



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

A Arbitragem como Meio Alternativo de Pacificação Social

Luciane Possidente Maia

Rio de Janeiro
2015

LUCIANE POSSIDENTE MAIA

A Arbitragem como Meio Alternativo de Pacificação Social

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão do Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Processual Civil.

Orientadora:

Prof^a. Maria Carolina Cancelli de Amorim

Rio de Janeiro
2015

A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Luciane Possidente Maia

Graduada pela Universidade Cândido Mendes.
Advogada.

Resumo: O alto grau de litigiosidade social, a morosidade jurisdicional e as dificuldades de gestão de todo o sistema governamental têm feito com que o Estado falhe na promoção da paz social. Tais fatores estimulam a busca por novos meios pacificatórios que, como desvios à solução jurisdicional tradicional, objetivam dirimir relações conflituosas, sem os entraves e as burocracias apresentadas pelo Poder Judiciário. Sob a égide da Lei n. 9.307/1996, a arbitragem passa a ser considerada importante via de acesso à justiça, pela qual as partes optam por submeter questão relativa a direito patrimonial disponível à apreciação de um terceiro estranho à lide (árbitro). Em que pesem as críticas e a incipiente divulgação da arbitragem no país, a utilização do processo arbitral tem crescido expressivamente, motivo pelo qual não mais se justifica atribuir função secundária ao instituto. Destarte, toda e qualquer forma de solução pacífica, autorizada por lei e em consonância com os ditames constitucionais, deve ser valorizada e aperfeiçoada em prol da paz social, independentemente dessa atividade ser promovida ou não por órgão estatal.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Arbitragem. Meio de acesso à justiça. Pacificação Social. Lei n. 9.307/1996.

Sumário: Introdução. 1. A evolução da arbitragem no Brasil. 2. Conceito, natureza jurídica e (in) constitucionalidade da arbitragem. 3. A arbitragem como meio alternativo de pacificação social. 4. Críticas à arbitragem como meio substitutivo ao Poder Judiciário. 5. Alterações introduzidas pela Lei n. 13.129/2015 na Lei da Arbitragem. 6. A arbitragem no Novo Código de Processo Civil. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

As dificuldades de gestão estrutural do Poder Judiciário brasileiro somadas à banalização do acesso à ordem justa; à proliferação das demandas massificadas e ao formalismo processual excessivo acabam por sobrecarregar a prestação jurisdicional. A criação de novos e especializados direitos também tem demonstrado que a jurisdição tradicional, muitas vezes, não é o órgão julgador apropriado para apreciar determinada

matéria controvertida. Como consequência, a tutela jurisdicional requerida é prestada decifitória e tardiamente.

Nesse contexto, nota-se uma grande tendência social e acadêmica a favor da utilização de novos meios alternativos de solução de conflitos, despontando a arbitragem como via pacificatória adequada a acompanhar o dinamismo e a complexidade dos negócios jurídicos praticados na atualidade.

A reflexão sobre a temática tem sido estimulada pela recente sanção presidencial da Lei n. 13.129/2015, que altera disposições da Lei da Arbitragem e, ainda, pela promulgação da Lei n. 13.105/2015 que revoga o atual Código de Processo Civil, trazendo substanciais inovações para o instituto.

Em um primeiro momento deste trabalho, apresentar-se-á um breve histórico da evolução arbitral no Brasil, abordando-se, em sequência, o conceito; a natureza jurídica e o aspecto constitucional da arbitragem.

Superado esse ponto, a arbitragem será analisada como meio eficaz de pacificação de conflitos. Dando prosseguimento, serão abordadas as principais críticas realizadas à arbitragem. Adicionalmente, serão realizados comentários sobre a Lei n. 13.129/2015 e, por fim, antecipar-se-ão as inovações trazidas ao instituto pela Lei n. 13.105/2015 - Novo Código de Processo Civil.

1. A EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem é considerada como um dos mais antigos mecanismos de pacificação social do mundo, sendo expressiva a influência recebida do Direito Romano. No Brasil, a sua aplicação remonta ao período da colonização lusitana em atenção aos preceitos das Ordenações Filipinas.

No Império, a primeira Constituição brasileira de 1824 previa, no seu art. 160, a possibilidade das partes nomearem árbitros para solução de conflitos, de modo que a execução da decisão dar-se-ia sem recurso, havendo concordância entre as partes. Anos depois, o Código Comercial Brasileiro de 1850, aprovado pela Lei n. 556, previa a aplicação da justiça arbitral obrigatória em questões mercantis. Insta comentar que a obrigatoriedade do procedimento arbitral sofreu inúmeras críticas por atentar, supostamente, à ordem constitucional vigente. Assim, a aplicação da arbitragem tornou-se, expressamente, voluntária, por meio da Lei n. 1.350/66, regulamentada pelo Decreto n. 3.900/1867.

A Carta Magna de 1895 não prestigiou a utilização da arbitragem entre particulares, porém salientou a sua utilidade para solucionar conflitos entre Estados Soberanos. Já o Código Civil de 1916 reconheceu a arbitragem como meio hábil a solucionar conflitos. O texto constitucional de 1934 retomou o tratamento da temática, outorgando competência à União Federal para disciplinar as regras aplicáveis à arbitragem. De fato, a Constituição de 1937, promulgada durante a ditadura militar, nada acresceu ao instituto, porém a arbitragem foi contemplada por alguns artigos no Código de Processo Civil de 1939.

Dando continuidade, as Cartas Magnas de 1946 e 1967 nada disseram quanto à arbitragem, não sendo identificado qualquer dispositivo sobre o tema em seus textos. Já o Código de Processo Civil de 1979, ainda em vigor, prestigia timidamente o instituto.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a arbitragem foi reconhecida como via pacífica de solução de conflitos no preâmbulo constitucional. A nova Constituinte ratificou a busca por meios alternativos de pacificação social, vindo a incentivar a aplicação da arbitragem nas mais variadas searas, a exemplo dos Juizados Especiais, regulamentados pela Lei n. 9.099/95. Já a Emenda Constitucional n. 45/04 reforçou a utilização da arbitragem em conflitos trabalhistas.

No entanto, é a Lei n. 9.307/96 que é considerada o marco legislativo da arbitragem, uma vez que a referida legislação disciplina pormenorizadamente o instituto, bem como consagra o acesso à justiça sem a intervenção obrigatória do Poder Judiciário. Trata-se, portanto, de verdadeiro divisor de águas que inaugurou uma nova era para o processo arbitral.

Como se observa, o amadurecimento do instituto não se deu progressiva e linearmente, haja vista que em determinados momentos da História, o seu desenvolvimento foi irrisório e até mesmo abnegado em função do preponderante papel centralizador do Estado. Sob a ótica contemporânea, a arbitragem tem sido reconhecida como via pacificadora a ser aperfeiçoada e, como tal, vem despertando grandes expectativas sociais e acadêmicas.

2. CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Carmona¹ conceitua a arbitragem como um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial - é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes podem dispor.

Por sua vez, Carreira Alvim² esclarece que o procedimento arbitral é instituído por pessoas capazes de contratar que confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. A arbitragem, portanto, pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; já os árbitros são juízes indicados

¹CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, p. 31.

²CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000, p. 14.

pelas partes; ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem.

Quanto à natureza jurídica do instituto, Didier Junior³ argumenta que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, que é exercida por particulares, mediante autorização do Estado, possuindo como consequência o exercício do direito fundamental de auto-regramento (autonomia privada). Tal entendimento filia-se à concepção publicista do procedimento arbitral. A esse respeito, Nery Junior⁴ salienta que:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo a necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal.

Em contrapartida, Hartmann⁵ assevera que há autores que continuam a vislumbrar na arbitragem uma visão meramente contratualista, não resultando a mesma no exercício da função jurisdicional, que permanece reservada ao Poder Judiciário. Continua explicando que, para os adeptos desta segunda concepção privatista, a atividade desempenhada pelo árbitro não é a mesma desempenhada pelo magistrado, pois despedida de diversos atributos de jurisdição, em especial a ausência do uso de medidas coercitivas e de autoefetivação.

Contudo, há estudiosos que defendem a natureza híbrida do instituto, haja vista que a arbitragem é revestida de caráter privatista, no momento em que as partes convencionam a arbitragem, para solução de eventual desavença, sem para tanto, se negar o *múnus* público exercido pelo árbitro ao pacificar conflitos.

O debate sobre o tema ainda fomenta discussões, porém o Superior Tribunal de Justiça – STJ já firmou entendimento favorável ao caráter jurisdicional da arbitragem. Esse

³DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2014, p. 117.

⁴NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed, vol. II. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 1.300.

⁵HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói – RJ: Ed. Impetus, 2014, p. 28.

posicionamento revela-se de suma importância para o aperfeiçoamento e valorização social do instituto como via alternativa de acesso à ordem justa.

Destaca-se que, independente da natureza jurídica conferida à arbitragem, é inegável a sua aptidão de harmonizar interesses e por fim a conflitos, motivo pelo qual é tratada como mecanismo alternativo facultado livremente às partes.

Insta esclarecer ainda que a Lei n. 9.307/96, disciplinadora da arbitragem no Brasil, também foi alvo de críticas relativas à constitucionalidade do seu conteúdo. Em linhas gerais, suspeitava-se de violação ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, com previsão no art. 5º, inciso XXXV da CRFB/88, que assevera que “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Entretanto, no ano de 2001, o Supremo Tribunal Federal – STF declarou incidentalmente, por maioria, a constitucionalidade dos dispositivos da Lei n. 9.037/96 no julgamento do Agravo de Regimental em Sentença Estrangeira n. 5.206/7 – Reino da Espanha.

Em que pesem os entendimentos contrários dos Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, a Corte Excelsa reconheceu que a cláusula compromissória prevista em instrumento contratual para afastar a tutela jurisdicional sobre eventual litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis, não implica em negativa de acesso ao Poder Judiciário. Para melhor compreensão, transcreve-se trecho do parecer do Procurador Geral Geraldo Brindeiro sobre o julgado em comento:

A Lei 9.037/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça, nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar por meio do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo todas as vezes que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da

autonomia das vontades, representa uma faculdade inerente à própria personalidade, não um dever.⁶

Como se vê, a controvérsia já se encontra cristalizada pela Suprema Corte. No entanto, alguns juristas e acadêmicos insistem, por conservadorismo exacerbado, a defender a inconstitucionalidade da Lei n. 9.037/96.

3. A ARBITRAGEM COMO MEIO ALTERNATIVO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

Por questões culturais, a sociedade brasileira possui uma forte inclinação à judicialização dos conflitos, uma vez que cabe, supostamente, ao Estado o exercício exclusivo da função pacificadora. Por consequência, o sistema judiciário pátrio está colapsado, de modo que a prestação jurisdicional encontra-se gravemente prejudicada pela hiper dilatação dos acervos processuais; excessiva formalidade; morosidade procedimental e ineficácia de alguns institutos na promoção da paz social.

O monopólio da jurisdição tem sido combatido academicamente, crescendo timidamente a conscientização em prol da “destatização dos litígios” e da “deformalização processual”. Nesse sentido, Ayoub⁷ informa que,

A realidade vivida pelo homem nos dias atuais sugere a necessidade de profundas mudanças na tradicional figura da jurisdição, devendo o operador do direito, realmente preocupado com a nobre função jurisdicional, romper o ortodoxismo do monopólio resultante do princípio da jurisdição única, buscando alternativas para aliviar o sofrimento de quem se vê preterido do seu direito [...]

Dinamarco⁸ esclarece que, por muitos séculos a ideia do monopólio da jurisdição pelo Estado, leva o jurista a qualificar a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos (*alternative dispute resolution*), não um meio primário. Contudo, uma adequada

⁶BRASIL, Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 8.062/GB sobre a SE 5.206/7 – Reino da Espanha*. Procurador: Geraldo Brindeiro.

⁷AYOUB, Luiz Roberto. *A jurisdicionalidade da arbitragem*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15. Rio de Janeiro, p. 189, 2001.

⁸DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros, p. 31-32.

percepção do sistema como um todo, permitirá compreender que é socialmente mais conveniente resolver conflitos mediante um prévio entendimento entre as partes, dispendo-se estas a aceitar a solução a ser fornecida por um sujeito da escolha de ambas.

Em complemento, Pinho⁹ argumenta que, embora a jurisdição seja a fórmula primeira para a composição dos litígios, por vezes, não é capaz de dar solução adequada a certos tipos de conflito. Conforme se infere, vem ganhando força o entendimento de que o velho paradigma deve ser superado e que, nem sempre, o Poder Judiciário será a melhor via para a resolução de demandas. Passa a ser irrelevante os mecanismos utilizados para alcançar a solução, desde que a via empregada seja eficaz e em consonância com os ditames constitucionais.

Logo, a arbitragem é considerada um “desvio”, autorizado às partes pela Lei n. 9.307/96, ao caminho ordinário de acesso à justiça tradicional. Objetiva, precipuamente, dirimir conflitos complexos sobre direitos patrimoniais disponíveis e que exijam a aplicação de conhecimentos técnicos por profissionais qualificados, quais sejam, os árbitros.

A autonomia da vontade ocupa posição central no processo arbitral, conferindo às partes ampla liberdade de escolha normativa e flexibilização procedimental. O gerenciamento processual pelas partes é prestigiado em prol do regular desenvolvimento e organização do processo arbitral, sendo lícito às partes convencionar sobre a legislação aplicável ao direito material ou até mesmo o uso da equidade pelo árbitro e, ainda, sobre o modo procedimental a ser observado pela arbitragem.

A adaptabilidade às circunstâncias e às necessidades do caso concreto não implica em violação à segurança jurídica da sentença arbitral, na medida em que a liberdade das partes encontra limitações na ordem pública e nos bons costumes.

⁹PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias*. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, São Paulo, 2004.

Salienta-se, portanto, que a arbitragem é mecanismo de pacificação menos belicoso do que recorrer desde logo à provocação do exercício jurisdicional do Estado. Sendo certo que os laços de boa-fé e confiança são mais intensos do que os identificados nos processos em tramitação no Poder Judiciário.

Desse modo, o estado de beligerância entre os envolvidos é dissipado mais rapidamente pela arbitragem, uma vez que é notória a excessiva duração do processo judicial que, não raras vezes, culminará em uma prestação jurisdicional imperfeita. Por outro lado, a sentença arbitral, pela experiência até agora, demora somente alguns meses para que possa gerar o mesmo efeito da sentença judicial transitada em julgado, com a solução de todos os recursos previstos no Código de Processo Civil.¹⁰

Certo é que, em algumas situações, o magistrado não conhece a fundo determinadas searas e, ainda, que conte com o auxílio pericial, o tratamento judicial pode ser considerado superficial do ponto de vista técnico. Na arbitragem, não há obrigatoriedade para que o árbitro seja advogado ou bacharel no curso de Direito ou ainda, dotado de algum conhecimento específico, porém o que se identifica na prática, é a nomeação de especialistas na matéria controvertida; com expressiva reputação no mercado e da confiança das partes. Sob essa ótica, a aplicação da arbitragem tem sido utilizada no Brasil e, principalmente no cenário internacional, nas mais variadas searas, a exemplo, do setor imobiliário; do societário e de petróleo e gás.

A arbitragem também tem sido adotada para dirimir desavenças contratuais entre a Administração Pública e o setor privado, haja vista que o vulto e a envergadura dos empreendimentos estatais que justificam a colaboração e o aporte de capital privado para desenvolvimento da economia interna. Todavia, ainda, há grande discussão doutrinária e

¹⁰SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. Manual de Arbitragem – Mediação e Conciliação, 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 18.

legislativa sobre os requisitos necessários à submissão desse tipo de litígio ao processo arbitral.

Outra característica extremamente exaltada é a confidencialidade dos processos arbitrais, uma vez que é possível neutralizar possíveis danos decorrentes da publicidade de determinadas informações. Na esfera judicial, os autos são de livre acesso ao público, sendo o segredo de justiça reservado a hipóteses previstas em lei e a casos excepcionais.

De igual modo, a definitividade da sentença arbitral tem impulsionado a assimilação positiva do instituto. Como regra, o litígio submetido à apreciação da arbitragem não mais movimentará a máquina estatal para reexame da matéria, posto que a sentença arbitral é dotada da mesma eficácia do provimento judicial transitado em julgado, nos termos do art. 31 da Lei n. 9.307/96 e do art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil, garantindo-se a imutabilidade do julgado e a preservação dos interesses tutelados.

Em suma, o *decisum* arbitral não desafia recurso ou homologação pelo Poder Judiciário, devendo a jurisdição tradicional somente ser provocada nos casos em que a intervenção estatal seja indispensável. Excepcionalmente, a decisão do árbitro poderá ser questionada via ação anulatória, dentro do prazo de 90 dias, na hipótese de restar configurada eventual nulidade prevista do art. 32 da Lei n. 9.307/96. Do contrário, caberá à parte vencida cumprir o julgado arbitral ou aguardar a propositura de ação judicial executiva, para então, apresentar impugnação ao cumprimento de sentença.

Quanto a este ponto, Figueira Junior¹¹ é enfático ao afirmar que a arbitragem não representa, de maneira alguma, o enfraquecimento do Poder Judiciário. Pelo contrário, representa uma faculdade concedida aos jurisdicionados para buscarem a solução de suas desavenças por meio da jurisdição estatal ou arbitral, de modo que o Estado-juiz possa se fortalecer gradativamente, à medida que for necessariamente provocado.

¹¹FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996*. São Paulo. Ed. dos Tribunais, 1999, p. 111.

Arnold Wald e Ana Borja¹² salientam que, de acordo com os dados fornecidos pelas principais instituições arbitrais sediadas no Brasil, mais de 310 procedimentos arbitrais foram iniciados no ano de 2014, em contrapartida aos 170 iniciados no ano de 2008, correspondendo a um aumento que supera 80% das arbitragens realizadas nesse período. Já nos anos de 2013 e 2014, o Brasil ocupou o quarto lugar no *ranking* dos países que submeteram litígios à apreciação da Câmara de Comércio Internacional para aplicação da arbitragem, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América, da Alemanha e do Canadá.

Apesar da arbitragem ainda ser tratada com certo descrédito e da produção bibliográfica sobre o tema ser incipiente, nota-se um considerável crescimento do instituto, o que vem a favorecer o seu reconhecimento como via adequada de dissipação de desavenças patrimoniais disponíveis. Fato é que, a experiência jurídica e a vivência social têm indicado, por diversas oportunidades, o descompasso da atuação jurisdicional com a tutela pretendida pela partes, apresentando-se a arbitragem como oportuna e conveniente diante das suas vantagens institucionais.

Outrossim, acredita-se que o manejo da arbitragem e demais meios alternativos de pacificação social possam atenuar, reflexamente, a crise vivenciada pelo Poder Judiciário brasileiro, haja vista que podem influir, a longo prazo, na redução do acervo processual e, como consequência, contribuir para a qualidade e efetividade dos serviços jurisdicionais.

Nas hipóteses em que as vias alternativas fossem consideradas como as mais indicadas, estas funcionariam secundariamente como verdadeiros filtros, de modo que a tutela jurisdicional somente fosse provocada residualmente. Câmara¹³ explica que,

¹²WALD, Arnold; BORJA, Ana Gerdau de. Retrospectiva 2014 - Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra. *Revista Consultor Jurídico*, 1º de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/retrospectiva-2014-ano-foi-marcado-democratizacao-arbitragem>>

¹³CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ª Ed, vol. I. São Paulo: Ed. Atlas, 2013, pag. 48.

A valorização da utilização desses meios de solução dos conflitos de interesses seria capaz de garantir resultados satisfatórios para todos, inclusive para aqueles que não empregassem esses métodos alternativos, preferindo se valer do tradicional processo judicial. (...) Quanto maior o número de controvérsias submetidas aos sucedâneos da jurisdição, menor o número de processos judiciais, o que garantiria àqueles que preferissem esse método para solucionar seus conflitos uma prestação jurisdicional mais rápida e de melhor qualidade.

Entretanto, a “oxigenação do sistema judiciário brasileiro” somente é viável, caso seja acompanhada de uma reforma estrutural e de uma conscientização social sobre o conteúdo e o alcance da garantia do acesso à justiça, de modo a minimizar os entraves ocasionados pela proliferação exacerbada de demandas, muitas delas de cunho meramente especulativo.

Do explanado, depreende-se que a arbitragem se coaduna perfeitamente aos valores da democracia participativa como importante mecanismo de harmonização social, capaz de mitigar gradativamente o monopólio estatal exercido sobre a concretização da justiça. Contudo, o processo arbitral necessita de incentivo para se solidificar culturalmente como meio alternativo e ser, futuramente, assimilado pela população brasileira como caminho ordinário a ser seguido em determinados conflitos. A reflexão e o aperfeiçoamento do instituto é uma realidade que não pode mais ser postergada sob pena de retrocesso humanizatório.

4. CRÍTICAS À ARBITRAGEM COMO MEIO SUBSTITUTIVO AO PODER JUDICIÁRIO

Em contrapartida aos elogios, a arbitragem tem recebido algumas críticas pelos estudiosos. Barbosa Moreira¹⁴ leciona que,

¹⁴DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros, p. 33, In: MOREIRA, José Carlos Barbosa; o problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria, n.6. p. 376.

Um inconveniente geralmente apontado na arbitragem é o seu custo financeiro, ordinariamente muito mais elevado que o valor das custas ou taxas judiciárias pagas ao Estado – acrescendo-se que, pela própria natureza da arbitragem e pela relação contratual que tem em uma das pontas um cidadão provado, o árbitro, não há lugar para a gratuidade da justiça no processo arbitral.

Quanto a este ponto, a arbitragem tem sido considerada como forma de privatização do acesso à justiça, de modo que somente poderá se valer dela, os que puderem arcar com seus excessivos gastos. Aliás, as partes não poderão ser agraciadas pela Gratuidade de Justiça prevista pela Lei n. 1.050/60, haja vista tratar-se de benefício concedido, exclusivamente, pelo Poder Judiciário, o que acaba por reforçar o entendimento privatista.

No entanto, sob o prisma empresarial, a relação custo-benefício continua sendo vantajosa e atrativa, uma vez que o procedimento arbitral oportuniza outras benesses aos seus adeptos, que seriam consideradas mais importantes. E até mesmo, em algumas relações particulares, o custo do procedimento apresenta-se como o menor dos males quando em comparação à duração do processo judicial e à desnecessidade das partes constituírem advogados.

A possível influência da parte economicamente mais forte na escolha da legislação aplicável, do árbitro e do procedimento a ser adotado também representa ponto sensível da temática. Outra crítica constantemente realizada é relativa à ausência de poderes coercitivos e executivos do árbitro. Descumprida voluntariamente a sentença arbitral, o interessado deverá propor ação autônoma perante o Poder Judiciário, uma vez que o árbitro é desprovido de poderes de auto-efetivação. Contudo, a execução judicial promover-se-á sem qualquer alteração de seu conteúdo, projetando-se os efeitos da sentença arbitral no tempo e no espaço.

A ausência de recursos na esfera arbitral, com a exceção dos embargos declaratórios, também é considerada uma desvantagem por inviabilizar a reforma da decisão, eventualmente, considerada injusta pelas partes. Neste ponto, ressalta-se que a existência de

um sistema recursal fulminaria a celeridade do processo arbitral, bem como mitigaria os laços de confiança preestabelecidos entre as partes e os árbitros.

Hartmann¹⁵ salienta que, muito embora a arbitragem tenha sido criada e estimulada para que pudesse efetivamente resolver alguns litígios e, ao mesmo tempo, desafogar o Poder Judiciário, não vem desempenhando satisfatoriamente essa função, uma vez que a Lei da Arbitragem prevê a existência de algumas demandas autônomas que eventualmente poderão ser propostas perante o Poder Judiciário.

Como exemplo dessa assertiva cita-se a propositura de ação anulatória da sentença arbitral, no prazo de 90 dias, com base legal no art. 32 da Lei n. 9.307/1996 e incisos e, ainda, a propositura de ação para instituição da convenção de arbitragem, nos casos em que houver recusa por uma das partes em firmar o compromisso.

Como se observa, a essência pacificadora da arbitragem não é desnaturada por eventuais desvantagens, permanecendo irretocável a relevante função social desempenhada pelo instituto.

5. ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 13.129/2015 NA LEI DA ARBITRAGEM

Em atenção ao dinamismo da temática e aos entendimentos jurisprudenciais firmados, o Senado Federal propôs modificações pontuais à Lei n. 9.307/96 por meio do Projeto de Lei n. 406/2013, que tramitou na Câmara dos Deputados sob a numeração 7.108/2014. O Senado Federal vetou parcialmente as alterações apresentadas pela Câmara dos Deputados e acabou por aprovar o texto final, que seguiu para sanção presidencial. Em 26 de maio de 2015, o referido projeto foi sancionado e transformado na Lei n. 13.129/2015.

¹⁵HARTMANN, op. cit, p. 29.

A nova legislação foi publicada no Diário Oficial da União no dia 27 de maio de 2015 e entrará em vigor decorridos 60 (sessenta) dias da data da sua publicação oficial. Em suma, a lei sancionada objetiva ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem, aperfeiçoar o instituto e preencher algumas lacunas legais existentes.

Ante o exposto, passa a ser prevista expressamente a possibilidade da Administração Pública Direta ou Indireta valer-se da arbitragem para solucionar conflitos relativos a questões patrimoniais disponíveis, sendo competente para firmar a convenção arbitral a mesma autoridade designada para celebrar acordos e transações. Ademais, a arbitragem será sempre de direito e deverá respeitar o Princípio da Publicidade.

Para a Câmara dos Deputados, a adoção da arbitragem nos contratos públicos deveria ser regulamentada previamente nos editais e contratos administrativos. O Senado Federal rejeitou a alteração sugerida, de modo a reforçar a utilidade e a aplicação da arbitragem na esfera pública, sem para tanto, criar amarras contrárias à modernização legislativa do instituto.

Inovando substancialmente, a Lei n. 13.129/2015 faculta às partes o direito de afastar a aplicação de dispositivo constante do regulamento arbitral ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista institucional de árbitros. Confere-se maior autonomia e liberdade das partes na escolha dos árbitros.

A novel legislação também disciplina que a prescrição é interrompida pela instituição da arbitragem, retroagindo à data do seu requerimento, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

Após a *vacatio legis*, será lícito aos árbitros proferir sentenças parciais. Tal fato não mais configurará hipótese de nulidade da sentença arbitral, sendo facultado às partes e aos árbitros prorrogar o prazo para prolação da sentença final. Quanto à ação de declaração de nulidade da sentença arbitral, a parte interessada deverá observar as regras do procedimento comum do Código de Processo Civil e ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o

recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

Outro ponto interessante é que as partes podem requerer judicialmente a prolação de sentença arbitral complementar, nas hipóteses em que o árbitro não decidir sobre todos os pontos submetidos à arbitragem. A técnica legislativa também corrigiu a competência prevista para a homologação de sentença arbitral estrangeira, que passou a ser do Superior Tribunal de Justiça, a partir da Emenda Constitucional n. 45/04.

Em consonância com as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, a Lei em comento dispõe sobre a concessão de medidas cautelares e urgentes, assim como sobre a carta arbitral, a fim de viabilizar a prática de determinados atos processuais mediante colaboração entre os árbitros e a jurisdição estatal.

Nos casos em que a arbitragem estiver instituída, as medidas cautelares e urgentes devem ser requeridas diretamente aos árbitros. Caso contrário, às partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência.

A eficácia da medida concedida fica condicionada à instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contados da efetivação da decisão judicial. Aperfeiçoada a instituição da arbitragem, o árbitro passará a decidir sobre a manutenção, modificação ou revogação da medida judicial.

Sobre a carta arbitral, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedi-la para que órgão jurisdicional competente pratique ou determine o cumprimento do ato solicitado. O segredo de justiça deverá ser observado durante o cumprimento da carta arbitral desde que comprovada a confidencialidade da arbitragem.

Na seara societária, a inserção de convenção de arbitragem no Estatuto Social, desde que observado o quorum estabelecido em lei própria, obrigada a todos os acionistas. Todavia,

deve ser assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante reembolso do valor de suas ações.

O projeto de lei previa a aplicação da arbitragem aos contratos de adesão, sendo somente necessário que a cláusula compromissória fosse redigida em negrito ou em documento apartado. Quanto às relações consumeristas lastreadas em contrato de adesão, a cláusula compromissória somente produziria efeitos, se o próprio consumidor tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.

As referidas alterações legislativas foram vetadas sob o argumento que alterariam as regras para aplicação da arbitragem em contratos de adesão, uma vez que autorizariam de forma ampla a arbitragem nas relações de consumo. É necessário, portanto, que o consumidor se manifeste tanto no momento da celebração do contrato, quanto posteriormente ao surgimento da controvérsia sobre a instituição da arbitragem.

O projeto legislativo também havia proposto a aplicação da arbitragem aos conflitos trabalhistas que envolvessem empregados de alto escalão (administrador e diretor estatutário) da pessoa jurídica empregadora. Essa alteração também foi rejeitada por acarretar distinção indesejada entre os empregados em razão da sua ocupação, de modo que colocaria em risco a generalidade dos trabalhadores que poderiam se submeter ao processo arbitral.

A mudança legislativa apresenta-se salutar à integração normativo e ao fortalecimento institucional da arbitragem como meio adequado e alternativo de solução de controvérsias. A atualização da Lei n. 9.307/96 era necessária e inadiável, porém permanece com dispositivos confusos sobre a aplicação da arbitragem na seara consumerista e nos contratos de adesão e sem qualquer menção sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem na seara trabalhista.

6. A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil – NCPC (Lei n. 13.105/2015) foi sancionado pela Presidenta Dilma Rousseff, no dia 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de 1 (um) ano a partir da data de sua publicação no Diário Oficial. A nova normatização processual pretende combater a morosidade processual; mitigar os entraves de ordem processual; reduzir as espécies recursais e desestimular a massificação de demandas.

Nesse contexto, o art. 3º, §1º admite a arbitragem, na forma da lei, de forma a prestigiar o instituto e, ainda, impulsionar a sua adoção pela sociedade. Já, o art. 42 do novel *Codex* reforça, mais uma vez, a natureza jurisdicional da arbitragem ao permitir a sua adoção para processamento e julgamento de causas cíveis.

Atendendo as requisições da Ordem dos Advogados do Brasil – Estado do Rio de Janeiro, o art. 69, §1º c/c o art. 237, inciso IV, ambos da Lei n. 13.105/2015 prevêem a expedição de carta arbitral pelo Juízo arbitral direcionada a órgão jurisdicional nacional, para que este pratique ou obrigue o cumprimento de determinado ato, em atenção à sua competência territorial.

Desde que observados os requisitos legais, o árbitro poderá solicitar o auxílio estatal para a prática dos atos previstos nos incisos do §2º, do art. 69, a exemplo, da efetivação de tutela provisória; a obtenção e apresentação de provas; a coleta de depoimentos. Objetiva-se, portanto, conferir maior efetividade e celeridade ao provimento arbitral por meio da cooperação entre o Juízo arbitral e o Juízo estatal, acabando por sanar lacuna legislativa anteriormente existente.

Cahali¹⁶ salienta que a criação de uma estrutura formal para a comunicação facilita o entrosamento entre ambas as jurisdições, na medida em que uma saberá como solicitar e outra

¹⁶CAHALI, Francisco José. *Arbitragem e o Projeto do Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.cahali.adv.br/arquivos/arbitragem_e_o_pcp.pdf>

como receber as solicitações, evitando desencontro de posições a respeito, nocivas, certamente, à efetividade pretendida na tutela dos interesses da parte.

O art. 189 do Novo Código Processual também é outra sugestão da OAB/RJ acolhida, passando a prever a confidencialidade da execução judicial das sentenças arbitrais, inclusive no cumprimento de eventual carta arbitral, desde que o sigilo tenha sido acordado e comprovado perante o Poder Judiciário. Tal previsão tem por escopo conferir maior credibilidade à arbitragem e, ainda, impedir que informações relativas ao julgado sejam livremente acessadas em sede judicial.

Apesar do referido avanço, a existência de convenção arbitral continuará a ser alegada como preliminar de resposta do réu, nos termos do inciso X, do art. 337 do NCPC, de modo que a sua apresentação como “exceção”, em peça autônoma, acarretará a preclusão das demais matérias de direito. Neste ponto, parte da doutrina critica a referida concentração das matérias de defesa em uma única peça, haja vista que eventual existência de convenção arbitral deve ser analisada prioritariamente, por ser questão prejudicial ao próprio da jurisdição estatal.

Em complemento, o Novo Código de Processo Civil prevê que a existência de convenção arbitral não pode ser conhecida de ofício pelo Poder Judiciário, de modo que o silêncio entre as partes implicará, simultaneamente, na aceitação da jurisdição estatal e em renúncia ao Juízo arbitral, nos termos do art. 337, §6º.

Rejeitada a alegação pelo magistrado, a parte interessada poderá interpor agravo de instrumento contra a dita decisão interlocutória, nos termos do art. 1.015, inciso III, por se enquadrar como hipótese de cabimento taxativa. Essa norma objetiva preservar a opção das partes pelo Juízo arbitral, sendo certo que a questão deve ser apreciada, previamente ao mérito, pelo Poder Judiciário sob pena da máquina estatal ser movimentada desnecessariamente.

Quanto à homologação de sentença estrangeira arbitral, o procedimento obedecerá aos Tratados Internacionais e à Lei, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições previstas no Capítulo VI, do Novo Código de Processo Civil.

O art. 1.061, do Livro das disposições finais e transitórias, altera o §3º do art. 33 da Lei da Arbitragem para prever que, a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento de sentença, nos casos em que houver execução judicial, nos termos do art. 525 do NPCP. Essa disciplina retrata fielmente o procedimento que, na prática, vem sendo adotado desde 2005.

CONCLUSÃO

A arbitragem coaduna-se perfeitamente aos valores da democracia participativa, motivo pelo qual deve ser considerada como via adequada de resolução de demandas sobre direitos patrimoniais disponíveis, independentemente da interferência estatal. Mostra-se, portanto, apta a garantir a segurança jurídica pretendida pelas partes e eficaz à concretização da justiça.

Acredita-se que, a reflexão acadêmica e a disseminação social da arbitragem como mecanismo alternativo de pacificação social são salutares para o fortalecimento do instituto e, para que gradativamente, o processo arbitral possa ser tratado como meio de resolução primário de desavenças ante a sua especialidade e demais características, sem atual correspondência no Poder Judiciário.

Apesar das críticas realizadas à arbitragem, o instituto persiste como mecanismo idôneo para dirimir conflitos complexos em diversas esferas da vida cotidiana, mesmo nos casos de descumprimento da sentença arbitral. Embora, o interessado tenha que promover a execução do julgado perante o Poder Judiciário, a tutela jurisdicional será provocada em

momento diferido, no qual já estará superada a fase cognitiva do litígio. Sem muita dificuldade, nota-se a economia de recursos da jurisdição estatal, que não mais se debruçará sobre o mérito da controvérsia, preservando-se a imutabilidade da sentença arbitral, bem como o caráter pacificador da arbitragem.

Adicionalmente, confia-se que as recentes alterações legislativas e o Novo Código de Processo Civil, no geral, agregam positivamente ao desenvolvimento e à valorização da arbitragem, existindo pontuais exceções. Nota-se, uma tendência favorável à ampliação do escopo da arbitragem e, de igual maneira, uma preocupação em tornar o processo arbitral mais célere e efetivo em atenção aos novos tempos.

Por fim, salienta-se que o presente tema instiga maiores debates, devendo ser permeada continuamente a concepção a favor da utilização da arbitragem e demais vias alternativas, não apenas como uma possível válvula de escape ao colapso funcional do Poder Judiciário, mas, sim, como verdadeiros mecanismos de acesso à ordem justa e tutela do direito pretendida. A arbitragem e a jurisdição estatal não se anulam por completo. Ao contrário, devem conviver harmoniosamente, quando necessário, imbuídas do espírito cooperativista.

Cabe à sociedade e, em especial, aos operadores do direito, aprofundar seus conhecimentos sobre as vantagens e desvantagens de cada via pacificadora, de modo a alcançar a solução mais adequada às suas necessidades e anseios.

REFERÊNCIAS

AYOUB, Luiz Roberto. *A jurisdicionalidade da arbitragem*. Revista da EMERJ, v. 4., n. 15. Rio de Janeiro, 2001.

BRASIL, *Lei n. 5.869*, de 11 de janeiro 1973.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*.

BRASIL, *Lei n. 9.037/96*, de 23 de setembro de 1996.

BRASIL, Procuradoria Geral da República. *Parecer n. 8.062/GB sobre a SE 5.206/7 – Reino da Espanha*. Procurador: Geraldo Brindeiro.

BRASIL, *Lei n. 13.105/2015*, de 16 de março de 2015.

BRASIL, *Lei n. 13.129/2015*, de 26 de maio de 2015.

CAHALI, Francisco José. *Arbitragem e o Projeto do Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.cahali.adv.br/arquivos/arbitragem_e_o_pcp.pdf>

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 24ª Ed, vol. I. São Paulo: Ed. Atlas, 2013

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei n. 9.307/96*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Tratado Geral de Arbitragem*. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Ed. Malheiros, In: MOREIRA, José Carlos Barbosa; o problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria, n.6.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Bahia: Ed. Jus Podivm, 2014.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307 de 23.09.1996*. São Paulo: Ed. dos Tribunais, 1999.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. *Curso Completo de Processo Civil*. Niterói, RJ. Ed. Impetus, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 3ª Ed, vol. II. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Mecanismos de solução alternativa de conflitos: algumas considerações introdutórias*. Revista Dialética de Direito Processual, vol. 17, São Paulo, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem – Mediação e Conciliação*, 5ª ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

WALD, Arnold; BORJA, Ana Gerdau de. Retrospectiva 2014 - Ano foi marcado pela democratização da arbitragem e 2015 promete boa safra. *Revista Consultor Jurídico*, 1º de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-01/retrospectiva-2014-ano-foi-marcado-democratizacao-arbitragem>>