

ARBITRAGEM: UMA SAÍDA LIBERAL À CRISE DO JUDICIÁRIO

ARBITRATION: A LIBERAL SOLUTION TO THE JUDICIARY'S CRISIS

Wilson Euclides Guazzi Massali^{**}

Rozane da Rosa Cachapuz^{**}

Resumo: De longa data, buscam-se alternativas para enfrentar as crescentes demandas que chegam ao Judiciário. Se não é possível impedir a existência dos conflitos, nem tampouco estruturar esse Poder com os meios e recursos necessários para a consecução de seu fim, torna-se crucial a adoção de alternativas que visem a uma redução de litigiosidade. É nesse contexto que entra em cena o presente trabalho, investigando um dos meios de que se dispõe para tornar mais célere e efetiva a pacificação dos conflitos, a arbitragem, retirando uma dada controvérsia do campo de apreciação da jurisdição estatal, para entregá-la a um árbitro.

Palavras-chave: Pacificação de conflitos. Redução de litigiosidade. Arbitragem.

Abstract: For a long time, it is searched alternative means to face the increasing demands which arrive to the Judiciary. If it is not possible to avoid neither the existence of conflicts nor structure this Power with the resources and instruments necessary to perform its competences, it is fundamental the adoption of the means which guarantee the reduction of the use of the Judiciary. This is the context in which this research is settled. It inquiries one of the tools which is available to make more efficient the pacification of conflicts: the arbitration, which subtract litigations out of the jurisdictional sphere of the State in order to be submitted to an arbitrator.

Key-words: Pacification of conflicts. Reduction of litigations. Arbitration.

^{*} Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduado 'lato sensu' pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar. Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Email: wmassali@uol.com.br.

^{**} Doutora em Direito Internacional, com ênfase em Direito de Família, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito Negocial, nas áreas de Civil e Processo Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (1998). Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha (1993). Email: rozane_cachapuz@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

Em tempos em que se empresta tanta ênfase à garantia plena do acesso à justiça, que hoje ganha até mesmo contorno constitucional, esquece-se, por outro lado, do abarrotamento dos serviços judiciários, onde milhões de processos aguardam julgamento e inviabilizam, em última análise, a tão almejada pacificação social.

O problema da inefetividade da justiça afeta a própria ideia de direito como instrumento de busca da paz social.

Em razão disso, nunca se esteve tão em voga a crise do sistema judiciário brasileiro. Os litígios crescem em proporção diametralmente oposta à estrutura material e humana para sua resolução. Muitos processos, poucos agentes.

De longa data, legisladores e juristas vêm buscando alternativas para enfrentar o crescente grau de demandas que chegam aos escaninhos do Judiciário, que sofre do grande malefício de uma estrutura arcaica, tanto no campo material como humano.

O efeito devasso da entrega tardia e, muitas vezes, ineficaz, da prestação jurisdicional, é a proliferação ainda maior dos litígios e sua conseqüente eternização, o que afeta sobremaneira os fins colimados por um Estado Democrático de Direito, que finca seus ideais na pacificação social.

Se não é possível impedir a existência dos conflitos, nem tampouco estruturar o poder jurisdicional com os meios e recursos necessários para a consecução de seu fim, torna-se crucial uma mudança na consciência coletiva, deixando um pouco de lado o tradicionalismo processualista e rumando para órbitas que visem a uma redução da litigiosidade.

É nesse contexto que entra em cena o campo de pesquisa do presente trabalho, investigando, dentro da previsão normativa do ordenamento, um dos meios de que se dispõe para tornar mais célere e efetiva a pacificação dos conflitos, a arbitragem, sem que com isso seja necessário comprometer ou restringir o amplo acesso à justiça.

1 MEIOS DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

Desde os primórdios da história humana, a existência de conflitos gerados dentro e fora dos grupos sociais e entre membros de um e de outro grupo, levou os homens a buscar meios para solucioná-los.

Muitas vezes, os métodos empregados não eram pacíficos, levando a lutas e guerras. Por outro lado, a utilização da força nem sempre se fez presente e passou-se a buscar mecanismos que possibilitassem a vida pacífica em comunidade e entre as diversas sociedades.

Nas palavras de José Cretella Neto (2004, p. 2), “resolver um litígio significa colocar fim à questão discutida em concreto, dando a uma das partes, parcial ou totalmente, razão sobre o tema discutido”.

Dentre as formas de pacificação de conflitos, pode-se mencionar as seguintes:

a) **Autotutela:** através desse meio, que é um dos resquícios da justiça privada, precedente ao período da *cognitio extra ordinem* do direito romano, o contendor procura resolver o conflito por sua própria conta, utilizando-se dos meios de que dispõe, às vezes, violento, para satisfazer a pretensão que ostenta contra seu adversário.

A crise da autotutela, que no decorrer da história, mostrou-se insuficiente para dar solução aos conflitos oriundos da vida em sociedade, fez com que o Estado tomasse para si a tarefa de decisão dos litígios, o fazendo através do poder-dever jurisdicional.

A *cognitio extra ordinem* do direito romano é considerada o marco da transferência da justiça privada para a pública. Relembra Cintra que, a partir daí, “o Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindido da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1995, p. 23). Nasce, então, aquilo que chamamos de jurisdição.

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda contempla hipóteses onde é admitida a figura da autotutela. Não podendo o Estado, em casos excepcionais, fazer-se presente no tempo necessário para afastar a lesão ao direito, mantém reservada ao indivíduo a possibilidade de adotar as providências necessárias, por seus próprios meios, para defender o interesse em risco.

b) **Autocomposição:** é a forma pela qual as partes, com ou sem a interferência de um terceiro, chegam a um consenso quanto ao conflito, resolvendo-o, seja através de concessões mútuas, reconhecimento do pedido da parte adversa ou renúncia ao direito objeto da controvérsia.

É de bom alvitre assinalar que somente os direitos disponíveis, considerados como tais aqueles que estejam dentro da esfera de disponibilidade volitiva das partes, são passíveis de composição entre os interessados. A indisponibilidade do direito ou a falta de capacidade jurídica das partes para transacionar são os principais óbices ao desiderato da composição do litígio.

A autocomposição pode ser espontânea ou induzida. A primeira ocorre quando as partes envolvidas no conflito encontram, sem o auxílio ou interferência de terceira pessoa, um caminho apto à solução do litígio. A segunda é aquela onde a pacificação é obtida mediante a intercessão de outrem, alheio ao conflito, como são exemplos o conciliador e o mediador.

c) **Heterocomposição**: ocorre quando um terceiro, alheio ao conflito, profere decisão que vincula as partes ao seu cumprimento.

Duas são as vias de decisão de litígios. Primeiro, a arbitral, segundo a qual um terceiro, escolhido pelas partes, é chamado a resolver o impasse. Segundo, a jurisdicional estatal, fruto do poder que é conferido ao Estado para dizer coercitivamente o direito, o que faz através do Poder Judiciário.

2 SISTEMA PLURALISTA DE COMPOSIÇÃO DE CONFLITOS

O ordenamento jurídico brasileiro contempla um verdadeiro arsenal de mecanismos de resolução de conflitos, que vão desde as práticas consensuais até aquelas medidas de cunho coercitivo, apoiadas no poder jurisdicional do Estado.

A oferta de diferentes meios de composição, com vistas ao alcance da justiça e da pacificação social, não exclui um ao outro. Ao contrário, interagem, de forma a possibilitar ao jurisdicionado a escolha daquele que se revelar mais eficiente ao enfrentamento da controvérsia.

É certo que o processo judicial, sozinho, jamais será um instrumento suficiente para dar conta de todos os conflitos sociais. Assim, cresce a consciência de que, se o que importa é a pacificação, não interessa se ela foi obtida através do poder estatal ou de um outro que, de igual forma, se revelou eficiente para a solução do litígio. O exacerbado intervencionismo estatal cede espaço a uma visão mais liberal de pacificação.

3 FATORES DE CRISE DO SISTEMA DE ACESSO À JUSTIÇA

O sistema de acesso à justiça convive com uma crise quase que permanente. Diversos fatores têm contribuído para esse resultado, que se não inviabiliza a tarefa de pacificação de conflitos, a torna insatisfatória.

A crise do sistema brasileiro deriva de diversos pontos.

Primeiro, a morosidade do Poder Judiciário em entregar a prestação jurisdicional que lhe é exigida através do direito de ação. Esse fator é consequência de um conjunto de outras razões que se interagem, tais quais: a falta de recursos financeiros destinados aos órgãos judiciais, que acaba por acarretar uma total desestrutura humana e material para o cumprimento de seu desiderato; a falta de suficiente capacidade de administração financeira e orçamentária ao nível dos Tribunais; a opção do legislador, por força do sistema, de dar grande ênfase ao valor “segurança jurídica”, em detrimento da aceleração dos julgamentos; por força disso, a grande quantidade de recursos, previstos no ordenamento

jurídico, para atacar uma decisão jurisdicional de instância inferior; a grande quantidade de demandas que chegam aos escaninhos do Judiciário, números que vêm em uma crescente quase que desordenada.

Segundo, o surgimento de novos direitos, não reconhecidos até poucas décadas atrás, que tornam ainda mais complexa e demorada a atividade de julgar. Nos dias de hoje, pode-se citar o aparecimento de controvérsias na área ambiental, na biotecnologia, na bioética, na cibernética, nos interesses transindividuais, dentre outros.

Terceiro, a onerosidade excessiva àquele que procura as vias judiciais de resolução de conflitos. O processo, como um todo, possui um custo bastante elevado, principalmente para aqueles que não detêm condições financeiras sequer para contratar um advogado que patrocine sua causa.

Quarto, a falta de informação do indivíduo quanto aos direitos que ostenta, um problema verdadeiramente cultural, que só pode ser solucionado a partir de um maior investimento em políticas públicas, em especial, a educação.

4 NOVAS TENDÊNCIAS PARA A REVITALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Diversas alternativas têm sido exploradas no decorrer dos tempos para revitalizar a idéia de acesso à justiça. Para isso, os estudiosos do direito buscaram identificar os pontos de estrangulamento do sistema, apontando soluções para a superação dos obstáculos. A partir daí, medidas de ordem administrativa, legislativa e judicial são adotadas para permitir a fruição, por toda a coletividade, desse peculiar direito fundamental.

Uma dessas válvulas de escape é o recurso aos meios alternativos de pacificação de conflitos.

É forçoso reconhecer que os meios estatais de solução de conflitos não têm se mostrado hábeis a atingir, sozinhos, os fins da pacificação social. Cada vez mais forte a tendência de recurso aos meios alternativos, que de longa data são colocados à disposição da sociedade, como uma forma de válvula de escape àqueles que não desejam seguir os percalços da jurisdição estatal.

De fato, o Poder Judiciário sofre com o elevado número de demandas que chegam todos os dias à sua apreciação. A desestrutura material e humana também contribui para a morosidade dos processos, que aliado ao alto custo financeiro do embate, constitui grande óbice à resolução efetiva dos conflitos.

Como preconizado por Tucci e Cruz e Tucci (1989, v. 1, p. 110), “justiça tardia corresponde a verdadeira denegação de justiça” ou por Rui Barbosa (1997, p. 40), para quem “a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Além da atividade jurisdicional do Estado e da chamada justiça conciliatória, outra bastante importante existe que está inserida no rol das vias alternativas de pacificação de conflitos. É a arbitragem, que por muitos já foi considerada como a inovadora solução do problema da justiça. Todavia, é forçoso reconhecer que essa prerrogativa ainda está mais no plano potencial do que concreto. A cultura do povo brasileiro não abraçou, como se esperava, a solução arbitral.

5 PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM

Embora seja inevitável, na maioria das vezes, a judicialização dos conflitos, crê-se na conscientização da importância de reduzir ao máximo o âmbito e o grau de litigiosidade, somente levando à apreciação judicial os conflitos que restarem insuperáveis, em homenagem ao que aqui se ousa chamar de *princípio da litigiosidade mínima*, que tem como ideia principal a utilização de meios legais que façam reduzir o número de demandas levadas à decisão final do Poder Judiciário.

Se não nos é possível eliminar a fonte crescente dos conflitos, nem tampouco restringir o constitucional acesso à justiça, nem muito menos garantir ao sistema judiciário uma estrutura compatível com o desiderato que lhe é outorgado, outra alternativa não nos resta senão buscar, dentro dos meios que o ordenamento jurídico nos concede, uma mudança na consciência jurídica que possibilite uma redução da litigiosidade, que em última análise, nada mais significa do que uma menor quantidade de demandas ajuizada.

Mas, para que isso aconteça, mister se faz uma mudança na consciência jurídica, hoje tão atrelada e conformada à idéia do litígio quantitativo e às técnicas do processo judicial individual.

E será nesse cenário que se debruçará de agora em diante, abordando o instituto da arbitragem, um dos instrumentos de que se dispõe para reduzir o número de litígios submetidos à apreciação final do Poder Judiciário, sem que isso comprometa o amplo acesso à justiça ou a pacificação de conflitos.

5.1 Crise do Judiciário e Arbitragem

A arbitragem é uma saída liberalista na busca de alternativas à crise do aparato judiciário.

O Estado, não mais conseguindo sustentar, sozinho, o desejado monopólio jurisdicional, delega uma fatia da tarefa pacificadora à arbitragem. A teoria do Estado mínimo, de postura liberal, é chamada a atender aos reclamos de uma sociedade que não mais enxerga no órgão jurisdicional estatal a chave exclusiva para a pacificação dos conflitos.¹

A sociedade, em razão das constantes transformações a que está sujeita, se vê na iminente necessidade de buscar soluções para os seus males. Se o monopólio jurisdicional estatal não mais funciona a contento, de forma a atingir, de maneira plena, o ideal pacificador, outra alternativa não resta do que delegar a particulares essa possibilidade.

Há de se ter em mente que a arbitragem, dentro do sistema pluralista aqui sustentado, é apenas mais um dos meios alternativos de resolução de conflitos de que se dispõe. É uma opção destinada àqueles que desejam fugir dos percalços de um processo judicial.

Comentando a respeito, assim leciona Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 38-9):

É preciso frisar que a arbitragem não é uma maneira de resolução de conflito melhor ou pior do que qualquer outra, inclusive quando comparada à forma judicial (órgãos do Poder Judiciário). Cada um desses meios de resolução de conflitos possui características específicas e distintas, geradoras de fatores que são interpretados pela doutrina como vantajosos ou desvantajosos. Em certos casos, é recomendável, inclusive, que sejam reunidas várias formas, criando-se sistemáticas híbridas de resolução de litígios. O que deve ser buscado, sempre que possível, é facilitar o acesso da população a ordem jurídica justa e, com isso, estabelecer modos em que a pacificação na sociedade seja realizada de maneira mais efetiva, dentro de um quadro de legitimidade e de preservação do Estado de Direito. A arbitragem deve ser reconhecida apenas como um dos caminhos que o sistema jurídico proporciona para que as partes resolvam os seus conflitos e, assim, como instrumento de realização dos escopos da jurisdição.

Essa nova forma de encarar e prestar a jurisdição – desta feita privada – significa, antes de tudo, um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade, que abandona a ideia de exclusividade sustentada pela jurisdição estatal, procurando se adequar às tendências do processo civil contemporâneo, na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses. (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 109).²

¹ “[...] foi o liberalismo, enquanto ideologia, quem induziu o legislador a escolher a arbitragem e guiou-o quanto ao conteúdo de sua disciplina normativa. Em resumo, a crise provocou a reação do legislador, mas foi o liberalismo quem orientou-o quanto à solução do problema. Por conseguinte, a arbitragem é uma resposta à crise do Judiciário, mas uma resposta de tipo liberal. Pelo que poderíamos dizer, sinteticamente, ser a arbitragem uma resposta do liberalismo à crise do Judiciário”. (ROCHA, 2008, p. 6).

² Registre-se que referido autor, em edição anterior de sua obra, meses após o advento da Lei de Arbitragem no Brasil –Lei n. 9307/96-, já chamava a atenção para esse revolucionário instituto. Citemos um trecho de suas palavras: “A tentativa que se faz agora através da introdução de um novo regime de juízo arbitral é positiva e merece ser bem recepcionada pelos operadores de direito dos mais diversos segmentos institucionais, tendo em vista que irá proporcionar, com o passar do tempo, maior agilização ao Poder Judiciário,

É evidente que o sucesso do argumento passa pela necessária mudança de conduta do jurisdicionado, com postura hoje tão voltada à jurisdição estatal. Muito embora se veja incitado pela celeridade e economia do juízo arbitral, ainda parece desconfiar da segurança e efetividade de suas decisões. Criou-se uma cultura de que o magistrado é sempre o ser mais capacitado a proferir as melhores decisões. Talvez por isso o instituto ainda não ganhou a engrenagem necessária no Brasil.

A respeito desse fenômeno, anota Cezar Fiúza (1995, p. 217):

Por razões talvez históricas, a cultura brasileira transformou o Estado em pai e mãe de todos. Dele dependemos para tudo. Ele é o grande culpado por todos os nossos males e, também, o único benfeitor. Sintetiza o Estado Brasileiro as figuras do bandido, do mocinho, do bode expiatório e do salvador da pátria. Por via de conseqüência, como é do Estado a tarefa de resolver todos os nossos problemas, compete a ele, e só a ele, a tarefa de julgar nossos litígios.

Álvaro Vilaça Azevedo (2001, p. 20) enxerga na arbitragem a válvula de escape para dar solução à crise do Judiciário. Para tanto, aduz que “o acúmulo de processos existentes nos tribunais hodiernamente enseja a necessidade de um meio célere e equânime de solução de conflitos de direitos disponíveis, portanto, a arbitragem é o instrumento mais justo para dirimir os conflitos do futuro”.³

porquanto reduzirá o seu volume de trabalho em questões complexas e que, via de regra, demandavam elevados custos aos litigantes, seja de ordem econômica, seja temporal. Essa nova forma de prestar a jurisdição – desta feita privada, significa antes de tudo um avanço legislativo que vem refletir uma nova mentalidade que, por sua vez, procura-se adequar às tendências do processo civil contemporâneo na busca de formas alternativas de solução dos conflitos de interesses. [...] Em outros termos, trata-se, em última análise, de mecanismos hábeis à ampliação do acesso à ordem jurídica justa, como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados. [...] Esse novo modelo – inversamente do que pensam alguns operadores e estudiosos do Direito – em nada afronta a Lei Maior, enfraquece ou desprestigia o Judiciário. Muito pelo contrário, vem para minimizar a crise jurisdicional e permitir ao Estado-juiz que dirija a sua atividade principal à solução de conflitos que não podem, por questões de ordem pública, ser conhecidos pela justiça privada. Haverá sim – e o tempo há de ser a maior testemunha do que se afirma – o revigoramento da legitimação do Poder Judiciário perante o povo brasileiro e a reestruturação de nossa cultura jurídica, à medida que se oferecem ao povo mecanismos diversificados, alternativos, de composição de seus conflitos”. (FIGUEIRA JUNIOR, 1997, p. 54-57).

³ “A Lei de Arbitragem significa uma verdadeira revolução na cultura jurídica brasileira, à medida que coloca lado a lado a jurisdição estatal com a privada, à escolha do jurisdicionado. O direito processual civil precisa retomar a sua dimensão social, adequando-se historicamente às realidades e necessidades dos novos tempos, a começar pelo rompimento do mito do monopólio estatal da jurisdição, exorcizando o terror da imposição da cláusula arbitral em todo e qualquer contrato, sem que isso importe em enfraquecimento do Judiciário ou na inafastabilidade do controle jurisdicional”. (CONDADO, 2008, p. 86).

Crê-se que o maior desafio seja transportar para a realidade prática todos os benefícios que estão infiltrados na teoria do instituto. E é aí que entra a missão do operador do direito.

5.2 Conceito e Características da Arbitragem

A arbitragem é um meio alternativo, extrajudicial, heterocompositivo, de resolução de conflitos de caráter patrimonial disponível, segundo o qual as partes litigantes entregam, de comum acordo, a um árbitro, a solução da controvérsia que os aflige, sendo que a decisão proferida possui força de coisa julgada entre elas, impedindo, via de regra, a reapreciação da matéria de mérito pelo Judiciário.

Desse conceito, podem-se extrair diversos elementos que o compõem, de forma a permitir um melhor entendimento do que realmente seja o instituto da arbitragem.

De início, há de se ter em mente que a arbitragem é uma alternativa à disposição daqueles que não querem submeter o seu litígio aos meandros do processo judicial. É sabido que o Judiciário atravessa uma insistente crise, que acaba comprometendo a entrega da prestação jurisdicional que lhe é incumbida. A lentidão dos processos, a onerosidade excessiva, a insuficiência de capacidade técnica do julgador em matérias minimamente específicas, têm sido fatores que desestimulam os jurisdicionados a optar pela via judicial. E é nesse momento que surge a opção pelo juízo arbitral.

Oportuno o ensinamento de Rozane da Rosa Cachapuz (2000, p. 75-6) acerca dos atrativos da arbitragem:

É importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetivo, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exercício de juizes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.

A arbitragem é um método extrajudicial de resolução de conflitos, processando-se o julgamento da lide fora do âmbito do Poder Judiciário. Duas ou mais partes, capazes, escolhem um árbitro, a quem competirá a apreciação do problema, proferindo decisão a respeito. O preenchimento dos requisitos legais importa na exclusão da lide do círculo de atribuições da jurisdição pública.

É uma forma heterocompositiva de resolução de conflitos, diga-se, as partes delegam a um terceiro, o árbitro, a decisão sobre o mérito do litígio, que terá carga impositiva contra o sucumbente, sentença esta que terá força de título executivo judicial, à vista do que dispõe o artigo 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, e artigo 31 da Lei n. 9307/96.⁴

Em seus comentários ao instituto, leciona Carmona (2006, p. 51-2):

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).

A arbitragem presta-se apenas à solução de litígios que se referem a direitos patrimoniais que as partes, capazes, tenham a possibilidade de dispor. A disponibilidade e a patrimonialidade são os critérios a serem utilizados para determinar a matéria objeto da arbitragem. Um conflito, por exemplo, envolvendo uma pessoa interdita, não pode ser encaminhado à decisão arbitral. Da mesma forma, impossível que um ato de improbidade administrativa venha a ser julgado por um árbitro.

O juiz da causa na arbitragem é o árbitro, pessoa de confiança das partes, por elas livremente escolhida, geralmente com conhecimentos técnicos compatíveis ao objeto em litígio. O árbitro é investido do múnus da jurisdição privada. A lei outorga a ele o poder de declarar o direito no caso concreto, em função equiparada a do juiz togado. Sua decisão tem caráter impositivo, independentemente de homologação judicial, fazendo coisa julgada entre as partes, com força de título executivo judicial.

A sentença arbitral, via de regra, não será objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Entendimento diverso equivaleria a retirar do instituto sua principal utilidade, impedir que certos conflitos cheguem aos escaninhos do órgão judicial, hoje tão abarrotado a ponto de comprometer a entrega adequada e efetiva da tutela jurisdicional.

Contudo, por exceção, pode a parte interessada pleitear ao Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral, se preenchidas as hipóteses previstas no artigo 32 da Lei n. 9307/96.⁵

⁴Art. 475-N do CPC : São títulos executivos judiciais: (...) IV - a sentença arbitral.
Art. 31 da Lei 9307/96 : 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.

Cumpre salientar, no entanto, que o juízo arbitral não possui força para executar uma sentença descumprida. O inadimplemento voluntário do comando dispositivo arbitral enseja a necessidade de recurso às vias judiciais, a quem compete a prática dos atos de expropriação e sub-rogação.

A esse respeito, discorre Joel Dias Figueira Junior (1999, p. 156):

O que o árbitro ou tribunal arbitral não detém é o poder de imperium ou a força para ordenar esta ou aquela medida, seja provisória, seja definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados e não se comparam aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias serão solicitadas pelo órgão julgador privado ao Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa (art. 22, parágrafos 2 e 4), assim como a execução forçada da sentença arbitral constitui título executivo judicial.

E arremata :

Diferentemente do juiz togado, falta ao árbitro jurisdição ancorada em imperium, ou seja, aquela representada pelo poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado. No mais, os poderes de ambos se equivalem, inclusive quanto aos efeitos das sentenças por eles proferidas (coisa julgada).

Como já afirmado, a sentença arbitral, para ganhar os atributos da imutabilidade e executividade, não necessita de homologação judicial. A exceção corre por conta da sentença arbitral estrangeira, que para poder ser executada em território brasileiro, deve passar pelo crivo do Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, inciso I, alínea 'i', da Constituição Federal).

5.3 Arbitragem e princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional estatal

Muito se discutiu no passado acerca da possível inconstitucionalidade do instituto da arbitragem que, segundo alguns, aniquilaria a garantia constitucional de acesso ao Judiciário, frente à determinada lesão ou ameaça a direito.

Essa corrente doutrinária não encontrou a sustentação necessária, por vários argumentos que lhe foram contrapostos. Primeiro, há de se ter em mente que a arbitragem não é obrigatória, mas uma alternativa à disposição de partes maiores e capazes, que desejem levar à solução arbitral um determinado conflito de interesses de caráter patrimonial disponível.

⁵ Art. 32 - É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido a arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2, desta Lei.

Diga-se, a lei não obriga ninguém a optar pela via da arbitragem. Não existe, no ordenamento nacional, a figura obrigatória do instituto. Como dantes afirmado, a arbitragem faz parte de um sistema plural de composição de conflitos, cabendo à parte decidir se leva o conflito à apreciação judicial ou arbitral.⁶

Chamado a manifestar-se sobre a constitucionalidade do instituto, o Supremo Tribunal Federal o fez positivamente, valendo destacar, naquela ocasião, o parecer apresentado pelo então Procurador Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro⁷:

[...] o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a lei não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àquele das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário.

Alerta Figueira Junior (1999, p. 160) que a jurisdição privada visualizada na arbitragem não exclui, ao contrário, complementa a jurisdição estatal:

O novo sistema normativo da arbitragem não excluiu do Poder Judiciário a apreciação da decisão arbitral (desde que ocorridas determinadas circunstâncias), bem como não impõe de forma absoluta aos jurisdicionados a instituição desse juízo. Estamos diante de uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de faculdade concedida às partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução dos seus conflitos.

Segundo, há de se ter em mente que o objeto da arbitragem é o conflito que verse sobre direitos patrimoniais de caráter disponível. Tais direitos, por sua própria natureza, podem ser objeto de renúncia por parte de seu titular.

⁶ “A iniciativa de submeter seu litígio ao Poder Judiciário ou optar pela via alternativa é facultado pela lei na medida e na importância que o desejarem, mas a lei não obriga a opção pela via alternativa, seja ela antes da ação ou no decorrer dela. Apenas afirma a liberdade de escolha dos indivíduos sem violar o direito de acesso; é o princípio dispositivo que norteia a atividade processual. Donde se conclui que a jurisdição do Estado só não pode ser evitada quando provocada, mas, se preferir a via alternativa, a vontade deve ser respeitada e tutelada pelo Estado, em especial quando se tratar de direitos disponíveis sobre os quais as partes podem dizer como irão fazê-lo e como resolverão as questões”. (CONDADO, 2008, p. 108).

⁷ Autos de homologação de sentença estrangeira, STF, julgamento em 12/12/2001.

Ora, se é possível o mais – renunciar ao direito – por força do princípio da ponderação proporcional dos interesses também se pode o menos – renunciar, em um caso concreto, a uma forma de exercício desse direito -, optando pela solução arbitral, em detrimento do acesso ao Poder Judiciário.⁸

É importante lembrar que na esfera dos interesses patrimoniais disponíveis vige o princípio da autonomia da vontade, aplicável não somente sob o ângulo do direito material, mas também do processual, podendo a parte optar por esta ou aquela via de resolução de conflitos, inclusive aquelas de cunho autocompositivo.

Terceiro, deve-se frisar que a própria Lei de Arbitragem prevê hipóteses onde será possível à parte socorrer-se do Judiciário, ainda que, de início, tenha optado pela via arbitral. É claro que são situações excepcionalíssimas, pois do contrário, estar-se-ia esvaziando a finalidade do instituto, que é justamente excluir da apreciação judicial o mérito de algumas causas que podem ser resolvidas no âmbito da jurisdição privada.

A esse respeito, e isso será melhor analisado mais adiante, tem-se que é possível o recurso ao Judiciário para exigir o cumprimento da cláusula compromissória, caso o renitente não deseje submeter-se ao juízo arbitral. O artigo 33 da Lei 9307/96 prevê que a parte interessada poderá pleitear ao Poder Judiciário a decretação de nulidade da sentença arbitral, quando presentes as hipóteses descritas no artigo antecedente, por exemplo, quando a decisão for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Por tais argumentos, entende-se que o instituto da arbitragem não viola o princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, ao contrário, é mais uma válvula na busca da pacificação social.

⁸“Como sabemos, o artigo 5, item XXXV, da Constituição assegura a todos a garantia fundamental de acesso ao Judiciário para pedir-lhe a tutela jurisdicional contra lesão ou ameaça de lesão a direitos. A arbitragem violaria esse direito? Embora o acesso ao Judiciário constitua garantia fundamental reconhecida em todo o mundo ocidental, desde a Revolução Francesa de 1789 até a Declaração da ONU de 1946, entendemos não ser a Lei de Arbitragem inconstitucional na medida em que ela é fundada na vontade das partes, ou seja, outorga às partes a possibilidade de escolher outra via para a solução dos conflitos e restringe essa escolha aos conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis, isto é, aqueles a respeito dos quais a vontade dos titulares opera autonomamente. A lei seria inconstitucional se a arbitragem fosse obrigatória, caso em que impediria o acesso ao Judiciário, violando, assim, o direito fundamental que o assegura. Em outras palavras, a arbitragem importa apenas a renúncia circunstancial, em um caso concreto e a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, ao exercício do direito fundamental de acesso à justiça, hipótese diferente da renúncia, de modo genérico, definitivo e irrevogável, ao próprio direito fundamental de acesso à justiça, esta sim inconstitucional dada a natureza irrenunciável dos direitos fundamentais.” (ROCHA, 2008, p. 16-7).

5.4 Vantagens da Arbitragem

Partindo da premissa que a arbitragem é uma alternativa para superar os males atribuídos à crise do Poder Judiciário, torna-se mais coerente que sejam analisadas suas vantagens em comparação ao processo movido através da via judicial.

Nesse sentido, parece que o instituto em análise acarreta grandes benefícios àqueles que dele lançam mão:

a) *Celeridade*: o procedimento adotado pelas partes é bem mais célere do que aquele trazido pelo Judiciário. Os próprios interessados podem fixar o prazo em que deve ser proferida a decisão, e não o fazendo, será este de seis meses.⁹

b) *Informalidade*: o procedimento aplicável à arbitragem, até porque pode ser definido pelas partes, é bem mais simples e informal do que aquele visualizado no processo judicial. A única observação é que essa escolha deve respeitar os princípios constitucionais de observância obrigatória, tais quais o contraditório, a ampla defesa, etc.

c) *Irrecorribilidade das decisões*: as decisões dos árbitros, em regra, são irrecorribéis, o que torna mais ágil o procedimento e faz alcançar, com maior celeridade, o resultado final do processo arbitral.

A respeito, discorre Carmona (2006, p. 44):

Nada impede, porém, que as partes estabeleçam que a sentença arbitral possa ser submetida a reexame por outro órgão arbitral ou por outros árbitros, ou ainda que, na hipótese de não ser a decisão unânime, possa o vencido interpor recurso semelhante aos embargos infringentes previstos no Código de Processo Civil, fazendo integrar o tribunal arbitral por outros membros, escolhidos da forma estabelecida pelos contendores. Importa ressaltar, porém, que tais recursos são sempre internos, nunca dirigidos a órgãos da justiça estatal. É a decisão arbitral que obrigará as partes e que se sujeitará ao ataque previsto no art. 33 será aquela final, após a decisão dos referidos recursos. Apesar da aventada possibilidade de disporem as partes acerca dos recursos, como parte do procedimento arbitral, o fato é que tais recursos são de todo inconvenientes e a sua utilização não parece corriqueira em países onde a arbitragem vem florescendo.

⁹“No que tange a celeridade, normalmente a arbitragem tende a ser mais rápida do que a forma judicial, na resolução dos conflitos. Essa rapidez está diretamente vinculada à possibilidade de escolha do procedimento pelas partes. É que estas acabam optando por um procedimento mais célere e flexível, com regras mais simples e, via de regra, sem a previsão de recursos quanto às decisões do árbitro. Outro fator que pode contribuir para a aceleração da decisão é a possibilidade de escolha do julgador. Diante dessa opção, as partes podem escolher árbitro que detenha conhecimentos técnicos sobre a matéria objeto do conflito e que, conseqüentemente, tenha maiores facilidades para interpretar e decidir as questões técnicas controversas, favorecendo a maior rapidez na formação do convencimento do julgador”. (SANTOS, 2004, p. 30).

d) *Especialidade*: as partes, na arbitragem, podem nomear um árbitro que tenha plenos conhecimentos sobre a matéria objeto do litígio. Se no Judiciário o pleito receberia julgamento por parte do magistrado (que, muitas vezes, não conta com conhecimento técnico suficiente para tanto), no juízo arbitral o conflito é dirimido, em regra, por *experts* no assunto, o que faz presumir que sua decisão tenha um maior grau de aceitação pelas partes, que de comum acordo, o escolheram para o encargo.

e) *Discrição*: em regra, a arbitragem é sigilosa, justamente o oposto do processo judicial, que é público por excelência. A confidencialidade é traço marcante do procedimento arbitral, resguardando o interesse da parte que não quer expor sua vida financeira a um sem número de pessoas.

5.5 Intervenção do Judiciário no Juízo Arbitral

É certo que a opção pelo juízo arbitral tem o condão de afastar a jurisdição estatal para um dado caso concreto. Isso, conforme já foi salientado, não quebra o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, até porque as próprias partes, utilizando-se da autonomia da vontade e da disponibilidade do direito, assim o desejaram.

Contudo, a própria Lei da Arbitragem prevê hipóteses onde será possível a excepcional invocação da tutela jurisdicional estatal.

Primeiro, analise-se a possibilidade de *impugnação da sentença arbitral*.

A sentença arbitral não escapa ao controle eventual e excepcional do Poder Judiciário. É possível pleitear ao juiz togado a declaração de nulidade da decisão arbitral, nos casos relacionados no artigo 32 da Lei da Arbitragem.¹⁰

O remédio jurídico para essa finalidade é a ação cognitiva de declaração de nulidade, a ser proposta no prazo decadencial de 90 dias, a contar do recebimento da notificação da decisão final do árbitro (artigo 33, parágrafo 1). Julgado procedente o pedido, será anulada a sentença arbitral. Se isso ocorrer para as hipóteses relacionadas nos incisos I, II, VI, VII e VIII, do artigo 32, restará ineficaz a convenção arbitral, podendo as partes, livremente, invocar a tutela jurisdicional estatal para dar solução ao conflito de interesses, salvo se

¹⁰ Art. 32 - É nula a sentença arbitral se : I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do artigo 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no artigo 12, inciso III, desta Lei; VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o artigo 21, parágrafo 2, desta Lei.

preferirem instituir um novo juízo arbitral. Nas demais hipóteses do artigo, o árbitro será instado a proferir nova decisão, não podendo o Judiciário substituir-se ao juízo arbitral, sob pena de ferir a escolha realizada pelas partes, a quem não se outorga o direito de arrependimento.

Trata-se de uma ação impugnativa autônoma, com natureza jurídica de ação e não de recurso, pois acarreta a instauração de nova relação jurídica processual, e não de mero reexame dentro dos próprios autos do procedimento arbitral, onde foi proferida.

Nada impede, contudo, que tal questão venha a ser arguida por meio de embargos do devedor, ou até mesmo em uma exceção de pré-executividade, como matéria de defesa, em eventual execução daquela sentença.

Também é possível a *impetração de mandado de segurança*, contra ilegalidade ou abuso de poder cometido pelo árbitro, por exemplo, quando por ato seu, viole um direito ou garantia de índole constitucional. É evidente que o julgamento do remédio deverá ater-se tão somente ao ato ilegal ou abusivo praticado, não podendo o Judiciário, alerte-se mais uma vez, substituir-se à vontade das partes e do árbitro, proferindo decisão sobre o mérito do litígio principal que as acomete.

Na *sfera estritamente revisora*, não mais vigora a exigência de homologação do laudo arbitral pelo Judiciário. A única exceção corre por conta da necessária homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, para que ganhe o 'status' de poder ser executada no território nacional brasileiro.

Somente ao Judiciário compete a *execução da sentença arbitral e a adoção de outras medidas de caráter coercitivo*.

O árbitro não detém o poder de *imperium* ou a força para ordenar esta ou aquela medida, provisória ou definitiva. Nesse particular, seus poderes são limitados, se comparados aos dos juízes togados. Tanto é que as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias deverão ser solicitadas ao órgão jurisdicional com competência originária para julgar a causa distribuída à apreciação do juízo arbitral. (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, p. 156).

Cumpra asseverar que na hipótese de *recusa injustificada de uma das partes em instaurar o juízo arbitral*, poderá a outra se socorrer do Poder Judiciário para obrigá-la a cumprir aquilo a que se obrigou por ocasião da assinatura da cláusula compromissória.

Por fim, é de bom alvitre salientar que a doutrina entende inadmissível a ação rescisória para desconstituir a sentença arbitral. Para livrar-se dos efeitos da coisa julgada, deverá a parte sucumbente lançar mão da ação de nulidade acima mencionada, observando-se o prazo decadencial previsto em lei, ou como matéria de defesa, dentro da execução.

CONCLUSÃO

Várias são as formas de pacificação de conflitos, destacando-se a autotutela, a autocomposição (*de que são exemplos a negociação, a mediação e a conciliação*) e a heterocomposição (*jurisdição estatal e arbitragem*).

O ordenamento jurídico brasileiro contempla um verdadeiro arsenal de mecanismos de resolução de conflitos, que vão desde as práticas consensuais até aquelas medidas de cunho coercitivo, que não se excluem, ao contrário, interagem, formando um sistema pluralista de pacificação à disposição do jurisdicionado.

De nada adianta aumentar a gama de conflitos que podem ser levados à apreciação judicial, se não se é capaz de produzir resultados úteis e efetivos. E também não basta assegurar essa efetividade aos litígios decididos pelo Judiciário, deixando de lado um universo de conflitos que fogem do âmbito do poder jurisdicional. O verdadeiro acesso à justiça passa pela equação e balanceamento desses fatores, sem os quais não é possível atingir o desiderato da pacificação social.

O sistema de acesso à justiça convive com uma crise quase que permanente. Diversos fatores têm contribuído para esse resultado, que se não inviabilizam a tarefa de pacificação de conflitos, a tornam insatisfatória. Destacam-se como principais: a morosidade do Judiciário, fruto, especialmente, da desestrutura humana e material, da grande quantidade de recursos existentes e do crescente número de demandas ajuizadas; o surgimento de novos direitos; a onerosidade excessiva àquele que necessita dos serviços judiciários; a falta de informação do indivíduo quanto aos direitos que ostenta.

Embora seja inevitável, na maioria das vezes, a judicialização dos conflitos, crê-se na conscientização da importância de reduzir ao máximo o âmbito e o grau de litigiosidade, somente levando à apreciação judicial os conflitos que restarem insuperáveis, em homenagem ao que aqui se ousa chamar de “princípio da litigiosidade mínima”, que tem como ideia principal a utilização de meios legais que façam reduzir o número de demandas levadas à decisão final do Judiciário. Mas, para que isso aconteça, mister se faz uma mudança na consciência jurídica, hoje tão atrelada e conformada à ideia do litígio quantitativo e às técnicas do processo judicial individual.

A arbitragem insere-se nessa ideia de alternativa àqueles que não querem enfrentar os percalços do processo judicial. É um meio alternativo, extrajudicial, heterocompositivo, de resolução de conflitos de caráter patrimonial disponível, segundo o qual as partes litigantes entregam, de comum acordo, a um árbitro, a solução da controvérsia que os aflige, sendo que a decisão proferida possui força

de coisa julgada entre elas, impedindo, via de regra, a reapreciação da matéria de mérito pelo Judiciário.

A jurisdicionalidade da arbitragem deve ser aferida a partir de seus efeitos, análogos aos de uma sentença judicial, e não a contar pelo agente que desenvolve a atividade arbitral, limitado em seus poderes e prerrogativas, se comparados com o de um juiz togado.

A arbitragem não afronta o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional estatal. Primeiro, há de se ter em mente que a arbitragem não é obrigatória, mas uma alternativa à disposição de partes maiores e capazes, que desejem levar à solução arbitral um determinado conflito de interesses de caráter patrimonial disponível, que em razão disso, estão dentro da esfera de autonomia da vontade das partes. Segundo, porque a própria Lei de Arbitragem prevê hipóteses onde será possível à parte socorrer-se do Judiciário, ainda que, de início, tenha optado pela via arbitral. É claro que são situações excepcionalíssimas, pois do contrário, estar-se-ia esvaziando a finalidade do instituto, que é justamente excluir da apreciação judicial o mérito de algumas causas que podem ser resolvidas no âmbito da jurisdição privada.

Dentre as vantagens da arbitragem em relação ao processo judicial, pode-se citar como principais a celeridade, a informalidade, a irrecorribilidade das decisões, a especialidade e a discrição.

No tocante às hipóteses de intervenção do Judiciário na seara arbitral, destaca-se a impugnação da sentença arbitral; a impetração de mandado de segurança contra ato ilegal ou abusivo do árbitro; a homologação de sentença arbitral estrangeiro pelo STJ; a execução da sentença arbitral e a adoção de outras medidas coercitivas; o suprimento da recusa injustificada de uma das partes em instaurar o juízo arbitral.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9307/96*. São Paulo: Editora de Direito, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

CONDADO, Elaine Christina Gomes. *A arbitragem como instrumento eficaz de acesso à justiça*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Curso de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9307, de 23.09.1996*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 1995.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de arbitragem: uma avaliação crítica*. São Paulo: Atlas, 2008.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

Artigo recebido em 16/10/11 e
aprovado para publicação em 09/11/11

Como citar: MASSALI, Wilson Euclides Guazzi; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem : uma saída liberal à crise do judiciário. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011. DOI: 10.5433/2178-8189.2011v15n2p165