arbitral: forma escrita, capacidade de consentimento das partes, objeto licito, podendo-se assim distinguir o que é passível de resolução pela via arbitral e o que é passível da jurisdição, como os direitos indisponíveis por exemplo.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição. 2012 p.240 apontam as quatro funções da cláusula arbitral apresentada por Eisman, quais sejam:

> a) que a cláusula deve produzir efeitos compulsórios sobre as partes;
> b) que deve manter as cortes dos Estados fora do procedimento até que o laudo arbitral seja produzido;
> c) os árbitros devem ter o poder de decidir todas as disputas que possam ocorrer entre as partes;
> d) a clausula deve criar um procedimento eficiente que leve a um laudo passível de ser reconhecido e que se faça cumprir.

Outros elementos também são citados por Morais e Spengler (2012, p. 240) que de acordo com Eisman são fundamentais à clausula arbitral: descrição dos elementos passiveis de serem arbitrados (as partes podem estender ou não a clausula a todo o

contrato); determinação dos árbitros (quando as partes não optarem pela arbitragem institucional ou também quando quiserem apresentar condições especiais sobre os árbitros); regras de procedimento para o procedimento arbitral; o local da arbitragem (a arbitragem *ad hoc* deve indicar o local); outros elementos de uma clausula arbitral (ex: numero de árbitros, a linguagem, custos etc.).

As partes têm a possibilidade de eleger seus julgadores. Caso não haja acordo quanto à escolha dos árbitros, a questão pode ser remetida ao judiciário estatal para que o magistrado ouvindo os litigantes profira sentença nomeando o árbitro ou os árbitros que conhecerão e decidirão o litígio.

A lei da arbitragem definiu normas gerais de conduta, perfil do árbitro entre outros, mas deve-se aplicar de forma subsidiaria as normas contidas no Código de Processo Civil referentes à atuação do magistrado. O Estado deve garantir a tutela efetiva, por mais que não atue diretamente no tratamento do litígio através de terceiro neutro e imparcial por ele designado.

Nesse sentido, GARCEZ, José Maria Rossani. Técnicas de Negociação Resolução Alternativa dos Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem. 2002, p.111, afirma que:

> É evidente que o árbitro, qualquer árbitro, independentemente de sua profissão, antecedentes, reputação, fama e da fonte eventual que o indicar, antes de mais nada deve ser ético e proceder eticamente em seu trabalho como se esse fosse o primeiro de sua vida, e, acrescentamos, pudesse ser o último.

Conforme o artigo 13 da lei de arbitragem, o arbitro deve atuar com imparcialidade, independência, competência, diligencia e discrição. O artigo 17 da lei equipara o árbitro ao funcionário publico, podendo ser responsabilizado penal e civilmente no exercício de suas funções.

Cabe ao arbitro ou tribunal arbitral observar as questões paralelas que eventualmente possam ocorrer e, caso elas versem sobre direitos indisponíveis, deverá suspender o procedimento arbitral e encaminhar as partes à autoridade judiciária competente e depois do trânsito em julgado segue-se normalmente a arbitragem.

Portanto, conforme afirma GARCEZ, José Maria Rossani. Técnicas de Negociação Resolução Alternativa dos Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem. 2002, p.111:

> Na verdade, diz a lei, o árbitro pode ser qualquer pessoa que conte com a confiança da parte que o nomeie. Naturalmente as partes procurarão escolhê-lo levando em consideração seu conhecimento específico sobre a matéria a ser objeto da arbitragem, sua experiência, sua reputação, sua idoneidade moral, sua imparcialidade e independência.

Quanto à sentença, laudo ou decisão arbitral é o instrumento escrito pelo qual o árbitro decide a questão que lhe foi submetida. Ao proferi-la o árbitro cumpre seu encargo. Possui estrutura semelhante à sentença judicial, possui elementos constituintes e requisitos para ser considerada válida e não ser argüida sua nulidade. Incorpora o julgamento com força de coisa julgada material exclusivamente entre as partes e nos termos do compromisso. Tem força executiva de decisão judicial sem precisar de homologação judicial, podendo ter a denominação "sentença arbitral" a decisão proferida pelo tribunal arbitral, visto que terá os mesmos efeitos de uma sentença judicial que é o de obrigar as partes em razão do contrato.

Quanto aos elementos e requisitos do laudo arbitral são: prazo para a entrega do laudo (quando as partes nada convencionarem a regra geral é de 6 meses); decisão arbitral deve ser datada e reduzida a termo e informação do local de sua prolatacão; inclusão de todos os elementos como nome das partes, objeto do litígio, resumo do mesmo e assinatura do julgador. Também são classificáveis conforme seu resultado em declaratórias, constitutivas e condenatórias.

No caso de faltar algum requisito, o laudo arbitral é passível de anulação mediante ação de anulação movida perante o judiciário estatal. As hipóteses de anulação são especificas e as partes possuem um prazo decadencial de 90 dias contados da data da notificação da decisão proferida pelo tribunal, para interpor. A expiração deste prazo configura o trânsito em julgado do laudo o que garante estabilidade e segurança jurídica às decisões arbitrais.

Sendo procedente a ação de anulação, a sentença de anulação possui natureza constitutiva, estando sujeita a todos os recursos ordinários e extraordinários previstos

pela lei processual. Caso esta possibilidade seja mal utilizada, descaracterizará a celeridade da arbitragem.

As Vantagens da arbitragem são muitas, dentre elas pode-se citar: maior rapidez em relação ao procedimento judicial; maior economia, apesar de que em alguns casos pode ser mais cara do que uma ação judicial; fácil execução do laudo arbitral; possibilidade de prosseguimento da execução do contrato objeto do litígio enquanto se busca uma solução à controvérsia; manutenção das relações cordiais e de colaboração entre as partes e ainda facilitação da transação levando as partes a firmar acordo.

Evidente que a arbitragem, assim como todo e qualquer procedimento, também tem algumas desvantagens, dentre as quais pode-se citar: em alguns casos existe a possibilidade do procedimento ser mais lento do que a via judiciária; a eminência de intervenção judiciária e o fato de que em se tratando de questões extensivas sustentadas por correntes jurisprudenciais e julgados efetivamente o procedimento arbitral não é o mais idôneo. Além disso, a carência de procedimentos rígidos pode resultar em atos ilegítimos, imorais etc., ou em disputas ainda maiores entre as partes; possibilidade de ausência de neutralidade, pelo fato de às vezes os árbitros terem relações com alguma das partes ou com seus advogados; preexistência de ressentimentos entre as partes.

Porém, isso não justificaria a não utilização das vias alternativas à jurisdição, em especial o caso da arbitragem, pois o mais importante de tudo é o fato de que sua utilização desafoga o judiciário, evitando-se a demora do término dos conflitos instaurados na justiça comum e dos diversos tipos de recursos e graus recursais existentes em nosso sistema, além do que se devem considerar as vantagens que o procedimento oferece, com vistas ao objetivo maior que é a rápida e eficaz solução dos litígios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Tendo em vista o congestionamento da via judicial pelo acúmulo de processos que tramitam em nossos Tribunais, além da ânsia cada vez maior da sociedade em alcançar a solução dos seus conflitos, pois afinal estamos vivendo em uma Era onde a velocidade das informações trazidas pelo avanço tecnológico pela internet e pela

globalização faz com que possamos estar em diversos lugares numa questão de segundos, torna necessária a busca por métodos alternativos de resolução de conflitos. Assim, merece destaque a utilização da arbitragem como alternativa de resolver os litígios que envolvam bens patrimoniais, direitos disponíveis de forma célere, com complexidade processual reduzida, informalidade, sigilo, economia e a vontade das partes em solucionar o litígio.

Além disso, o uso dessa via alternativa possibilita que após a sentença arbitral o relacionamento entre as partes provavelmente prosseguirá, o que normalmente não ocorre na via judiciária comum, que geralmente ocasiona desgaste entre as partes.

Cabe destacar, que com a utilização da arbitragem não se pretende extinguir a função jurisdicional do Estado, tampouco concorrer com ela, mas sim pretende auxiliar e ajudar a desafogar o judiciário. Essa forma alternativa de acesso à justiça representa, portanto, uma opção a mais às partes para solucionar seus conflitos de forma vantajosa para todos.

Um dos grandes entraves ao uso da arbitragem, que era a necessidade de homologação das sentenças proferidas pelos árbitros, teve fim com o advento da Lei de Arbitragem, fazendo com que a partir dela também não se admita recurso ao judiciário, pois sua sentença produz os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Portanto, atualmente mais do que nunca devemos incentivar a prática da Justiça Arbitral como alternativa contra a morosidade do Poder Judiciário, visto ser uma opção segura, confiável e eficaz para a solução da crise burocrática do sistema judiciário atual, capaz de imprimir celeridade, confidencialidade, economia, além de todas as vantagens já analisadas, e mais, preservar a autonomia e a liberdade do indivíduo no sentido de promover a participação democrática do cidadão na função jurisdicional.

REFERÊNCIAS

XVI CONFERENCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. Livro de Teses. **Tema III Os Novos Acessos à Justiça. Ampliação do Uso da Arbitragem no Brasil** – a Revitalização da Arbitragem no Brasil sob um Enfoque Realista e um Episódio Diferente. Maristela Basso.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: UFMT, 2002, p. 51.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Grinover, Ada Pelegrini; Dinamarco, Candido R. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 12ª ed. 1996.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Técnicas de Negociação Resolução Alternativa dos Conflitos:** ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Rio de Janeiro:Editora Lúmen Júris. 2002, p.86.

GRUNWALD, Astried Brettas**. Os Princípios Constitucionais Processuais como Signo da Efetividade do Acesso à Justiça no Estado Democrático de Direito**. Dissertação de Mestrado. São Leopoldo: 2002.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem:** Alternativas à Jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.38.