

Mecanismos de solução alternativa de conflitos: o processo arbitral e o poder judiciário

Nívea Maria Dutra Pacheco¹

Resumo

A falta de Acesso à Justiça é fator de diminuição da cidadania, gerando inquietação, e por esse motivo, se tem buscado alargar a incidência de aplicação efetiva do direito na esfera judicial e extrajudicial, como forma de garantir ao cidadão o Acesso à Justiça. Os Meios Alternativos de Solução de Conflitos visam alcançar a efetividade do direito, concedendo ao cidadão uma forma extrajudicial de compor seus conflitos. A arbitragem representa uma forma de solução de conflitos, com larga aceitação, e embora utilizada no Brasil, nota-se certa resistência diante dos costumes arraigados na sociedade da busca ao Poder Judiciário e da cultura do litígio, ainda com forte influência. Trata-se de acordo de vontades, realizado por pessoas capazes que, não pretendendo se submeter à morosidade de um processo judicial optam por árbitros para a solução de litígios que versem sobre direitos disponíveis. A sentença arbitral, ato pelo qual se decide a controvérsia submetida à arbitragem, não se sujeita, em regra, a recurso, com vistas a reexaminar seu mérito ou seus fundamentos, nem a homologação judicial, fazendo com que se tenha uma solução da controvérsia em um menor espaço de tempo, trazendo maior efetividade ao acesso à Justiça. Por outro lado, e de forma excepcional, é possível que a parte interessada possa buscar junto ao Judiciário o reconhecimento da nulidade da sentença, quando verifica a ausência de algum requisito formal essencial.

319

Palavras-chave: Acesso à justiça; solução de controvérsia; arbitragem; sentença arbitral.

Abstract

The lack of access to justice is decreased citizenship factor, generating unease, and therefore has sought to extend the incidence of effective application of the law in court and out of court, in order to guarantee the citizens' access to justice. The Alternative Means of Dispute Resolution aimed at achieving the effectiveness of the law providing citizens with an extrajudicial way to compose their conflicts. Arbitration is a form of conflict resolution, with wide acceptance, and although used in Brazil, there has been some resistance in the face of entrenched customs search on the Judiciary and culture society of the dispute, even with strong influence. It is the parties' intention, performed by capable people who, not wishing to undergo a lengthy lawsuit choose arbitrators to resolve disputes that deal with rights available. The award, act by which the dispute submitted to arbitration

¹ Mestre em Direito pela UNESA. Professora de Direito Processual Civil da UNESA (Pós-Graduação e Graduação). Professora de Prática Jurídica da UNESA (Graduação). Advogada. Coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica da UNESA *campus* Nova Friburgo. Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da 9º Subseção da OAB/NF. Professora da ESA/OAB-NF.

decides, not subject, in general, the resource with a view to re-examine its merits or its grounds, or judicial approval, causing it to have a solution of the controversy a shorter space of time, bringing greater effectiveness Access to Justice. On the other hand, and in an exceptional way, it is possible that a party could seek recognition by the judiciary of the nullity of the sentence, when checking the absence of some essential formal requirement.

Keywords: Access to justice; dispute resolution; arbitration; arbitral award.

Introdução

**“Que os primeiros juízes sejam aqueles que
o demandante e o demandado tenham eleito,
a quem o nome de árbitros convêm mais do que o de juízes”
PLATÃO, in DE LEGIBUS**

A questão do acesso à justiça vem de longa data, sendo motivo de discussão, o que ensejou, nos últimos anos, o surgimento entre os operadores do direito a necessidade urgente de revitalização hermenêutica e uma reformulação das práticas do Judiciário.

320

A Declaração Universal dos Direitos do Homem contém princípios básicos os quais os Estados devem seguir para que viabilizem o eficaz acesso à justiça, permitindo que cada cidadão possa vivenciar a presença da democracia e da justiça, valores considerados primordiais, assegurando, desta forma, os direitos da pessoa humana.

A falta desse acesso é, a qualquer tempo e em qualquer lugar do mundo, fator de diminuição da cidadania e de fortalecimento da opressão. Verifica-se a constante preocupação mundial em alargar a incidência de aplicação efetiva do direito, tanto na esfera judicial, quanto extrajudicial, como forma de garantir ao cidadão aquilo que se tem direito de obter.

Conforme Humberto Dalla², já vão algumas décadas desde que as denominadas “Ondas Renovatórias do Direito, foram sistematizadas por Mauro Cappelletti, e ainda hoje, a ideia de um pleno acesso à justiça continua sendo uma obsessão para os processualistas.”

No entanto, cabe aqui um parêntese para lembrar que a formação jurídica no Brasil sempre se caracterizou pelo apego extremado à normatização jurídica e suas feições liberal-burguesas, principalmente, ao longo de todo o início do século XX.

Verifica-se que a filosofia gerenciada fundamentalmente pelo Conselho Federal de Educação quanto às escolas, baseou-se na extinção dos currículos escolares de disciplinas das ciências humanas e sociais, como sociologia e filosofia,

² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na Solução de Conflitos*. In: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005. p. 105.

dando primazia a uma formação de natureza pragmática e utilitarista, buscando, por um longo tempo, a formação de material humano técnico e gerencial.

Segundo Rogério Gesta Leal³, com tais características, o pensamento jurídico preponderante no âmbito, inclusive, da formação dos operadores do direito até os dias de hoje – ao menos na sua grande parte, concebe o direito positivo como uma dimensão autônoma do político e um fundamento do Estado.

O culto à lei e à separação dos poderes se coloca como véu ideológico que dissimula e inverte a natureza altamente política do direito.⁴ No entanto, entendendo-se incabível a permanência de um pensamento arcaico, o direito brasileiro precisou ser passado “a fio” e começar a enxergar o verdadeiro sentido do acesso à justiça, que diante dessas preliminares explicações, deve ser visto a partir da ótica do jurista Mauro Cappelletti⁵, afirmando que considerando as transformações ocorridas em nossa sociedade, na esfera econômica e social, soluções dinâmicas passaram a ser bem vindas a todos. A tecnologia alcançada mudou a velocidade do mundo contemporâneo, portanto, com a vida social alterada, clamou-se por modificações nas legislações processuais a fim de acompanharem os anseios sociais. Meios processuais mais informais passaram a ser vistos como necessários e, diante dessa necessidade, mudanças no sistema tradicional vêm, ainda que com forças resistentes, sendo observadas em todo o mundo jurídico.

Segundo Kazuo Watanabe⁶, “A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”

Nos dias atuais este é o tema que mais está em voga, influenciando o legislador em múltiplos projetos que são diuturnamente apresentados, principalmente no que se refere a chamada “Reforma do Judiciário”. Sendo que para Kazuo Watanabe a questão é bastante complexa, diante da necessidade de verificação de

³ LEAL, Rogério Gesta. *O Poder Judiciário e os Direitos Humanos no Brasil*. Artigo Publicado no Mundo Jurídico. Em 01.05.2003. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 28 de junho de 2007.

⁴ Ainda neste sentido Rogério Gesta Leal: “Assim tem se comportado a jurisprudência dominante dos tribunais: A nós, juízes, cabe interpretar e aplicar a lei com aquela sensibilidade que se espera do judiciário, mas não ao ponto de nós substituímos, seja ao Poder Legislativo, que estes sim devem promover sobre a justiça social.... Isso não é tarefa do Judiciário...” [...] quando da apreciação de ação de usucapião, apreciando a melhor distribuição da propriedade fundiária. Um dos votos vencedores ainda registra que existem valores confiados a nós juízes e que devem ser preservados, em especial, aquele da certeza das relações jurídicas. Ao Judiciário, ao menos por enquanto, incumbe dar soluções aos conflitos normalmente individuais e deduzidos por quem esteja legitimado. LEAL, Rogério Gesta. *Revista dos Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - RJTJRGS*, vol. 125, p. 350.

⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad.: e ver. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988. p. 155

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Participação e Processo*. Texto: *Acesso à Justiça e Sociedade Moderna*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 119.

uma nova mentalidade a fim de que se assegure o acesso à ordem jurídica justa. O direito é necessário para regulamentar a vida em sociedade, no entanto, essa está em constante evolução, assim, a ciência jurídica encontra-se em um grande dilema: ou acompanha a evolução, fornecendo soluções adequadas e necessárias a se manter a ordem no Estado Democrático de Direito, ou torna-se obsoleta e desprovida de maiores serventias, acarretando na falta de efetividade.⁷

A importância da Arbitragem na resolução dos conflitos

Na Alemanha, passou-se a observar um esforço legislativo visando a simplificação dos procedimentos, sendo introduzidas modificações no direito processual. A rapidez na solução do litígio passou a ser “alvo” do ordenamento jurídico, respeitando-se, contudo, o devido processo legal.

Segundo Humberto Theodoro, assim como no Brasil, na Alemanha se reclama dos operadores do direito processual uma aumento na preocupação com as questões sociológicas, não podendo se esperar, por vezes, da decisão judicial a verdadeira e efetiva pacificação dos conflitos. “Daí a importância do papel reservado às soluções alternativas de litígios, antes do processo ou em seu curso.”⁸

Basta recordarmos que a prestação jurisdicional nunca foi o único meio de compor os litígios, sendo conhecidas outras formas alternativas de composição de conflitos, como a autocomposição e a autotutela.

322

Neste sentido, visando minimizar toda a problemática encontrada e alcançar uma maior efetividade, com a globalização se passou a adotar Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, os chamados ADRs (*Alternative Dispute Resolution*), trazendo procedimentos menos formais, uma maior celeridade na resolução do conflito e sendo colocado ao alcance de todo e qualquer cidadão.

Com a crise da justiça e a eficiência própria das soluções autocompositivas, tornou-se imprescindível que o Estado adotasse medidas de incentivo à sua realização, provendo o que se denominou de uma política pública de incentivo à utilização em larga escala dos mecanismos para obtenção da autocomposição⁹.

Não se trata da privatização da justiça ou mesmo de uma receita infalível para desafogar o judiciário a custos reduzidos, mas da tentativa de humanizar a justiça, tornando-a mais coerente com as transformações contemporâneas.

Por tempos a jurisdição foi a principal forma utilizada para a solução do conflito, no entanto, os custos financeiros e desgastes entre os contratantes, tendo em vista discussões surgidas após as celebrações dos contratos, somadas aos longos processos judiciais, passaram a constituir um obstáculo ao desenvolvimento e ao

⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 278-279

⁸ THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, V. 1, n. 1, set/out., 1999.

⁹ CALMON, Petrônio. *Fundamentos da Mediação e da Conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 26

real sentido do acesso à justiça, tornando-se ainda um desagregador das relações privadas.

O tratamento tradicional de conflitos mediante o litígio nos foros judiciais vem sofrendo um desgaste devido a críticas sobre os custos e a morosidade, o que tem ocasionado, principalmente nos EUA e na Europa, o crescimento de um movimento que objetiva a promoção de métodos alternativos de solução de disputas. Métodos privados, que se supõe, sejam mais rápidos e eficientes, e que, ao mesmo tempo, permitam maior envolvimento das partes na busca de uma solução para o conflito, acarretando, com isso, a inserção, nos grandes contratos, de cláusulas com previsão de solução alternativa de conflito, afastando a necessidade de se buscar o Poder Judiciário.

Assim, ante a manifestação de um conflito de interesse, pode se chegar à sua solução por vários mecanismos. Seja por meios autocompositivos (de iniciativa das partes e que acabam sendo realizados por elas próprias, havendo por vezes a contribuição de um terceiro), ou heterocompositivos (aqueles promovidos por terceiros estranhos à relação litigiosa).

Entre os primeiros incluímos a mediação, a conciliação e a negociação, e entre os segundos, a arbitragem e a solução jurisdicional.

A arbitragem, nos tempos atuais, representa uma das formas de solução de conflitos, com larga aceitação no Direito Comparado, e embora utilizada no Brasil, nota-se ainda certa resistência diante dos costumes arraigados que tentam vetar qualquer tentativa de reduzir o monopólio estatal da jurisdição.

Nas palavras de Joel Dias Figueira Júnior¹⁰ “A arbitragem proporciona facilidades incomuns aos litigantes como segurança, tecnicidade, rapidez, sigilo e economia na eliminação de divergências, tanto no plano nacional como no internacional.”

Basta pensarmos em um conflito envolvendo empresas transnacionais que estejam discutindo cláusula contratual sobre a qual giram milhões de dólares. Tal fato tem conduzido os empresários, principalmente, os grandes, a optarem pela denominada “jurisdição privada”, mediante cláusulas introduzidas em seus contratos com o propósito de evitar a justiça estatal e obter a composição de litígios derivados das relações contratuais, por uma via mais célere.

O mundo tem se tornado comercialmente um palco dominado pelas relações internacionais e diante desse novel cenário passou-se, então, a valorizar o uso de soluções alternativas de conflitos, conferindo, aos contratantes, confiança em mecanismos adequadamente concebido para contornar os conflitos comerciais.

A palavra “arbitragem” é derivada do latim “*arbiter*”, que significa juiz, jurado. Na linguagem jurídica é empregada como uma forma de solução de controvérsias, ou melhor, “uma instituição pela qual as partes confiam a árbitros que livremente designam a missão de resolver seus litígios.”¹¹

¹⁰ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. São Paulo: LTr, 1999. p. 30.

¹¹ STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Do Juízo Arbitral*. RT 607, p. 31

Sendo um acordo de vontades, deve ser celebrado entre pessoas capazes que, não pretendendo se submeter à morosidade de um processo judicial, optam pela escolha de árbitros para a solução de suas controvérsias, recaindo estas sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, sempre que puderem ser objeto de transação entre os interessados.

Não se busca, com isso, o enfraquecimento da Jurisdição, apenas, neste caso, o conflito decorrente da relação jurídica, por opção das partes, é transferido a um particular.¹²

Portanto, a arbitragem consiste na solução de conflito por meio de um terceiro, que pelos interessados é escolhido, possuindo poder para decidir a questão posta, mediante normas e procedimentos aceitos, espontaneamente, pelas partes.

A Arbitragem e o Poder Judiciário

A denominada jurisdição caracteriza-se pelo monopólio do Estado de dizer o direito, o que foi pelo mesmo adjudicado em certo momento da história, cuja evolução se deu através dos tempos.

Segundo José Carlos Moreira Alves¹³, quatro foram as etapas dessa evolução: na primeira, os conflitos são resolvidos pela força, o Estado apenas intervém quanto as questões vinculadas a religião, sendo gradativa a distinção da violência legítima e ilegítima; na segunda, surge o arbitramento facultativo, onde a vítima ao invés do uso da força, opta por receber uma indenização que pareça justa para ambos, sendo ainda possível a escolha de um árbitro para fixá-la; na terceira, surge o arbitramento obrigatório, passando o Estado a obrigar os litigantes a escolherem um árbitro que determine a indenização que deva ser paga pelo ofensor, assegurando também a execução da decisão, no caso de não cumprida espontaneamente; por fim, na quarta, o Estado afasta o emprego da justiça privada e traz para si o poder de decisão dos conflitos, surgindo a jurisdição.

¹² Neste sentido, quanto a natureza jurídica da arbitragem, há pelo menos três teorias: 1) Teoria Privatista ou Contratualista – Esta teoria tem como principal expoente Chiovenda, que via o instituto da Arbitragem desprovida de cunho jurisdicional. Para os adeptos deste posicionamento, a arbitragem se baseia no *pacta sunt servanda*, ou seja, estabelecido entre as partes um contrato se reportando à arbitragem num eventual conflito, este deve ser cumprido sob pena de intervenção do Judiciário. 2) Teoria Publicista ou Jurisdicionalista – Comandada pelo ilustre Mortara, esta corrente vê na convenção arbitral uma forma de jurisdição, a qual o Estado delega para um particular a função de dizer o Direito. Pelo fato de ter como pressuposto a existência de uma lide e visar a solução desta, sendo desinteressada e inerte, a jurisdição teria caráter jurisdicional e não contratual ou privado. 3) Teoria Mista ou Conciliadora – Seguida por Carnelutti, esta teoria sustenta, de um lado, que faltaria ao árbitro poder coercitivo em relação às partes e a terceiros. De outro lado, este posicionamento vê um caráter público na arbitragem, ao passo que a função do árbitro possui um certo *mínus público*. Daniel Gustavo de Oliveira Colnago Rodrigues. A Ajurisdicionalidade da Arbitragem. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/40/32/4032/>. Acesso em 17 de julho de 2008.

¹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. I, p. 203.

relações continuadas, que necessitam de uma forma pacificadora com vistas à manutenção daquela relação, o que dificilmente se conseguiria após o desgaste de um processo e uma sentença judicial.

No Brasil, há tempos se tem ouvido falar em arbitragem, já na Constituição de 1824, em seu art. 160¹⁵, havia previsão de nas causas cíveis e penais civilmente intentadas serem nomeados juízes árbitros. Posteriormente, a Resolução 26 de 1931¹⁶ admitia o juízo arbitral nas causas de seguro. Em 1850 o Código Comercial, seguindo o exemplo do Código Comercial francês, instituiu o juízo arbitral necessário para determinadas causas relacionadas às sociedades comerciais. Contudo, a sua obrigatoriedade veio a ser revogada pela Lei 1.350 de 1866.¹⁷

A Constituição Republicana de 1891 não reproduziu o art. 160 da Constituição do Império, no entanto, o instituto não foi ab-rogado pelo direito pátrio, sendo consolidado pelo Decreto nº 3.084 de 1898¹⁸. Com a promulgação do Código de Processo Civil brasileiro, foi disciplinado, pormenorizadamente, o juízo arbitral. As Constituições que seguiram silenciaram-se sobre a arbitragem (1946, 1967, 1969), o que não impediu que o Código de Processo Civil de 1973 consagrasse o juízo arbitral. No art. 114 §§ 1º e 2º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁹, tratou-se expressamente da arbitragem, seguindo as mais modernas filosofias sobre o assunto.

Embora prevista na legislação brasileira, a arbitragem durante muito tempo permaneceu no esquecimento diante de deficiências na legislação que impediam ou mesmo desestimulavam sua utilização pelas partes contratantes, fazendo com que os interessados na solução do conflito optassem por recorrer diretamente ao Judiciário.

Buscando corrigir essa situação caótica, profundas modificações ocorreram após a tendência mundial de reutilização dos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. A arbitragem no Brasil foi revitalizada pela Lei Federal nº 9.307 de 1996²⁰ passando a ser adotada em sua totalidade.

A Lei de Arbitragem introduziu duas grandes inovações ao instituto, fazendo com que deixasse de ser apenas letra de lei e entrasse nos hábitos dos contratantes. Havia, até então, a exigência de dependência de homologação judicial para que o laudo arbitral tivesse eficácia, dificultando sua adoção pelos interessados, pois o que estes pretendiam era, justamente, a rapidez na solução do litígio. Desta forma,

¹⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem: Lei n. 9.307, de 23/09/1996*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002. p. 03. - Art. 160. "Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convençionarem as partes."

¹⁶ Brasil. Código civil, 2002. *Código civil*. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

¹⁷ <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>. Acesso em 17 de julho de 2008.

¹⁸ Brasil. Código civil, 2002. *Código civil*. 53.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

¹⁹ Brasil. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal; 1988.

²⁰ Brasil. *Código de Processo civil*. 2002.ed. São Paulo: Saraiva; 2002.

No mesmo sentido, em situações de resistência de um dos contratantes a respeito da instauração do juízo arbitral, confere-se a parte que pretenda fazer prevalecer a cláusula arbitral, a possibilidade de utilização da via judicial com vistas a forçar a observância desta e, ao juiz incumbe, primeiro conciliar os contratantes tentando levá-los a negociar os termos do compromisso e, em não obtendo êxito na tentativa de conciliar as partes, deverá dispor em sentença, sobre o conteúdo do compromisso, observando o art. 7º, § 3º da Lei nº 9.307/96²⁴. Essa possibilidade de implantação do processo arbitral via decisão judicial, em havendo recusa de uma das partes em submeter-se a arbitragem, estimula, por outro lado, as próprias partes a chegarem a um consenso quanto ao compromisso firmado, evitando, o que por certo, se pretendeu na celebração do contrato, a indesejável intervenção estatal na desavença, acarretando morosidade e consequentes prejuízos para os contratantes.

Por decorrer da vontade das partes a arbitragem deve ser expressa por convenção arbitral, sendo esta o gênero e tendo como espécies o *compromisso arbitral*, que na forma do art. 9º, Lei 9.307/96 é - “A convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas”, e que segundo José Maria Rossini Garcez²⁵ é “O termo que detalha a arbitragem após surgido o conflito, definindo seus limites, discriminando os dados pessoais dos árbitros escolhidos, o lugar da arbitragem e outros elementos necessários”. E a *cláusula compromissória* definida no art. 4º da Lei 9.307/96, sendo inserida nos contratos para submeter questões contratuais futuras ao método da arbitragem.

Resumindo: na celebração de um contrato admite-se que haja, pelas partes, a estipulação de uma cláusula – chamada de *cláusula compromissória* – de que os futuros e eventuais litígios que venham a decorrer do contrato devem ser submetidos à Lei 9.307/96. No entanto, quando o conflito já é existente – e assim não é incerto e eventual no futuro –, pelas partes deve se firmar *compromisso de arbitragem*, definindo-se de forma precisa – como exige a lei – os limites da matéria que se pretende seja a esta, submetidos.

Frente ao novo ordenamento jurídico, como já mencionado, a cláusula compromissória reveste-se de força cogente, vinculando os contratantes. Portanto, ao egerem a via arbitral passa a ser vedado às partes recorrerem ao Judiciário, salvo nos casos previstos em lei, ou seja, nulidade da sentença arbitral, suspeição, incompetência, nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção arbitral.

Desta feita, com o surgimento de uma controvérsia, tendo as partes estabelecido cláusula compromissória devem cumpri-la, firmando o compromisso arbitral.

²⁴ Brasil. *Código de processo civil: de acordo com as últimas reformas processuais* / J. E. Carreira Alvim organizador] ; [atualizado por] Luciana G. Carreira Alvim Cabral. -- 5. ed., rev., ampl. E atual. -- Curitiba: Juruá, 2007.

²⁵ GRACEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem. 2ª ed. Ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2004. p. 71

Relator do Código Civil de 2002, no Senado Federal, Josaphat Marinho²⁸ adaptou o projeto à Lei de Arbitragem que lhe é anterior, visando não trazer contradições ao ordenamento jurídico e preservando a eficácia do instituto.

Portanto, mesmo tratando-se de um procedimento de livre opção por parte dos interessados, existem princípios que constituem o núcleo da garantia do devido processo legal (inserido no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal), que em qualquer espécie de processo, seja ele judicial ou não, deve ser respeitado, desta forma, esta liberdade, de contratar apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento, do contraditório, da igualdade das partes, da ampla defesa, bem como do devido processo legal. O conjunto de garantias estampado no § 2º do art. 21 da Lei nº 9.307/96 constitui o devido processo legal da arbitragem.

O processo arbitral exige, tal como o processo judicial, a existência de requisitos de admissibilidade, quais sejam: interesse em agir, legitimidade *ad causam* e possibilidade jurídica do pedido, caracterizando uma enorme aproximação entre o processo arbitral e o estatal, e por consequência, submetendo-se o primeiro, também, as regras do direito processual constitucional, bem como aos princípios superiores de *status* constitucional.

Nas palavras de Selma Ferreira Lemes o enunciado de princípios do Código de Processo Civil constitui “parte simbólica de onde se originam os princípios que se aplicam a todas as ordens de jurisdição, dos quais grande parte ressoa na instância da arbitragem, tais como o princípio dispositivo, o princípio do contraditório, liberdade de defesa, direito de ser ouvido, conciliação etc.”.²⁹

No que se refere à imparcialidade do árbitro é condição nodal para a existência válida do processo arbitral. Não se enxergando na figura do árbitro uma pessoa equidistante do litígio sequer pode se pensar em estabelecer-se uma arbitragem.

Com escopo de garantir a imparcialidade é autorizada pela lei de Arbitragem em seu art. 20 a indicação, pelas partes, de qualquer causa de impedimento ou de suspeição do árbitro, que deverá ser feita por meio de *exceção*, após ter sido instituída a arbitragem, e arguida pelo interessado na primeira oportunidade que lhe for dada a falar no procedimento. Ressalta-se que este prazo não deve ser tido por peremptório, pois, sempre haverá a possibilidade de se arguir o impedimento ou a suspeição do árbitro, mesmo após o interessado falar no processo, uma vez que, a imparcialidade do árbitro deve ser tida como pressuposto fundamental da arbitragem, de forma que se ausente, nula será *sempre* a decisão arbitral.

Rejeitada a arguição, seguirá o procedimento seu curso, sendo possível ao interessado impugnar a imparcialidade do árbitro por via judicial, conforme estabelece o art. 33 da Lei nº 9.307/96. Vê-se, com isso, que embora tenha a

²⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *in* Novo Código Civil Comentado. Coordenado por Ricardo Fiúza, com a participação do jurista Mário Luiz Delgado Regis, Saraiva, 1ª edição, 2002.

²⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Os princípios jurídicos da Lei de Arbitragem*, *in*: Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem, Rio, Forense, 1999. p. 89.

arbitragem sua autonomia, sempre que houver violação a algum direito do cidadão, a este é dado o direito de acessar o Judiciário para rever eventual ilegalidade, permitindo a aplicação direta do art. 5º, XXXV da CRFB/88.

Quanto ao princípio constitucional do devido processo legal (*due process of law*), por certo, se a ninguém é conhecido ser privado de seus bens sem o devido processo legal, esta regra – que não se apresenta com qualquer condicionante – não pode ser aplicada, exclusivamente, às atuações estatais tendentes a esta privação de bens, mas também a qualquer meio (procedimento) privado que conduza ao mesmo resultado.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco³⁰ “Quando enfim se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal *arbitral*, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação social.”

Por fim, qualquer violação ao princípio da igualdade torna nulo o processo arbitral e a sentença decorrente do processo. Verifica-se que a igualdade, neste caso é a meramente *formal* e não a *material*, pois na primeira as partes devem ser tratadas de forma absolutamente igual, sem qualquer espécie de privilégio ou distinção.

Nas palavras de Sálvio de Figueiredo Teixeira, o modelo legal assegura a presença da justiça estatal sempre que a parte se sentir vítima de lesão ou ilegalidade.³¹

Os limites da sentença arbitral e a jurisdição

A sentença arbitral é um ato praticado pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral, pelo qual se decide a controvérsia que, pelas partes, foi submetida à arbitragem.

O art. 31 da Lei nº 9.307/96 define os moldes da sentença arbitral como o ato jurídico que produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Conforme disposto na lei, não há hierarquia alguma no que se refere a sentença proferida por um juiz togado (jurisdição estatal) e a proferida por um árbitro, com a única ressalva de que esta última não pode conter, entre seus efeitos, qualquer expressão de *imperium*, por não se tratar de ato estatal, tendo, com isso, natureza condenatória, declaratória ou constitutiva, sem contudo, possuir caráter mandamental ou executivo.³²

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=13&t=QXJ0aWdvcyAtIFByb2Nlc3NvIENpdmls>. Acesso em: 17 de julho de 2008.

³¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. V.735, RT, p. 47.

³² Neste sentido já se manifestou a jurisprudência brasileira: “AgIn 2001.001.07617 – 18ª Câm. – TJRJ – j. 31.07.2001 – rel. Des. Roberto de Abreu e Silva – DORJ 08.08.2001 – Ementa Oficial – “Sentença de juízo arbitral. Título executivo. Tutela antecipada. Suspensão da exigibilidade. Inadmissibilidade. Afigura-se inadmissível a suspensão da exigibilidade de

Desta forma, a diferença entre as sentenças acima, reside, tão somente, na questão de que o árbitro, de acordo com seu convencimento no curso do processo, está apto a proferir decisão declaratória, constitutiva ou condenatória, no entanto, está desprovido de poder para *executar* sua decisão, por faltar-lhe o *imperium (potestas)* em seu exercício de julgador, pois somente o Estado possui o poder de *imperium*, de modo que, só o juiz estatal pode dele fazer uso, sendo, conseqüentemente, o único competente para os atos de coerção.

Tratando-se de sentença arbitral de cunho condenatório, esta constituirá *título executivo*, que servirá, em caso de descumprimento, para promover a execução na via judicial (art. 31, *in fine*), ou seja, por ter efeito executivo, caracterizado pela execução diferida a outro processo, a sentença proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral, da mesma forma que a sentença judicial, cria um título que é também regulado pelo Código de Processo Civil e que rege o surgimento da ação de execução, pelo qual aquele que tem direito de exigir o cumprimento da decisão, vai a juízo para fazer valer sua força executiva.

Cabe aqui destacar que a sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem a homologação judicial, ou seja, após ser prolatada, de regra, a lei não prevê a possibilidade de recurso com vistas a reexaminar seu mérito ou os fundamentos que levaram à decisão. Admite-se, no entanto, de forma excepcional, que a parte interessada possa buscar junto ao Poder Judiciário o reconhecimento da nulidade desta sentença.

Mostra-se importante evidenciar a consagração da autonomia do processo arbitral, para que não ocorram confusões dos operadores do direito quanto à aplicação de regras do Processo Civil a este, uma vez que a ligação entre o processo arbitral e o processo judicial se dá nos limites dos princípios processuais constitucionais, relacionados no § 2º do art. 21 da Lei 9.307/96, que constituem a Teoria Garantista.³³

Neste sentido, o ajuizamento de uma ação anulatória somente será possível quando comprovada a existência de algum vício que venha a comprometer a função e o desenvolvimento da arbitragem, capaz de fazer com que a mesma não reflita a intenção das partes ou mesmo o objetivo do Estado quando da criação da arbitragem como meio alternativo de pacificação social. Para isso a Lei nº 9.307/96, em seu art. 31, §1º, prevê a possibilidade de que a parte que se sentir prejudicada demande judicialmente visando impugnar a validade daquela decisão.

A ação anulatória, neste caso, servirá como meio específico para impugnar a sentença arbitral, devendo ser processada junto ao Poder Judiciário, tendo o

sentença condenatória de juízo arbitral, em tutela antecipada, contra texto expresso de lei (arts. 31, Lei 9.307/96 e 583 do CPC). Tal situação implica inversão tumultuária do processo, violando o princípio constitucional de acesso à tutela jurisdicional do crédito expresso no título executivo (art. 5º, XXXV, da CF/88) e negativa de vigência do art. 31 da Lei 9.307/96, que não se pode tolerar, ainda mais, na fase da efetiva conversão do Direito em Justiça.”

³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social*. Disponível na Internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 10 de abril de 2012.

condão de reconhecer a nulidade da sentença arbitral apenas nas situações previstas no art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII, sendo que nos casos do art. 32 dos incisos III, IV e V, todos da Lei de Arbitragem, será determinada a prolação de nova sentença pelo árbitro ou tribunal arbitral.

Destaca-se que, o juiz togado que apreciar o caso, ao julgar procedente o pedido e declarar a nulidade da sentença arbitral, somente determinará que seja proferida nova sentença arbitral quando a nulidade da primeira não tiver por fundamento a vedação da arbitragem sobre a questão ou a impossibilidade atual da sua renovação.

Por outro lado, se a sentença arbitral contiver vício que resida em apenas um capítulo da sentença, não vindo a aniquilar os demais, que por serem destacados do capítulo viciado, permanecem preservados, não haverá motivos para anular toda a sentença.

Neste sentido, citamos Carlos Alberto Carmona ao trabalhar o tema do vício de julgamento *ultra petita* pela sentença arbitral:

“...conduzirá apenas à redução do âmbito da decisão, o que equivale a dizer que entendo perfeitamente possível apenas a anulação parcial do laudo, de modo a fazer aplicar também ao laudo arbitral, com os temperamentos necessários, a solução encontrada pela jurisprudência para a correção (e salvação) das sentenças *ultra petita*”.³⁴

Não poderia ser diferente, já que assim é no Processo Civil comum e também aplicado ao direito arbitral (art. 248, CPC), pois, neste caso, a sanção não ensejará a total nulidade da sentença arbitral, devendo afetar somente o ponto no qual se encontra o vício, ou seja, aqueles não propostos para a decisão e que acabaram sendo apreciados, acarretando um julgamento arbitral *ultra petita*. Podendo haver parcialmente a revisão daquela decisão.

Segundo Nelson Alexandre Paloni³⁵ “Trata-se de verdadeira ação rescisória prevista em legislação própria, com prazo reduzidíssimo de 90 (noventa) dias e não de 2 (dois) anos, como previsto no art. 485 do Código de Processo Civil, cuja principal característica é a possibilidade apenas de decretação de nulidade ou de emissão de nova sentença arbitral pelo mesmo árbitro ou tribunal arbitral. Essa rescisória está vinculada às previsões *taxativas* da lei, contidas expressamente no art. 32 da Lei de Arbitragem.”

Além da nulidade da sentença poder ser reconhecida por meio de ação autônoma, conforme acima mencionado, poderá também se valer, a parte que se sentir prejudicada, da impugnação a execução, caso venha a sentença que se pretende ver considerada nula, ser executada.

³⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1993, nota 5 ao art. 31, p. 266-267.

³⁵ PALONI, Nelson Alexandre. *A Utilização da Arbitragem por Instituições Financeiras Públicas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, nº. 26, p. 247, Dez. 2006.

Neste ponto, verificamos que a lei deixou a cargo do Poder Judiciário a correção de eventual vício existente na arbitragem, cabendo ao Estado-Juiz resguardar a validade, existência ou eficácia deste procedimento alternativo de solução de conflito.

Em que pese não existir na arbitragem a “jurisdição” com a mesma formalidade do direito processual, a Lei nº 9.307/96, não abriu mão de algumas garantias constitucionais processuais, que não sendo observadas pelos contratantes, ora litigantes e de igual forma pelo árbitro, acarretará a nulidade da sentença (art. 32, inc. VII).

Com isso, é possível ver, claramente, que embora haja a irrecorribilidade da sentença arbitral, já que não está sujeita a recurso relativamente ao mérito da decisão, não há qualquer ofensa a garantia constitucional de acesso à justiça, pois a parte pode, quando necessário, ir a juízo discutir em ação anulatória as questões relativas à validade e eficácia do compromisso arbitral e da sentença arbitral.

Porém, cabe deixar claro que, *in casu*, não se trata de poder recursal de revisão da matéria analisada na arbitragem, mas na verificação da ocorrência de nulidades, que se constatadas, culminarão com a decretação da nulidade da sentença, que está restrito a hipóteses ligadas basicamente à violação da ordem pública. Logo, a sentença arbitral não é isenta do controle estatal, mas este, em relação a arbitram, é limitado.

A doutrina opta pela vedação total ao contato do juiz togado com o mérito da causa submetida a juízo dos árbitros, portanto, inconcebível qualquer recurso ao Poder Judiciário. Carmona é partidário da tese de que seria *nula* de pleno direito a avença no sentido de submeter à revisão, pelo Poder Judiciário, a decisão proferida pelos árbitros, até porque não haveria competência funcional para julgar tal recurso.

Nas palavras de Nelson Alexandre Paloni³⁶ “Permitir que o Estado reformasse o mérito de uma sentença arbitral, além de uma antítese, seria uma volta ao passado, o que culminaria, mais uma vez, no óbito da arbitragem no direito brasileiro.”

Por outro lado, os que optam pelo processo de arbitragem acham-se protegidos pela eventual possibilidade de pronunciamento do Poder Judiciário, não subsistindo mais qualquer dúvida quanto à constitucionalidade da arbitragem. De qualquer sorte, dúvida não resta de que o Estado, no exercício da soberania, continua sendo o detentor do monopólio da jurisdição, embora, crescentes vozes clamam por uma justiça mais célere, o que tem fortalecido a busca por Meios Alternativos de Solução de Conflitos, capazes de trazer uma maior efetividade ao que se pretende reconhecer como Justiça.

³⁶ PALONI, Nelson Alexandre. *A Força da Sentença Arbitral*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 08, nº. 16, p. 279, Dez. 2001.

Considerações finais

A arbitragem, ainda que não isenta de forma plena do controle estatal, é um meio alternativo de solução de litígio que traz inúmeras vantagens aos contratantes que optam por seu procedimento. Não restam dúvidas de que é uma enorme vantagem sua adoção na resolução dos litígios no *plano social*, evitando-se a *via estatal* tão congestionada atualmente.

A arbitragem é um instrumento altamente salutar, pois exclui de imediato, o formalismo, realizando-se de forma sigilosa e célere. Lembrando sempre que nas relações empresariais o sigilo é o alvo principal dos contratantes.

Portanto, considerando a existência dos Meios Alternativos de Solução de Litígio, ninguém pode ser obrigado, a levar suas demandas ao Judiciário, pois preenchidos os requisitos formais exigidos pela Lei nº 9.307/96, a pessoa física ou jurídica pode valer-se de meios, também legais e igualmente emanados e tutelados pelo Estado, para buscar a solução de um conflito. Ilógico seria defender que todo litígio deve ser levado ao Poder Judiciário, pois estaríamos, tão somente, fomentando litígios judiciais em vez de tentar evitá-los, movimentando a máquina judiciária e acelerando o crescimento dos gastos públicos, sem contar que estaríamos contribuindo para existência de milhares de ações a abarrotar o judiciário, culminando em processos judiciais intermináveis.

Vê-se que o processo arbitral deixa margem a uma flexibilização na solução do litígio, podendo, inclusive, as partes acolherem aplicação da equidade em substituição ao direito positivado, em conformidade com o disposto art. 2º da Lei nº 9.307/96, o que deixa evidente a intenção do legislador em dar aos que optarem pela arbitragem, o máximo e irrestrito direito de atuação, no sentido de estipular regras não proibidas por lei (art. 5º, inc. II da Constituição Federal).

A Lei nº 9.307/96, no entanto, estabelece algumas regras básicas a serem seguidas. Assim, logo no primeiro artigo da lei o legislador procurou estabelecer quem pode se utilizar da arbitragem, salientando que somente as pessoas capazes de contratar é que também estarão aptas a contratar com esse sistema, podendo se extrair desse artigo que somente aqueles com plena capacidade de fato e de direito para o exercício de todos os atos da vida civil, poderão eleger esse tipo de solução alternativa de disputa. Também é reconhecido o direito às pessoas jurídicas nacionais ou estrangeiras, em qualquer conflito oriundo das relações comerciais e de serviços, desde que o objeto da controvérsia seja decorrente de direito disponível.

Como pudemos observar, as questões que podem ser levadas à arbitragem são aquelas referentes a direitos disponíveis, ou seja, de natureza patrimonial, originários de relações contratuais, caracterizando-se pela autonomia da vontade das partes, pela possibilidade de maior rapidez na solução do conflito, da maior especialização do árbitro nas questões levadas à sua apreciação, do menor custo e também da possibilidade de ser mantido o sigilo da questão em debate.

Portanto, em que pese o temor de alguns de que a arbitragem represente a substituição do judiciário por uma justiça privada, tal pensamento não corresponde à realidade, uma vez que esta é restrita a direitos patrimoniais disponíveis e concentrada, mais especificamente, na área do direito civil e empresarial, e ainda assim, sujeitando-se ao controle do judiciário em algumas situações em que o mesmo é instado a intervir, pois em inúmeros casos a cooperação do Poder Judiciário se faz imprescindível ao árbitro, carente da *coertio* e da *executio*, exclusivos do poder de império, sem os quais não consegue tornar efetiva a sua tutela.

No entanto, encontramos num paradoxo, já que não raro, as partes envolvidas no procedimento arbitral sentem falta de uma maior segurança jurídica, indagando quais institutos poderiam ser importados do Direito Processual Civil, que não apenas aqueles já existentes, decorrentes do *due process of law*. O que, infelizmente, por vezes, leva o contratante não satisfeito com a decisão arbitral a procurar o judiciário, numa tentativa desesperada, quiçá de má-fé, de tornar nula aquela decisão.

Talvez seja por isso o natural esforço do legislador na redação da Lei de Arbitragem e a abundante doutrina na defesa de sua preservação.

Cândido Rangel Dinamarco assevera a necessidade de cautela do juiz na análise destes casos, sob pena de se ter o controle jurisdicional neutralizando as soluções acertadas anteriormente, pelas partes.

“Repudia-se também a facilidade na aceitação dos argumentos da parte que vem à Justiça impugnar uma sentença arbitral, sem a preocupação por um equilíbrio entre o estatal e o convencional e sem valorizar a vontade das partes como fonte da decisão que depois uma delas veio a criticar. A prevalecer essa facilidade para a invalidação de sentenças arbitrais, poder-se-ia perguntar, como perguntou um juiz da *Corte d’Appello* de Gênova: “*mas por que as partes recorrem à arbitragem, se sempre voltam a nós?*”³⁷

Um alargamento demasiado do controle estatal³⁸ implicaria num comprometimento do próprio instituto da arbitragem, levando a descrédito os acordos firmados pelas partes contratantes, não podendo se conceber jamais que a mera irresignação com uma sentença arbitral desfavorável possa levar as partes

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional*. Disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/site/index.php?m=enciclopedia&categ=13&t=QXJ0aWdvcyAtIFByb2Nlc3NvIENpdmls>. Acesso em: 17 de julho de 2008.

³⁸ A título de ilustração, causa espanto decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (agIn 142.683-1 – j.28.06.2003), que concedeu liminar para suspender a eficácia de cláusula arbitral inserida em contrato firmado entre a UEG Araucária Ltda. e a Companhia Paranaense de Energia Elétrica – COPEL. A decisão judicial (acórdão) determinou também aplicação de multa no caso da continuação do procedimento arbitral, já instaurado perante a CCI, com sede na França, Paris, em flagrante violação do princípio da competência-competência (art. 8º da Lei) e da capacidade da sociedade de economia mista (COPEL) firmar cláusula arbitral.

- MARTINS, Pedro A. Batista. *Aspectos Fundamentais da lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 1999.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- PALONI, Nelson Alexandre. *A Força da Sentença Arbitral*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 08, nº. 16, p. 279, Dez. 2001.
- PALONI, Nelson Alexandre. *A Utilização da Arbitragem por Instituições Financeiras Públicas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 13, nº. 26, p. 247, Dez. 2006.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mediação: A redescoberta de um velho aliado na Solução de Conflitos*. In: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- STRENGER, Guilherme Gonçalves. *Do Juízo Arbitral*. RT.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A Arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. V.735, RT.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil. Porto Alegre: Síntese, V. 1, n. 1, set/out., 1999.
- WALD, Arnaldo. *Do Mercado de Capitais e da Arbitragem*. Revista de Direito Bancário, n. 7, jan/março de 2000, Ano 3.