

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

**DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE
CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS**

RICARDO SOARES STERSI DOS SANTOS

JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER FERREIRA

DANIEL RIVORÊDO VILAS BOAS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito privado, formas de resolução de controvérsias e direito fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Ricardo Soares Stersi dos Santos, Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira, Daniel Rivorêdo Vilas Boas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-093-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2 Direito privado. 3. Resolução de controvérsias. 4. Direitos fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

DIREITO PRIVADO, FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E DIREITO FUNDAMENTAIS

Apresentação

Os Coordenadores do Grupo de Trabalho (GT) Direito Privado, Formas de Resolução de Controvérsias e Direitos Fundamentais apresentam à comunidade acadêmica o livro correspondente aos trabalhos enviados e aprovados para XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Belo Horizonte, entre os dias 10 e 14 de novembro de 2015.

É possível dividir os textos ora publicados em dois grupos. O primeiro, de conteúdo mais específico, cuidou das formas de resolução de controvérsias, especialmente da arbitragem.

Nesse grupo de artigos, encontram-se temas relevantes, como o papel da arbitragem no sistema de solução de conflitos, o estudo do instituto à luz da análise econômica do direito, as implicações do novo Código de Processo Civil, a interseção com os processos de recuperação judicial e falência e sua utilização no conflito de cunho trabalhista e ambiental. Nessa linha foram apresentados diversos trabalhos que abordam matérias consideradas sensíveis à utilização da arbitragem, demonstrando a maturidade da produção acadêmica para a discussão dos avanços e retrocessos do instituto da arbitragem no Brasil. Também foram abordados temas relativos aos aspectos teóricos da mediação, bem como sobre a possibilidade de utilização da transação com a Fazenda Pública.

O segundo grupo de artigos tratou, em abordagem mais genérica, dos direitos fundamentais, especialmente em interseção com o direito privado. A eficácia dos direitos humanos nesse tipo de relação e a influência da constitucionalização foram temas frequentes, merecendo também menção a pesquisa de campo junto ao Poder Judiciário, no artigo que encerra os textos deste GT.

O extrato de todo o trabalho já é conhecido: o CONPEDI mais uma vez serviu ao seu propósito de reunir a pesquisa em direito, com ênfase para os estudos da pós-graduação, voltando-se, especificamente, a temas de grande atualidade e importância.

UMA ANÁLISE DOS EFEITOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS DA ARBITRAGEM AN ANALYSIS OF THE LEGAL AND ECONOMIC EFFECTS OF ARBITRATION

Ana Cristina Koch Torres De Assis

Resumo

No contexto de um mundo plural e complexo, influenciado pela desjudicialização, pela globalização e pelo forte peso econômico, as soluções de conflito estão a demandar novas formas, como a arbitragem. E sua aplicação gera efeitos. Dentre os jurídicos, destaca-se o fomento do acesso à justiça e da política de consenso e, dentre os econômicos, a minimização das perdas e a maximização dos ganhos. Os novos paradigmas da jurisdição (como um conceito em construção), da autonomia da vontade privada e política do consenso (que se distancia da política da lide) atendem à dimensão social do processo civil contemporâneo, pacificam as partes, estimulam a voluntariedade e fomentam o consenso, estimulam a economia, criando um novo ambiente, jurídico e econômico.

Palavras-chave: Arbitragem, Efeitos, Justiça, Perdas, Ganhos

Abstract/Resumen/Résumé

In the context of a plural and complex world, influenced by desjudicialization, globalization and the strong economic weight, the conflict solutions are demanding new ways, such as arbitration. Its application generates effects. Among the legal effects, there is the promotion of the access of justice and of the politic of consensus. Among the economic effects, there is the minimization of losses and maximization of gains. The new paradigms of the jurisdiction (as a concept in construction), of the autonomy of the private will and of political consensus (which distances itself from the politics of deal), answer the social dimension of contemporary civil process, they pacify the conflicting parts, motivate the voluntariness and foster consensus, stimulate the economy, creating a new legal and economic environment.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Effects, Justice, Losses, Gains

INTRODUÇÃO

O termo arbitragem abrange três significados diferentes: a jurídica, como forma de solução de conflitos, a esportiva e a econômica, entendida como operação de compra e venda de valores negociáveis.

A arbitragem que será tratada neste artigo é a jurídica, prevista na Lei 9.307/96, cuja aplicação traz consequências que merecem ser pesquisadas.

O objetivo do artigo é fazer uma análise dos efeitos jurídicos e econômicos da arbitragem.

Certo é que a presente análise não esgota o tema e nem apresenta todos os efeitos possíveis, mas busca esclarecer cada um dos efeitos citados. São eles.

Dentre os jurídicos, destacar-se-á neste artigo a arbitragem como meio propício à solução de conflitos, como fomento da autonomia da vontade das partes, como forma de acesso à justiça e como cultura de pacificação que se contrapõe à cultura da lide.

Em relação aos efeitos econômicos, a abordagem será da arbitragem como instrumento catalisador da economia, diminuidor dos custos na resolução de conflitos e importante alternativa preventiva para, finalmente, listá-la como minimizador das perdas e maximizador dos ganhos.

Para tanto, situa os contextos social, jurídico e econômico em que a questão é colocada.

Apresenta o conceito da arbitragem, assim como sua base legal, além de detalhar algumas de suas características principais.

Em seguida, faz a análise propriamente dita dos efeitos jurídicos e econômicos selecionados.

Por fim, é apresentada a conclusão.

1 CONTEXTOS SOCIAL, JURÍDICO E ECONÔMICO

O homem é, por natureza, um animal político.¹

Na visão aristotélica, tem-se que o homem não vive só, realizando-se plenamente no contexto da coletividade, da sociedade.

¹ ARISTÓTELES. *Poética. Organon. Política. Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1990. (Coleção Os Pensadores). p. 146.

Na medida em que ele vive, se relaciona nos grupos, na família, na sociedade, no Estado.

Em que Estado?

A todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.²

Cabível aqui uma observação.

Certo é que em cada um dos grandes estágios da civilização, há traços característicos dominantes da organização estatal:³

1º O Estado oriental: teocrático e politeísta,

2º O Estado grego, que se caracteriza por uma nítida separação entre a religião e a política,

3º O Estado romano, expressão máxima da concentração política e econômica,

4º O Estado feudal, consequente da invasão dos bárbaros, com descentralização política, administrativa e econômica,

5º O Estado medieval, a partir do séc. XI, que foi uma nova expressão da centralização do poder, com a preeminência do Papado sobre o governo temporal,

6º O Estado moderno, que reagiu contra a descentralização feudal da Idade Média e contra o controle da Igreja Romana, revestindo a forma do absolutismo monárquico,

7º O Estado liberal, implantado pela revolução francesa e baseado no princípio da soberania nacional,

8º O Estado social, com suas variantes, a partir da 1ª Guerra Mundial.

De qualquer forma, diante da convivência, o que acontece?

Surgem os conflitos.

Aí são necessários instrumentos e/ou mecanismos para solução desses conflitos.

O Direito aparece com destaque.

Apresenta-se o seguinte entendimento:

O *Estado* é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social. E o *Direito* é o conjunto das condições existenciais da sociedade, que ao Estado cumpre assegurar.⁴

² Ibid.

³ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 108.

⁴ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.

O que se entende como justiça é algo que sofreu variação ao longo da história.

Para os gregos, justiça tinha a ver com igualdade.

Já Aristóteles falava em equilíbrio e harmonia. Foi o formulador do que se entende hoje pela teoria da justiça. Influenciado pelo pensamento pitagórico no que se refere aos pesos, às medidas de igualdade e proporcionalidade, situou a questão da proporcionalidade não do ponto de vista estritamente aritmético, matemático, mas da igualdade de razões. Foi Aristóteles quem primeiro falou sobre a possibilidade de o juiz adaptar a lei à situação concreta.⁵

A função judicante, no auge da democracia, é também exercida pelos cidadãos. É exemplo eloquente o julgamento de Sócrates.⁶

Os romanos entendiam a justiça como ordem pacificadora, chegando à máxima de dar a cada um o que é seu.⁷

Ao examinar a Bíblia, o Antigo Testamento fala em obediência à palavra de Deus e no Novo Testamento fala-se em amar o próximo como a ti mesmo.

A variação terminológica é grande, seja no tempo e no espaço.

A justiça está umbilicalmente ligada ao conceito de direito e este também sofreu mutação ao longo da história no concernente a seu significado, seu fundamento.

Numa sintetização breve, tem-se o direito justificado na natureza, pelos gregos da Antiguidade, considerados a matriz da civilização contemporânea; em seguida, o direito do medievo assume feição teleológica com os romanos (que tinham um vínculo forte com a religião) e o cristianismo que passa a conceber Deus como ser único, universal,⁸ é o jusnaturalismo; passa-se ao juspositivismo em que vale a lei posta pelo ser racional que o homem é, até chegar-se no direito contemporâneo que, numa crise de fundamento ou de razão, pressupõe um sistema de princípios a reger os casos e as pessoas, vistas como seres históricos, processuais, num constante construir e reconstruir de uma sociedade laica ou secularizada, em que se busca o reconhecimento, na maior medida possível, de iguais liberdades a todos os homens, livres e iguais.

⁵ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 5.

⁶ Ibid.

⁷ CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: Uma Nova Visão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

⁸ COULANGES, Fustel de. Tradução de Roberto Leal Ferreira. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 378/404.

A autonomia da vontade privada tem grande destaque, respeitada, concomitantemente a autonomia pública num novo paradigma de justiça, numa justiça mais participativa e que leva à solidariedade social.

A cidadania é entendida como a consciência dos direitos e deveres, mas também como diminuição do formalismo.

Assim é que o Poder Judiciário volta a ocupar o poder de destaque na busca para a realização dos direitos.

Também existe uma tendência de se adotarem resoluções alternativas de conflito, de natureza pública e privada.⁹

A Constituição Federal brasileira de 1988, resultado de um processo de redemocratização do país, valoriza os direitos fundamentais da pessoa humana, que passa a ser o centro de todo o direito.

Porque a sociedade brasileira contemporânea vive uma fase de redemocratização, que é um verdadeiro “Chamado à Cidadania” em que há relação direta com a exigência de uma releitura da experiência democrática para aprendizado de novas formas de convivência e de sociabilidade, de recriação permanente e de renovação das instituições que resulta na determinação de novos espaços públicos e condições para debate, negociações e formação de novos consensos.¹⁰

Essa visão do texto constitucional como uma “obra aberta”, cujo sentido é permanentemente construído e reconstruído por seus destinatários, seria ela própria um reclamo do Estado Democrático de Direito, visto que ele representa um intento de conciliar valores que só abstratamente se compatibilizam perfeitamente, pois no momento de sua concretização podem se chocar, por exemplo, a segurança jurídica (= respeito à legalidade) e a igualdade perante a lei, valores associados ao Direito formal, com a segurança e igualdade das situações em que se encontram inseridos os indivíduos na sociedade, a qual se pretende seja democrática.¹¹

Some-se a isto: as novas visões de mundo que aparecem em função das sociedades, cada vez mais complexas e pluralistas, aliadas ao grande peso do fator econômico.

⁹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 25.

¹⁰ APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 12.

¹¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 23.

Como, por exemplo, o custo e o tempo gastos para solução de uma demanda pela justiça tradicional.

Diante da globalização na economia, nas comunicações e, conseqüentemente, nos direitos, ajustes devem ser feitos.

Aí surgem, dentre outros:

A arbitragem.

2 CONCEITO

A arbitragem é um meio propício à solução de conflitos.

Pode-se conceituá-la da seguinte forma: é o instituto que, abrangendo direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis, por meio de um árbitro privado escolhido pelas partes, produz um título executivo judicial.

Importante ressaltar que, embora a lei específica fale em “direitos patrimoniais disponíveis”, há ressalva no sentido de que, ainda que o direito possa ser indisponível, não significa que seja impossível de ser transacionado como, por exemplo, os alimentos. Embora o direito a alimentos seja indisponível, seu *quantum* pode ser objeto de transação, porque disponível nestes termos.¹²

Passa-se a destaques do referido instituto.

3 BASE LEGAL

Mister ressaltar que a arbitragem antecedeu a jurisdição estatal.

É instituição antiga, exercida tanto como forma de solução de conflitos internos como forma de abrandar litígios entre cidades-Estado da Babilônia.¹³

Presente também na Grécia clássica, representando concepção diferenciada em face da justiça do direito comum.

No Tratado de 445 a.C., entre Esparta e Atenas, havia estipulação de cláusula compromissória expressa, remetendo as partes para a via arbitral quando surgisse uma eventual disputa.¹⁴

¹² GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos / Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001. p. 23.

¹³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 850.

Presente no direito romano, conforme disposição do Digesto no sentido de que o compromisso assemelha-se ao juízo, e tende a encerrar os litígios. A regra era em tudo semelhante ao juízo arbitral hoje praticado: as partes celebravam o compromisso e escolhiam o árbitro, que proferia a decisão após “exame e reexame do caso”, pelos informes das partes.

Embora tenha passado por fases de pouco reconhecimento, entre outras razões por confrontar com a justiça togada, especialmente, na Idade Média, o instituto é bastante reconhecido e utilizado na atualidade.

No caso brasileiro, desde a Constituição Imperial de 1824, já consta em nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal de 1988 ratifica, explicitamente, a arbitragem, ao fazer referência expressa à mesma nos parágrafos 1º. e 2º. do art. 114, possibilitando o exercício da via arbitral no que se refere aos dissídios coletivos do trabalho.¹⁵ Assim como no art. 12, parágrafo 2º. do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando antevê a utilização da arbitragem na demarcação das linhas divisórias entre Estados e Municípios.

A arbitragem no Brasil é regulamentada pela Lei 9.307/96, que sofreu recentes alterações pela Lei 13.129, de 26/05/15, notadamente para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral.

Com relação à Lei 9.307/96, um longo caminho teve de ser percorrido. O primeiro anteprojeto data de 1981, o segundo de 1986, até que o de 1991 por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, lançou-se a *Operação Arbitrer*,¹⁶ a qual, juntando entidades de classe e juristas, culminou num projeto de lei viabilizador efetivo da arbitragem, consoante os princípios constitucionais da liberdade e igualdade no acesso à justiça.¹⁷

¹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 38-39.

¹⁵ O TST já possui alguns julgados admitindo a arbitragem inclusive nos dissídios individuais de trabalho: BRASIL. TST-AIRR-22761/2002-900-02-00.5. *DJ*, 20 abr. 2007 e BRASIL. TST-RR 144300-80. 2005.5.02. 0040, *DEJT*, 04 fev. 2011, Disponível em: <<http://tst.jus.br>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

¹⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 9.

¹⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 854.

Dessa forma, o Brasil acabou por adotar o instituto que há décadas é utilizado nos países mais desenvolvidos, especialmente nas relações de natureza comercial e de comércio internacional.¹⁸

Desde 1985, mais de trinta países incorporaram no seu direito interno a lei-modelo sobre a arbitragem comercial internacional, aprovada pela Comissão das Nações Unidas e para cima de cento e trinta são hoje partes da Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

A arbitragem vem sendo reconhecida como o método mais eficiente de resolução de conflitos, contribuindo, dentre outros, para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Passa-se ao destaque de algumas de suas características.

4 CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS

Baseando-se na legislação citada, destaca-se, numa visão sintética, as seguintes características do instituto em questão.

Uma vez definido o árbitro, por meio de aceitação pelas partes, escolhe-se o procedimento, é apresentado o pedido das partes (com ou sem intermédio de advogado), em seguida a defesa, quando se passa à instrução, que envolve prova oral, pericial e qualquer outra que se fizer necessária.

A sentença deve ser dada num prazo de 6 (seis) meses, cabível prorrogação.

5 EFEITOS JURÍDICOS E ECONÔMICOS

Chega-se ao cerne do artigo.

Em relação aos efeitos da arbitragem, cerne deste artigo, apresentar-se-ão, primeiramente, os efeitos jurídicos para, em seguida, analisar os econômicos.

Dentre os efeitos jurídicos, destacar-se-á neste artigo a arbitragem como meio propício à solução de conflitos, como fomento da autonomia da vontade das partes, como forma de acesso à justiça e como cultura de pacificação que se contrapõe à cultura da lide.

¹⁸ Na Inglaterra, por exemplo, a instância pública para julgamento tornou-se um dos últimos recursos, e uma das explicações é de origem econômica, já que não se quer gastar grandes quantias em questões litigiosas. *In*: ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Orientação e revisão da tradução: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 31.

Em relação aos efeitos econômicos, a abordagem será da arbitragem como instrumento catalisador da economia, diminuidor dos custos na resolução de conflitos e importante alternativa preventiva para, finalmente, listá-la como minimizador das perdas e maximizador dos ganhos.

a) A arbitragem como meio propício à solução de conflitos.

Esse viés significa que a arbitragem garante, além de uma boa solução para o caso, sigilo, economia e a certeza de que o julgamento do problema será realizado por pessoas que conhecem a fundo a questão, sem contar na rapidez, considerando que deve ser concluída no prazo máximo de 180 (cento oitenta) dias, se outro prazo não foi acertado pelas partes.

A respeito dessa expressão “meio propício”, esclarece-se.

Os métodos alternativos de solução dos conflitos, consonantes ao movimento universal do acesso à justiça, aparecem como novos rumos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados.

São representados pela expressão *Alternative Dispute Resolution* (ADR) – forma alternativa de resolução de disputa –, abrangendo não só a sede extrajudicial, mas também a judicial, na medida em que contrapõem-se aos tipos ortodoxos de processo e prestação jurisdicional.¹⁹

Talvez mais adequado seja o termo “propício” para designar as formas de resolução dos conflitos que se agregam ao aparato existente, já que o termo “alternativo” tem um significado vulgar da coisa que foge do oficial, tradicional, tendo menor valor. Ademais, dizer que algo é propício significa dizer que algo estimula, colabora, dá esperança.

Cumprir notar, a propósito, a observação de Athos Gusmão Carneiro no sentido de que “determinados atos, embora não provindos de autoridade judiciária brasileira, condizem, sob certas condições, ao mesmo resultado, ou seja, à composição definitiva da lide, que seria obtido mediante o uso das vias jurisdicionais.”²⁰

b) A arbitragem como fomento da autonomia da vontade das partes.

A aplicação da arbitragem é como se fossem criadas regras particulares de comum acordo entre os interessados.

Para tanto, mister também analisar o princípio da autonomia da vontade privada.

¹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 17.

²⁰ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. Saraiva: São Paulo, 2010. p. 55.

A autonomia está fortemente afetada pela questão cultural, como atestam os seguintes entendimentos:

[...] 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 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 consequência, 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.²¹

O Estado ampliou, em demasia, sua pesada longa-manus, aplacando com rigidez a iniciativa privada. Viveu-se intenso período onde imperava, sempre, a vontade do Estado, não raro, inadequada ou impropriamente aplicada.

Com isso, soçobrava o princípio democrático da autonomia da vontade que, normalmente, sobrevive em clima de maior liberdade para o cidadão.

Bloqueado em sua livre iniciativa, negava-se o particular, em contra-partida, a assumir as responsabilidades que seus atos produziam. Assim, uma vez mais, ao Estado-Providência cabia a tarefa de intervir nas relações jurídicas pessoais.

A identificação do indivíduo é com o Estado, único ente capaz de gerar direitos e impor deveres e obrigações. Perde-se o contacto com o princípio basilar do ser humano, isto é, a autonomia da vontade.

A liberdade de contratar remanesce abafada e o *pacta sunt servanda*, com frequência, flexibilizado de modo a atender aos ditames estatais.²²

Ponto fundamental da arbitragem é a liberdade dos contratantes ao estabelecer o modo pelo qual seu litígio será resolvido.²³

Isto porque, segundo a Lei de Arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito – material e processual – aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela

²¹ FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 217.

²² MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 31-32.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 64.

decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais.

Prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei.²⁴

c) A arbitragem como forma de acesso à justiça.

Esse viés é resultado do fenômeno da desjudicialização, além de representar efetivação dos direitos constitucionalmente assegurados.

Certo é que as transformações da sociedade contemporânea estão a impor o repensar de valores e de instituições.

A visão tradicional do Direito como regulador de condutas vem sendo superada por uma nova visão no sentido de constituir um processo de desenvolvimento de um país, de forma a proporcionar melhorias à vida social e econômica do homem. Vale notar que não se está falando de simples crescimento econômico, mas no avanço das políticas públicas voltadas à melhoria das condições de vida da sociedade destinatária de tais políticas. Desta forma, o Direito é o instrumento hábil a tornar as pessoas mais felizes ou menos infelizes.²⁵

A jurisdição, como um dos atributos do Estado moderno, sofre com a quebra de paradigmas, ou seja, com as novas visões de mundo advindas de uma série de evoluções nos modelos construídos, evoluções essas que se dão em caráter pendular, ou seja, por força de fatores sociais, econômicos, políticos e mesmo jurídicos.²⁶

As “verdades científicas” de outrora não se coadunam ou aderem à dinâmica jurídica e ao tecido social hodierno.²⁷

O Direito é um “*continuum*”.²⁸

Conceitualmente, jurisdição é a função de compor litígios, de declarar e realizar o Direito. Exercida pelo Poder Judiciário, um dos alicerces do Estado Moderno, assim como os Poderes Executivo e Legislativo.

Numa época em que as relações são homogêneas, em uma sociedade legalmente igualizada, falar em lei genérica e abstrata é confortável. Todavia, numa sociedade pluralista e

²⁴ Ibid., p. 15.

²⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 2-3.

²⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 38.

²⁷ Ibid., p. 38.

²⁸ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 394.

de relações complexas, necessário ao juiz compreender e atribuir sentido e valor aos casos concretos.

No Estado Constitucional,²⁹ também chamado de pós-moderno contemporâneo ou pós-providência, não mais prevalece o princípio da supremacia da lei e esta não é mais vista como produto perfeito e acabado. Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais.

As normas jurídicas compõem-se das regras e dos princípios, não hierarquizados, mas priorizados diante do caso concreto.

Portanto, se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei ou criava a norma individual a partir da norma geral, agora ele cria a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a Constituição, o controle de constitucionalidade e da adoção da regra do balanceamento (ou da regra da proporcionalidade) dos direitos fundamentais no caso concreto.³⁰ Norteado sempre pelo objetivo de dar tutela às necessidades de direito material, não apenas editando a sentença, mas dando o meio executivo adequado.

Zaffaroni afirma que o poder judiciário é “governo”,³¹ haja vista a explosão de litigiosidade, o aumento da burocracia estatal, a produção legislativa impulsionada pelo clientelismo político, provocando maior protagonismo político dos juízes, com aumento de suas faculdades discricionárias e maior visibilidade perante o público, cada vez mais informado e crítico em relação à instituição.

A atividade jurisdicional deve ser eficiente, o que não acontece, fato público e notório. Importante é discutir as causas, que são variadas, dependendo da ótica de quem analisa a questão, desde o número insuficiente de magistrados e servidores, as estruturas físicas dos órgãos, a carência de material, o despreparo de alguns patronos, etc., mas também propor soluções e experimentar novos caminhos, meios alternativos ou propícios à solução dos conflitos.

Há, portanto, um contraponto ao dogma da unidade da jurisdição, função exclusiva do Poder Judiciário, que fazia sentido na era do Estado Nacional: “um só Direito, uma só Jurisdição”.³²

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo, *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005. p. 49.

³⁰ *Ibid.* p.53.

³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 24.

³² NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 341.

Se na Antiguidade grega e romana, a integralidade do sistema é o que vigorava, com a desagregação do Império Romano e o advento do sistema medieval, a jurisdição fracionou-se em pluralidade de estamentos (corporações de ofício, classes, etc.). Com o surgimento do Estado Moderno, necessário o retorno à unidade jurisdicional. O poder se fortalece na centralização. Já o processo mais recente de globalização, traz à tona a “sociedade aberta”, integrada pela pluralidade de pessoas e interesses.³³

É o Estado Democrático de Direito, ou mais acertadamente, Estado Democrático dos Direitos Humanos. A Constituição é o centro normativo e diretivo do sistema, conferindo à jurisdição papel promotor e garantidor da justiça material, dizendo o direito das minorias e maiorias.

Repartindo-se, torna-se retributiva (justiça social).³⁴

Para atingir esse objetivo assume novos formatos, novos direitos exigem novas Cortes (qualquer pessoa poderá recorrer a qualquer uma dessas Cortes de Direitos Humanos: uma jurisdição para o homem).

Com a mudança da nova matriz mundial e a passagem do paradigma “Estado Nacional” para o do Estado Democrático de Direito, o cenário jurisdicional se altera profundamente, exigindo novas definições e focos de soluções.³⁵

Fala-se em duas características: alternatividade e diversidade. Abrange não apenas a escolha “para o jurisdicionado”, mas também “pelo jurisdicionado”. Ou seja, passa o cidadão, ele próprio, e segundo sua vontade, a escolher o endereço de sua preferência: qualquer ser humano (mais que cidadão ou jurisdicionado) tem personalidade jurisdicional (leia-se legitimidade processual ativa) para “frequentar” os endereços das Cortes de Direitos Humanos (Planetárias ou Regionais), sem prejuízo dos endereços tradicionais ou antigos.

Essa concepção resulta na necessidade de se reestruturar o Poder Judiciário, criando um processo de desjudicialização e resolução alternativa de litígios, de forma a evitar acesso generalizado e, por vezes, injustificado à justiça estatal. É retirar da esfera de competência dos tribunais os atos e procedimentos que possam ser eliminados ou transferidos para outras entidades, salvaguardando o núcleo essencial da função jurisdicional.

A desjudicialização também pode ser chamada de democratização do Poder Judiciário no sentido de possibilitar uma prestação jurisdicional mais efetiva e sintonizada com os anseios de toda a sociedade, que possui desigualdade em vários setores.

³³ Ibid., p. 343.

³⁴ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 344.

³⁵ Ibid., p. 363.

Exemplo nesse sentido é a possibilidade de realização de inventários, separações e divórcios perante o tabelião de notas, conforme disposições da Lei n. 11.441/07.

Outro paradigma que afeta a jurisdição é a visão do processo que, mais do que instrumento pelo qual se realiza a função jurisdicional estatal, é instrumento social e democrático de garantia dos direitos, refletindo o estágio histórico vivenciado pela sociedade em questão.

Cappelletti afirma que o processo civil contemporâneo possui três tendências evolutivas que formam as “Dimensões do Direito da Justiça”:³⁶ a dimensão constitucional, a transnacional e a social do processo.

Especificamente quanto à dimensão social, representada pelo problema do acesso à justiça, é apresentada sob dois aspectos principais: a) a efetividade dos direitos sociais que não têm de ficar no plano das declarações meramente teóricas, senão devem, efetivamente, influir na situação econômico-social dos membros da sociedade que exige um vasto aparato governamental de realização; b) a busca de formas e métodos, amiúde, novos e alternativos, perante os tradicionais, pela racionalização e controle de tal aparato e, conseguinte, para a proteção contra os abusos aos quais o mesmo aparato pode ocasionar, direta ou indiretamente.³⁷

d) A arbitragem como cultura da pacificação e do consenso em contraposição à cultura da lide.

Cabe trazer à lume aspectos relativos à política do consenso.

Esta política deve ser estimulada como tônica essencial na formação jurídica do operador do direito hodierno, sendo perceptível, sem exigir muitos esforços, o despreparo deste, sobretudo no campo prático, com as mais diversas modalidades instrumentais fora do aparato jurisdicional estatal, v.g., conciliação, mediação e arbitragem.³⁸

³⁶ “Trata-se, em primeiro lugar, da dimensão “constitucional”, que consiste na busca de certos valores fundamentais que muitos ordenamentos modernos afirmaram com normas às quais assina-se força de *Lex superior*, vinculando o próprio legislador (ordinário)...[...] Uma segunda dimensão é a “transnacional”, quer dizer, a tentativa de superar os rígidos critérios das soberanias nacionais com a criação do primeiro núcleo de uma *Lex universalis*...[...]. Esta tentativa reflete-se, em particular, na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 e nos Pactos que na mesma Declaração vieram, in CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Tradução de Elício de Cresce Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. v. 1, p. 379-381.

³⁷ *Ibid.*, p. 385.

³⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 846.

Os operadores do Direito são formados sob a égide da “bandeira do conflito”, desconhecendo ou menosprezando as formas alternativas de composição das lides jurídicas e sociológicas. São legiões e legiões de operadores-guerreiros no direito e não de pacificadores pelo Direito e para a justiça.³⁹

Mais de 50% (cinquenta por cento) das trinta e uma maiores instituições de ensino superior do país não oferecem disciplinas relacionadas à mediação, arbitragem e conciliação, em desacordo às estratégias traçadas para o Poder Judiciário pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça.⁴⁰

Em contrapartida, a política do consenso não tem base na polarização do processo judicial, por ser “tendente à obtenção de consenso, antes do que uma condenação, evitando o acirramento de ânimos entre pessoas que tenham que persistir convivendo, coexistindo na mesma comunidade, no mesmo meio”.⁴¹

“Afasta da justiça tradicional muitos conflitos para que possam ser solucionados através do consenso entre as pessoas”.⁴²

E representa o novo enfoque da resolução de conflitos em que a via tradicional se mostrou insatisfatória: a justiça coexistencial ou conciliatória.

A respeito, Cappelletti⁴³ observa que embora a luta pelo direito, com base em Ihering, tenha sido glorificada pelas civilizações ocidentais nos dois últimos séculos, um enfoque diferente, a que ele chama de “Justiça coexistencial”, pode ser preferível e mais apto para assegurar o acesso à justiça.

Assim, deixará de decidir e definir, passando a remendar o litígio, aliviando as situações, vislumbrando um valor maior: a preservação de um bem durável, da convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou que possuam relações complexas.⁴⁴

Se nas discussões relativas ao meio-ambiente, a reciclagem e reaproveitamento são temas recorrentes, por que não no que diz respeito à solução de conflitos entre as pessoas?

³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 12.

⁴⁰ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; RIBEIRO, WESLLAY, Carlos. O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 13-25, 2010. p. 20.

⁴¹ LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 21.

⁴² CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: Barral, Welber; ANDRADE, Henri Clay (org.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju: OAB, 2000. p. 108-109.

⁴³ Ibid., p. 108.

⁴⁴ SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005. p. 89.

e) A arbitragem como instrumento catalisador da economia.

A principal questão aqui é que ela traz previsibilidade e estabilidade nas relações.

Pelo próprios princípios constantes da lei específica, pode-se destacar duas questões que atuam com o efeito citado: o prazo certo para resolução da demanda e a impossibilidade de interposição recursal, salvo os casos prescritos.

A arbitragem fornece elementos adicionais que reduzem a incerteza relacionada aos litígios eventualmente surgidos no âmbito da atividade negocial, favorecendo a ampliação dessa atividade (e dos investimentos a ela relacionados).⁴⁵

f) A arbitragem como instrumento diminuidor dos custos para resolução dos conflitos.

Os custos de se recorrer ao Poder Judiciário não depende apenas das taxas administrativas pagas à justiça.⁴⁶ Embora tal aspecto seja relevante, a ele se complementam, dentre outros, o tempo que se leva para obter a resolução da demanda e, em regra, a maior especialização do terceiro (árbitro) a solucionar a lide.

Fala-se em crise do Judiciário, que engloba a insuficiência da atividade jurisdicional, a crise do processo, a crise das instituições, culminando na ideia de que a intervenção estatal deve ser atenuada – inclusive para se alcançar maior efetivação dos direitos – admitindo-se institutos como a arbitragem.

“A atividade jurisdicional tem sido deveras incipiente, isto em decorrência de uma série de fatores, quer de origem procedimentais, administrativas ou operacionais e até mesmo de quadros”.⁴⁷

Inclui-se no tema a crise do processo. Apesar das seguidas reformas implantadas no Código de Processo Civil, ainda se está longe de obter um mecanismo judicial que possa ser considerado funcional e eficaz para resolver os litígios. Por enquanto, o processo judicial continua a ser uma antevisão da eternidade, e é preciso encontrar nas vias alternativas, fórmulas de solucionar controvérsias que dependam cada vez menos da intervenção estatal.⁴⁸

⁴⁵ CARDOSO, André Gushow. *Os efeitos da arbitragem na análise de riscos negociais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁴⁶ TELLECHEA, Rodrigo. *A análise econômica da arbitragem*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁴⁷ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 846.

⁴⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

Ainda que medidas venham sendo adotadas, como o constante das Leis 11.232/2005 e 11.282/2006,⁴⁹ que tratam de uma execução mais célere, resultante de um sincretismo processual em que a visão original de separação entre cognição e execução vem sendo revista, o resultado ainda é ineficaz.

Assim, abre-se a possibilidade para a experimentação de novos caminhos e institutos.

Desde a década de 90, o Brasil vem passando por reformas econômicas. A primeira rodada significou introduzir competição, austeridade fiscal e novas formas de governança corporativa. É necessário um segundo estágio de reformas mais voltada para as instituições, o que demanda maior número de atores fora e dentro do Estado e maior complexidade técnica.⁵⁰

Em seu último *World Development Report*, o Banco Mundial mostra que um processo leva 1500 dias para ser concluído em países como o Brasil. A lentidão da justiça é o defeito mais evidente.⁵¹

A Emenda 45 levou 12 anos para ser aprovada.⁵²

Os estudos sobre eficiência das instituições judiciais, a concepção de que a justiça também deve ser vista como um serviço público e as discussões sobre o consequencialismo jurídico são importantes contribuições para o avanço e a modernização do sistema de justiça como um todo.⁵³

A ineficiência do Judiciário resulta em custos econômicos elevados. Aumentados os riscos e os custos das transações, o banco custa a reaver as garantias e necessita de burocracia para cobrar as dívidas.⁵⁴ Fora os custos ocultos, em função da não geração de empregos, investimentos e negócios.⁵⁵

Duas soluções: maior informatização, mais juízes ou redução do número de casos que chegam ao Judiciário.

A nova lei de arbitragem é um passo nesse sentido.⁵⁶

Antônio Hespanha, nessa linha, faz abordagem sobre o acesso à justiça, abrindo a possibilidade dos litígios não serem resolvidos apenas pelos tribunais.

⁴⁹ BARROSO, Darlan; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio Araújo Júnior. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

⁵⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1999. p. 384/387.

⁵¹ Ibid.

⁵² CUNHA, Luciana Gross. Governança da Justiça. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (Coord.) et al. *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012. tomo 1, p. 358.

⁵³ Ibid., p. 368.

⁵⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Op. cit., p. 389-390.

⁵⁵ Ibid, p. 392.

⁵⁶ Ibid, p. 395.

O Estado Leviatã não tem sustentabilidade nos dias atuais, sendo incompatível com o constitucionalismo neoliberal, que lança um olhar transformador sobre a jurisdição.⁵⁷

O fato de se reconhecer a um organismo competência para conhecer de certas causas não significa que as causas vão poder apenas ser resolvidas por esse organismo. O “centralismo jurídico” não é a única solução. Até porque o direito é “vivo”. O acesso à justiça não pode ficar à “sombra do direito”.⁵⁸

Diante do fenômeno da crise do direito, juntamente com um quadro de inefetividade da ordem social, o surgimento de novos espaços público-privados de inclusão e de concreção de direitos fundamentais sociais, por meio de procedimentos substantivos que refletem uma nova dimensão do Direito Subjetivo contemporâneo de aproximação do Direito Processual em relação ao material, que é o *Leitmotiv* entre o devido processo legal substantivo e o acesso à justiça, acarretando na fixação de um novo paradigma para a interpretação jurídica, que se deve basear na compreensão do caso concreto.⁵⁹

Para isso, no entanto, será preciso antes de mais nada aliviar o Estado de parte dos encargos sob os quais corre perigo de ficar soterrado.⁶⁰

A intervenção estatal deve ser atenuada – principalmente quando se trata do contexto da esfera íntima total – a concepção de Estado mínimo é de cariz pós-moderno, o que nos leva a refletir sobre a indisponibilidade de direitos que, naturalmente, vem cedendo diante da mudança de paradigmas, como a equiparação entre o público e o privado e a legitimação, pela democracia deliberativa, num exercício de auto-legislação onde a pluralidade social cumpre as regras do jogo democrático, reformulando a extensão do domínio da jurisdição arbitral, por exemplo, que não se limita mais às questões empresariais, abrangendo também os negócios jurídicos estatais bem como as relações jurídicas laborais.⁶¹

Se o custo da arbitragem, num primeiro momento, não é menor que o de um processo judicial, considerando-se a realidade atual e grande desafio a ser transposto de que a arbitragem no Brasil ainda tenha efeitos elevados e seja mais utilizada para resolver questões societárias, certo é que no exame final de custo-benefício, ela acaba por sair vitoriosa ao se analisar os demais pontos apresentados.

⁵⁷ SOARES NETO, Júlio. *Direito Registral e Arbitragem*. A Nova Jurisdição Extrajudicial. Curitiba: Juruá, 2010. p. 295.

⁵⁸ HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 70.

⁵⁹ SOARES NETO, Júlio. Op. cit., p. 292.

⁶⁰ AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 4. ed. São Paulo: Globo, 2008. p. 160.

⁶¹ SOARES NETO, Júlio. *Direito Registral e Arbitragem*. A Nova Jurisdição Extrajudicial. Curitiba: Juruá, 2010. p. 294.

Não resta dúvida que a arbitragem tem na função jurídica de solucionar conflitos um importante e referencial componente financeiro a ser considerado na gestão dos contratos em razão do custo de oportunidade (custos de transação).⁶²

g) A arbitragem como alternativa preventiva.

Via arbitragem, pode-se evitar a solução judicial dos conflitos, e principalmente selecionar a lei material aplicável no caso de litígio, prática constante no comércio internacional.

Ainda que tal prática encontre resistência em sistemas jurídicos como o brasileiro, fato é que “a Lei de Arbitragem aumenta consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes e permite maior segurança nas contratações”.⁶³

h) A arbitragem como instrumento minimizador das perdas e maximizador dos ganhos.

Esse ponto praticamente resume e aglutina todos os anteriores, como exposto a seguir.

A sentença arbitral tem a mesma validade da sentença judicial.

A sentença arbitral é mais célere.

A sentença arbitral tem grande estabilidade, dada a impossibilidade recursal.

O instituto tem sido cada vez mais utilizado por empresas brasileiras e há dados da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) mostrando que o Brasil é o maior usuário do instituto na América Latina e o quarto no ranking mundial, atrás apenas dos Estados Unidos, França e Alemanha.⁶⁴

Alie-se a isso os argumentos seguintes.

Consciência que vem crescendo é a de pacificação, mesmo que esta não decorra de obra eminentemente estatal desde que seja por método eficiente e protetor das liberdades fundamentais do cidadão.⁶⁵

⁶² LEMES, Selma. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 65.

⁶⁴ Disso bem noticia Arnaldo Wald: “A exemplo dos últimos anos, o de 2007 representou uma fase de Consolidação da arbitragem nacional e internacional no Brasil.”: WALD, Arnold. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁶⁵ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 846.

A realidade social pujante está a exigir mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a atividade estatal. “Se assim é, não há também por que excluir desses mecanismos a arbitragem, em atenção aos interesses de importantes segmentos sociais, aos quais a Justiça oficial não tem dado abrigo satisfatório”.⁶⁶

Estar diante dos tribunais deve ser uma opção do indivíduo, e, não, uma imposição.⁶⁷

Até porque um Judiciário moroso, ineficiente e dissociado da realidade, coloca em risco a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, elemento de um Estado Democrático de Direito.

Especialmente considerando o significado de efetividade, qual seja, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.⁶⁸

Oportunas as palavras de Joel Dias Figueira Júnior

Somente com uma visão ampla e voltada para o futuro, o qual já se faz presente, com a virada para o terceiro milênio, é que poderão emergir deste novo contexto experiências e resultados absolutamente positivos, ao encontro dos interesses dos consumidores do direito, além de fazer renascer a crença no Judiciário e no ideal de justiça, o que se coaduna perfeitamente com a prestação de tutela por intermédio da jurisdição privada ao lado da jurisdição estatal e em sintonia com ela.⁶⁹

Pode-se dizer que representa a política do consenso, medida de fundamental importância na contemporaneidade e que vai de encontro à política da litigância, vigente até então.

⁶⁶ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

⁶⁷ SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Líder, 2009. p. 77.

⁶⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 221.

⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 16.

É um olhar da justiça para o futuro e não para o passado: ao invés de se buscar a verdade de quem teve ou não razão (no passado), encaminha-se para a possibilidade de permanência e convivência (no futuro).

E que busca conservar as instituições integrais, conforme assinalado por J. S. Fagundes Cunha.⁷⁰

Com a arbitragem, vê-se que a proteção das liberdades fundamentais do cidadão não decorre apenas de obra eminentemente estatal.⁷¹

Conforme Carmona, sabe-se que no Brasil o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação, em sede de arbitragem muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto.⁷²

No tocante à autonomia da vontade privada, vale a observação de Fazzalari no sentido que o processo arbitral emerge da experiência do direito privado, realizando uma espécie de justiça privada, com estrutura processual adequada e propícia a instrumentalizar um conflito de interesses.⁷³

Absolutamente pertinente, portanto, a observação de La China no sentido de que “a arbitragem, antes e mais do que uma instituição jurídica, é um ambiente: ambiente humano, lugar e modo das relações entre os julgados e os juízes, livres da oposição, ainda real, entre as duas categorias que marcam a experiência do processo judicial”.⁷⁴

Mais uma vez, pertinentes as palavras de Joel Dias Figueira Júnior:

O mito do monopólio da jurisdição estatal há de ser quebrado e alardeado com a boa nova que os ventos trazem para os próximos tempos. A jurisdição privada, isto, o juízo arbitral, ao lado de outras formas alternativas de solução de conflitos, inspiram aos

⁷⁰ CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e arbitragem endoprocessual*. Disponível em: <<http://www.uepg.br>>. Acesso em 25 jul. 2012.

⁷¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 846.

⁷² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 15.

⁷³ FAZZALLARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994. p. 11-12.

⁷⁴ LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il sistema e L'esperienza*. Genova: Giuffrè Editore, 1995. p. 13.

jurisdicionados e operadores do direito a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas.⁷⁵

A expressão mito tem aqui o sentido de que a imagem do Estado onipotente e centralizador não pode (e, talvez, não mereça) ser cultivado, assim como a ideia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juízes.⁷⁶

Até porque se queremos soluções para a vida atual, não podemos consentir que as nossas heranças fiquem estagnadas, cristalizadas, engessadas no tempo.⁷⁷

Vê-se que a arbitragem é um instrumento ou instituto que viabiliza o acesso à justiça, na medida em que tem a voluntariedade como seu engendro e representa feito diferenciado na resolução de conflitos, não tendo vínculo com o formalismo do sistema processual tradicional.⁷⁸

CONCLUSÃO

A história é aberta, não tem princípio, meio e fim. Não existe lei do progresso do humano. A história é feita por todos, sendo tudo revisável, a cada tempo e lugar.

Numa sociedade que se remodela, num ambiente normativo em que há o redesenho legislativo, a busca de alternativas para o acesso à justiça e o respeito à liberdade e à igualdade de todos em seus sentidos mais amplos, é imprescindível, desafiador, mas também possível, se começarmos a nos utilizar das ferramentas e instrumentos disponíveis, ainda que, com o passar do tempo e com a evolução, ajustes devam ser feitos.

O frequente movimento pelo qual vivencia-se hoje a sociedade, em um contexto multiplicador e criativo das relações sociais, sobretudo naquelas searas ditas “vivas”, reclama uma nova postura do Estado.⁷⁹

⁷⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 17.

⁷⁶ VERDE, Giovanni. Arbitrato e Giurisdizione. *In L'Arbitrato secondo La Legge 28/83*. Nápoles: Jovene, 1985. p. 168.

⁷⁷ AFONSO, Elza Maria Miranda. Elos de Solidariedade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 103, jul-dez 2011. p. 316. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

⁷⁸ BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010. p. 92.

⁷⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; LEITE JÚNIOR, Flávio Lúcio; FERNANDES, Leonardo Costa. *Estado e o Predicado da Segurança Jurídica – Breves Reflexões*. Estação Científica. Juiz de Fora: Ed. Esp. Direito, 2007. p. 14.

Em especial do Estado brasileiro porque, sob a égide da Constituição Federal de 1988, assumiu novos desafios, em função da falta de um fundamento pré-determinado a justificar o direito e a justiça, fazendo com que a efetivação da democracia numa realidade complexa e mutante, seja alcançada de modos menos tradicionais, mais alternativos, plurais e multidisciplinares.

A jurisdição é um conceito em transformação, sendo, hodiernamente flexibilizado, em sua gênese, a fim de funcionar como elemento catalizador e mesmo, aglutinador de interesses mútuos das nações no convívio dentro da sociedade internacional.⁸⁰

O cidadão do Estado de Direito repudia a imposição de regras que coíbam a liberdade de escolher o caminho para a realização de seus objetivos, ainda que bem-intencionada.⁸¹ Liberdade e responsabilidade levam ao desenvolvimento.

Novas realidades exigem novos direitos que exigem novas soluções, ainda que demoradas ou difíceis.

Como afirma Zaffaroni, “a impossibilidade do ideal não poder perverter o real”.⁸²

O presente teve como objeto a análise dos efeitos jurídicos e econômicos da arbitragem.

No Item 1, foram apresentados os contextos social, jurídico e econômico de abordagem da questão.

Dos Itens 2 ao 4, o instituto da arbitragem foi detalhado, com apresentação de seu conceito, sua base legal e suas características principais.

Já no Item 5, foram detalhados os efeitos jurídicos e econômicos.

Dentre os jurídicos, tem-se a arbitragem como meio propício à solução de conflitos, como fomento da autonomia da vontade das partes, como forma de acesso à justiça e como cultura de pacificação que se contrapõe à cultura da lide.

Em relação aos efeitos econômicos, a abordagem foi da arbitragem como instrumento catalisador da economia, diminuidor dos custos na resolução de conflitos e importante alternativa preventiva para, finalmente, listá-la como minimizador das perdas e maximizador dos ganhos.

Diante de todo apresentado, pode-se dizer:

⁸⁰ GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 863.

⁸¹ SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Líder, 2009. p. 66.

⁸² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995. p. 23.

Por abranger: pessoas físicas e jurídicas, a eleição de um árbitro, a possibilidade de escolha do direito aplicável e do julgamento por equidade, a desnecessidade de homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário, o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras, representa um grande passo na desjudicialização, na efetivação da cidadania, no acesso à justiça.

Portanto, tem-se o instituto da arbitragem como apto a cumprir a função de grande aliado na busca da paz social, tendo em vista seu histórico, suas características, notadamente, a celeridade, a informalidade, o custo e o sigilo, sintetizadores da conciliação almejada e necessária para quem vive em sociedade, sociedade esta cada vez mais pluralista e complexa.

Chegou-se, ainda, à ideia de que, com a arbitragem, a efetivação dos direitos fundamentais não decorre de obra eminentemente estatal e que ela é instrumento propício à satisfação das contendas em uma diversidade de matérias.

Para tanto, foram apresentados os novos paradigmas.

Da jurisdição, como um conceito em construção, especificamente, a prestação jurisdicional estatal como exercício de governo, como serviço público e como instrumento de garantia de direitos.

Da autonomia da vontade privada, sublinhou-se o fato de que, a despeito do Estado brasileiro ter ficado vinculado à ideia do Estado-Providência, a arbitragem quebra com este paradigma, ao aumentar consideravelmente o campo de incidência da vontade das partes.

Por fim, da política do consenso – que se distancia da política da lide, prática ainda reinante entre os operadores do Direito, desde os bancos da Faculdade – mostrou-se que ela afasta da justiça tradicional muitos conflitos, representando um novo enfoque na resolução de conflitos, qual seja, a justiça coexistencial ou conciliatória.

Esses elementos procuraram atestar que a arbitragem, ao permitir a realização da pessoa, por meio da autonomia da vontade privada, do respeito à dignidade humana e na linha de uma política de consenso, representa um novo olhar e uma nova prática na sociedade contemporânea, estimulando a economia e representando a minimização das perdas e a maximização dos ganhos.

Constatou-se, portanto, que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito que preconiza a efetivação do direito fundamental ao acesso à justiça, notadamente a partir dos parâmetros da modernidade e da Constituição de 1988.

Os novos paradigmas que se apresentam em face dos contextos social, jurídico e econômico atuais, indicam que meios propícios (alternativos) à solução de conflitos são importantes e essenciais, especialmente se aplicam o direito ao caso concreto, colocam fim à

lide, atendem à dimensão social do processo civil contemporâneo, pacificam as partes, estimulam a voluntariedade e fomentam o consenso, estimulam a economia e representam a minimização das perdas e a maximização dos ganhos, criando um novo ambiente, jurídico e econômico, como é o caso da arbitragem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Elza Maria Miranda. Elos de Solidariedade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 103, jul-dez 2011. p. 316. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/revista.asp>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

APOSTOLOVA, Bistra Stefanova. *Poder Judiciário: Do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

ARISTÓTELES. *Poética. Organon. Política. Constituição de Atenas*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1990. (Coleção Os Pensadores).

BARROSO, Darlan; ARAÚJO JÚNIOR, Marco Antonio Araújo Júnior. *Vade Mecum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BATISTA, Keila Rodrigues. *Acesso à Justiça: instrumentos viabilizadores*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

BRASIL. *PL 7108/2014*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br>>. Acesso em: 10 agosto 2015.

_____. TST-AIRR-22761/2002-900-02-00.5. *DJ*, 20 abr. 2007. Disponível em: <<http://tst.jus.br>>. Acesso em: 10 agosto 2015.

_____. TST-RR 144300-80. 2005.5.02. 0040, *DEJT*, 04 fev. 2011. Disponível em: <<http://tst.jus.br>>. Acesso em: 10 agosto 2015.

CARDOSO, André Gushow. *Os efeitos da arbitragem na análise de riscos negociais*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei. 9.037/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. Saraiva: São Paulo, 2010.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Aspectos processuais da nova Lei de Arbitragem*. Arbitragem, a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTr, 1997.

_____. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTILHO, Ricardo. *Acesso à Justiça: Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: Uma Nova Visão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 20.

CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

CONCEIÇÃO, Joaquim Tavares. Justiça Conciliatória ou coexistencial: um exemplo sergipano. In: Barral, Welber; ANDRADE, Henri Clay (org.). *O Judiciário em Sergipe: análise crítica*. Aracaju: OAB, 2000.

COULANGES, Fustel de. Tradução de Roberto Leal Ferreira. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito, e as instituições da Grécia e de Roma*. São Paulo: Martin Claret, 2009.

CUNHA, J. S. Fagundes. *Da mediação e arbitragem endoprocessual*. Disponível em: <<http://www.uepg.br>>. Acesso em 25 jul. 2012.

CUNHA, Luciana Gross. Governança da Justiça. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (Coord.) et al. *Agenda Contemporânea: direito e economia, trinta 30 anos de Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2012, tomo 1.

FAZZALLARI, Elio. *Instituzioni di Diritto Processuale*. 7. ed. Padova: CEDAM, 1994.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem*. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999.

FIUZA, César. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____; LEITE JÚNIOR, Flávio Lúcio; FERNANDES, Leonardo Costa. *Estado e o Predicado da Segurança Jurídica – Breves Reflexões*. Estação Científica. Juiz de Fora: Ed. Esp. Direito, 2007.

_____; RIBEIRO, WESLLAY, Carlos. O Ensino Jurídico e os Meios Não Contenciosos de Solução de Conflitos. *Revista Jurídica*, Curitiba, n. 24, Temática n. 8, p. 13-25, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos /Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

HESPANHA, Antônio. *Justiça e Litigiosidade: História e Prospectiva*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

LA CHINA, Sergio. *L'Arbitrato. Il sistema e L'esperienza*. Genova: Giuffrè Editore, 1995.

- LEMES, Selma. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 21 jan. 2015.
- LIMA, Cláudio Vianna de. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A Jurisdição no Estado Contemporâneo, *In*: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). *Estudos de Direito Processual Civil*. Homenagem ao Prof. Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.
- MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PINHEIRO, Armando Castelar. A reforma do Judiciário: uma análise econômica. *In*: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser et al. (Org.). *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP, 1999.
- SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem em Espécie*. Belo Horizonte: Líder, 2009.
- SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do Judiciário*. Barueri: Manole, 2005.
- SOARES NETO, Júlio. *Direito Registral e Arbitragem*. A Nova Jurisdição Extrajudicial. Curitiba: Juruá, 2010.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”. São Paulo, 13 de novembro de 1996.
- TELLECHEA, Rodrigo. *A análise econômica da arbitragem*. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios>>. Acesso em: 21 jan. 2015.
- VERDE, Giovanni. Arbitrato e Giurisdizione. *In L'Arbitrato secondo La Legge 28/83*. Nápoles: Jovene, 1985.
- WALD, Arnold. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em: 10 agosto 2015.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.