

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

ACESSO À JUSTIÇA

DANIELA MARQUES DE MORAES

FERNANDA HOLANDA DE VASCONCELOS BRANDÃO

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

A174

Acesso a justiça [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Daniela Marques De Moraes, Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-397-9

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

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Negócio Jurídico.
XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

ACESSO À JUSTIÇA

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Brasília - DF, entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, contemplou, como tema central, “Desigualdade e Desenvolvimento: o papel do Direito nas políticas públicas”.

Esta obra reúne os artigos aprovados para o Grupo de Trabalho “Acesso à Justiça”, coordenado pelas Profas. Dras. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão, da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), e Daniela Marques de Moraes, da Universidade de Brasília (UnB).

Com o propósito de garantir a construção dialógica de conceitos e estruturas do pensamento, pesquisadoras e pesquisadores associados ao CONPEDI debateram os resultados de suas investigações científicas no referido GT que desenvolveu suas atividades na tarde do dia 21 de julho de 2017.

Dentre as reflexões, o Grupo de Trabalho perpassou pela discussão proposta por 23 artigos. O Acesso à Justiça foi analisado e debatido sob o olhar da garantia do meio ambiente, da educação às pessoas com deficiência, das ações coletivas, da preocupação com a relativização da defesa processual, da mediação, da conciliação, da arbitragem, dos direitos fundamentais, da assistência judicial gratuita, da atuação da defensoria pública, da dialogia com a ciência política, dos negócios jurídicos processuais, dos precedentes judiciais, da desjudicialização e do espectro digital dos atos e medidas processuais.

As coordenadoras dessa obra agradecem as autoras e os autores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou novas reflexões e ponderações a contribuir para o amadurecimento intelectual de todos os participantes, característica dos eventos do CONPEDI, uma vez que se constitui atualmente o mais importante fórum de discussão da pesquisa em Direito no Brasil e no exterior, e, portanto, ponto de encontro de pesquisadoras e pesquisadores das mais diversas localidades e nacionalidades.

Por fim, reiteramos nosso imenso prazer em participar da apresentação desta obra e do CONPEDI e desejamos a todos os interessados uma excelente leitura.

Brasília, julho de 2017.

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes – Universidade de Brasília/UnB

Profa. Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão – Universidade Federal da Paraíba /UFPB

**A ARBITRAGEM COMO FACILITADORA DO ACESSO À JUSTIÇA EM
RELAÇÃO AOS DIREITOS DE TITULARIDADE DIFUSA E COLETIVA EM
SENTIDO ESTRITO**

**ARBITRATION AS A FACILITATOR OF ACCESS TO JUSTICE IN RELATION
TO DIFFUSE AND COLLECTIVE RIGHTS**

**Luiza Barreira de Oliveira Amaral
Amanda Jales Martins**

Resumo

A partir do reconhecimento dos entraves ao exercício do acesso à justiça, em sua acepção integral, advindos do modelo processual oferecido atualmente pela jurisdição estatal, o presente artigo propõe a arbitragem como método eficaz para a tutela dos direitos de titularidade difusa e coletiva em sentido estrito. Destacando a importância da efetivação dos direitos mencionados para o desenvolvimento social, bem como a necessidade de ações estatais que implementem o método extrajudicial, discorre sobre a possibilidade, à luz dos critérios de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, de utilização da arbitragem como método extrajudicial para a resolução das controvérsias da natureza mencionada.

Palavras-chave: Arbitragem, Direitos difusos, Direitos coletivos, Desenvolvimento, Acesso à justiça

Abstract/Resumen/Résumé

From the recognition of the obstacles to the access to justice, in its full meaning, arising from the procedural model currently offered by state jurisdiction, this article proposes the arbitration as an effective method for the protection of diffuse and strict sense collective rights. Emphasizing the importance of the effectiveness of the aforementioned rights for social development, as well as the need for state actions that implement the extrajudicial method, this study discusses the possibility, by the objective and subjective perspective, of using arbitration as an extrajudicial method for resolution of the disputes of the mentioned nature.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Arbitration, Diffuse rights, Collective rights, Development, Access to justice

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem, enquanto técnica alternativa de resolução de litígios, vem se consolidando no Brasil como importante método extrajudicial na busca pela efetivação de direitos. Fundada no respeito aos princípios e garantias dos litigantes, no tecnicismo e na celeridade, vem se desenvolvendo e alcançando aceitação no país, através de um contato cada vez maior entre os operadores do direito e as regras e práticas arbitrais.

Ao mesmo tempo, dados estatísticos e a própria insatisfação social revelam que o Poder Judiciário enfrenta um acúmulo de processos sem precedentes, fato que tem como consequência uma prestação jurisdicional tardia e muitas vezes ineficaz.

Tal constatação vai de encontro aos conceitos atuais que envolvem o direito fundamental de acesso à justiça, os quais perpassam pela ideia de efetiva garantia a um desenvolvimento social, econômico e jurídico, através do “fazer cumprir” os demais direitos e garantias constitucionais.

Nesse contexto, pesquisas de fomento à utilização da arbitragem são importantes e bem-vindas, e podem indicar caminhos para ultrapassar o formalismo e a demora na prestação jurisdicional, que inviabilizam o acesso a uma ordem jurídica justa.

Pretende este trabalho delinear as premissas básicas para a utilização da arbitragem no que respeita à concretização dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, estabelecendo os motivos pelos quais este campo de atuação merece a atenção do Estado.

Para tanto, procurou-se estabelecer a conexão entre a adoção do juízo arbitral e a efetiva garantia de acesso à justiça em sua acepção integral, destacando-se como a arbitragem pode ser apta para a resolução do problema da sobrecarga do Poder Judiciário.

Em sequência, o presente estudo analisou o microssistema de tutela coletiva existente no ordenamento jurídico pátrio, refletindo sobre a sua suficiência para a implementação prática dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito.

Por último, investigou-se a aptidão das demandas fundadas em direitos difusos e coletivos em sentido estrito para serem submetidas ao juízo arbitral, considerando o conceito de arbitrabilidade da demanda trazido pela Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 - Lei de Arbitragem, do qual deflue a arbitrabilidade objetiva e a arbitrabilidade subjetiva.

Assim, através da análise da legislação aplicável à matéria e do fluxo de pensamento doutrinário emergente no país, investigou-se, à vista da crescente utilização da arbitragem como método de resolução de litígios no Brasil, se o instituto tem aplicação em relação aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, bem como se tal aplicação poderia conferir uma maior

efetividade a tal seara de direitos, os quais contribuem grandemente para o desenvolvimento social.

2 A ARBITRAGEM COMO POSSIBILITADORA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça, enquanto direito fundamental previsto no artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, visa assegurar não somente os direitos individuais, mas também os coletivos em sentido amplo. Trata-se de direito fundamental de grande relevância na atual sociedade, objeto de estudo das mais diversas áreas, haja vista que sem a busca incessante por instrumentos adequados para a efetiva proteção dos direitos proclamados, não há que falar-se em acesso efetivo à justiça.

A garantia constitucional do acesso à justiça advém de uma evolução histórica que perpassa desde a realização da autotutela, nas sociedades antigas¹, até o monopólio da jurisdição pelo Estado². Mencionada monopolização erigiu o Estado como responsável exclusivo em proporcionar o acesso à justiça em suas variadas acepções: em sentido restrito, quando diz respeito ao “acesso à tutela jurisdicional” de direitos; em sentido amplo, quando se refere ao “acesso à tutela”, jurisdicional ou não, de direitos; e em sua acepção integral, quando significa acesso a uma ordem jurídica justa e efetiva.

Nas últimas décadas, todavia, vem se constatando a nível mundial que o Estado é ineficiente para, no que respeita a solução de controvérsias, promover a efetiva resolução de conflitos e a pacificação social. O processo formal, oneroso e lento, acaba por prolongar a manutenção das situações de conflito em caráter indefinido, constituindo fatores de insatisfação e angústia e, além disso, obstando o desenvolvimento social.

¹ É certo que nas sociedades primitivas os litígios eram resolvidos pelo uso da força física, prevalecendo o regime da vingança privada não regulamentada. Não havia juiz distinto das partes (enquanto Estado), e nem ocorria a declaração de existência ou inexistência do direito. Assim, a maneira mais conhecida utilizada para resolver os conflitos ocorridos na vida social era a autotutela ou, em não raros casos, a intervenção consentida de um terceiro para intermediar o fim da desavença.

² Aproveitando-se da expansão do cristianismo observada durante o fim do Império Romano, a Igreja passou a controlar grande parte dos territórios feudais, transformando-se em importante chave na manutenção e nas decisões do poder, caracterizando para si a responsabilidade de composição nas controvérsias. É neste cenário que surge, ainda incipiente, a noção de Estado como uma estrutura política juridicamente organizada, inserida em princípios constitucionais, a exemplo dos estados gerais na França e na Bélgica, das cortes na Espanha e do parlamento na Inglaterra. Logo surgem os regimes monárquicos com estados absolutistas, e o processo judicial se converte no mecanismo estatal clássico, o qual absorve a função própria de pacificação social, por meio do exercício da jurisdição.

Paralelamente, ganha força hodiernamente a noção de que a função jurisdicional deve ser exercida em consonância com a ideia de efetiva realização da justiça e dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que o objetivo principal do Estado moderno é gerar o bem-comum. Alcança destaque o acesso material à justiça como uma justiça democrática, de uma sociedade inclusiva, que rompa com todos os postulados ideológicos de um direito utilitário.

O crescimento dos estudos acerca dos direitos humanos, com auge a partir da Constituição Francesa de 1946, proporcionou o nascimento do novo conceito sobre o acesso à justiça, passando a ser “encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”(CAPPELLETTI e GARTH, 2002, p. 10).

Pode-se afirmar, pois, que existe um entendimento consciente nos dias atuais no sentido de ser irrelevante que a pacificação social e a efetividade dos direitos seja realizada através da jurisdição estatal, em relação aos direitos disponíveis.

A partir do reconhecimento de que o Estado, através do Poder Judiciário, não possui estrutura capaz de atender à demanda social³, cresceu a necessidade de organização de meios que assegurem uma solução rápida, econômica e técnica para os conflitos de interesses que surjam em decorrência de relações sociais, cada vez mais baseadas em expansão do consumo e afinidades de massa.

Dessa forma, entraves processuais e outras questões burocráticas forçam o Estado a buscar formas alternativas de composição de litígios, que proporcionem o julgamento das demandas de maneira célere e acessível, como por exemplo a arbitragem.

A arbitragem, em linhas simples, é método extrajudicial de resolução de conflitos pelo qual as partes definem que um terceiro, ou entidade privada, irá solucionar a controvérsia, sem a participação do Poder Judiciário.

É um meio paraestatal de solução de conflitos, inserido nas conquistas alcançadas pela terceira onda renovatória do Direito Processual. Trata-se, pois, de um “substitutivo da jurisdição, ou como dizia o notável Carnelutti, um ‘equivalente do processo civil’”(CÂMARA, 2002, p. 10).

A nível infraconstitucional, a arbitragem tomou uma nova feição no Brasil com a edição da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a chamada Lei de Arbitragem, a qual

³ Nesse sentido, destaca Arruda ALVIM (2010, p. 39): “Dissemos que toda a gama de direitos existentes processuais e materiais, necessitam de um Estado para torna-los existente. Uma pesquisa realizada, na época em que se escreveu esse trabalho, todavia, destaca uma descrença no papel do Estado”.

disciplinou o instituto pormenorizadamente, permitido que se desenvolvesse a solução dos litígios fora do âmbito do Poder Judiciário⁴.

Caracterizada pela informalidade, a arbitragem oferece decisões rápidas e especializadas para a solução de controvérsias. A autonomia da vontade é refletida na liberdade de escolher a constituição do tribunal arbitral, as regras aplicáveis ao procedimento e as normas a serem utilizadas para a solução da contenda, desde que não contrariem, logicamente, os bons costumes, a ordem pública, a equidade e os princípios gerais de direito.

Deve-se considerar que a opção pela arbitragem não significa abandono aos princípios constitucionais e processuais que o legislador exigiu fossem respeitados, tais como o princípio do contraditório, da igualdade, da imparcialidade do árbitro e o do livre convencimento. Nesse sentido, importante a lição de Cândido Rangel DINAMARCO (2013, p. 17):

A própria Lei de Arbitragem, ao proclamar que “serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento” (art. 21, parágrafo 2º), está a explicitar a consciência que teve o legislador de que o processo arbitral, sendo um processo, se sujeita aos ditames do direito processual constitucional, no qual reside o comando supremo do exercício da jurisdição e da realização de todo o processo, jurisdicional ou não. E tenhamos também nós a consciência de que essa inserção proposta pelo legislador não significa equiparar o processo arbitral ao processo estatal, desconsiderando seu espírito diferenciado ou as peculiaridades dos modos pelos quais nessa sede se exerce a jurisdição. Como toda teoria geral, a do processo propõe-se a realizar uma condensação metodológica dos elementos presentes em seus diversos ramos (infra, n. 3) mediante um raciocínio indutivo capaz de colher o que há de essencial e de comum a todos, sem renegar a relativa autonomia de cada um destes.

Ainda, a Lei de Arbitragem prescreve que o árbitro é juiz de fato e de direito⁵, bem como é equiparado aos servidores públicos para efeitos da lei penal, quando estes estiverem agindo no exercício de suas funções ou em razão delas⁶. Tal medida busca dar confiabilidade ao procedimento arbitral, pois o árbitro passa a responder penalmente por sua conduta em caso de desvios funcionais.

⁴ Não obstante, a arbitragem se firmou definitivamente no Brasil com a declaração, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade da Lei nº 9.307/96⁴. Desde então, o instituto vem se consolidando, na prática brasileira, como um meio eficaz e legítimo de resolução de litígios, seguindo a tendência internacional.

⁵ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁶ Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Na mesma esteira, o árbitro ou órgão arbitral é dotado de poderes para decidir o conflito de forma definitiva e imutável⁷, por sentença não sujeita a homologação pelo Poder Judiciário.

Ainda, a arbitragem possui vários campos férteis de desenvolvimento, não se tratando de técnica de resolução de conflitos adequada exclusivamente aos litígios decorrentes do exercício de atividades empresariais privadas, como se poderia pensar.

Prova disso é a crescente utilização da arbitragem em questões envolvendo a Administração Pública⁸, as relações de consumo, dissídios trabalhistas e matéria tributária, objetos cuja arbitragem era afastada pelo fundamento de se tratarem de matéria inapreciável por árbitros. Como ressaltado por RODRIGUES (2013, p. 199):

Felizmente, grandiosas evoluções têm permitido significativas mudanças na doutrina e jurisprudência mundiais e, especialmente, na postura das próprias partes interessadas na Arbitragem, no sentido de abandonar, ainda que lentamente, a antiga crença de que somente o Estado possui capacidade para dirimir os conflitos sociais, afirmação que se sabe não ser pertinente.

Delineadas premissas básicas sobre o instituto da arbitragem e a posição que ocupa como facilitadora da concretização da garantia constitucional do acesso à justiça, passamos a discorrer sobre a possibilidade de instituição de juízo arbitral em relação aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, bem como sobre as vantagens para o desenvolvimento social que esta solução pode trazer.

3 A NECESSIDADE DE UMA REVISÃO NO QUE TANGE À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

A tutela dos direitos transindividuais é prevista e regulamentada essencialmente na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985) e no Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078 de 11 de setembro de 1990), de forma que tais diplomas compõem o chamado microsistema de tutela coletiva, formado pela aplicação às ações de defesa dos

⁷ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁸ Recentemente, a lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015, alterou a Lei de Arbitragem para acrescentar o parágrafo 1º ao artigo 1º, dispondo que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

interesses coletivos das normas previstas no Código de Processo Civil e nos diplomas ora citados⁹.

O Código de Defesa do Consumidor define os direitos difusos como sendo os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Estão relacionados a bens jurídicos comuns a toda a coletividade de indivíduos, daí decorrendo também a sua indivisibilidade – ou impossibilidade de fracionamento – e a indeterminação dos sujeitos titulares.

O elemento agregador dos titulares é baseado em fatores conjunturais extremamente genéricos, freqüentemente mutáveis, os quais delimitam a pertinência subjetiva da pretensão. É o exemplo da proteção aos direitos da criança e do adolescente, das pessoas com deficiência e ao meio ambiente.

Os direitos coletivos em sentido estrito, por sua vez, são definidos como os “transindividuais, de natureza indivisível, titularizados por grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

As características de transindividualidade e indivisibilidade são compartilhadas com os direitos difusos¹⁰. A diferença essencial em relação àqueles reside na exigência de que haja um vínculo jurídico entre os membros do grupo ou entre cada membro do grupo e a parte adversa, de forma que os sujeitos são determinados. É o exemplo dos danos causados aos contribuintes de um mesmo tributo ou da pretensão surgida do aumento indevido da mensalidade de plano de saúde em relação aos que aderiram ao mesmo contrato.

Como se percebe, trata-se de direitos que guardam relação direta com o exercício da cidadania, e cuja garantia de efetivação promove o desenvolvimento social, contribuindo para a redução das desigualdades ao agenciarem valores como equidade e justiça social¹¹.

⁹ A necessidade de se aperfeiçoar o regime jurídico processual de tutela coletiva no Brasil, com a consolidação de um regramento próprio do processo coletivo, culminou na elaboração, por uma Comissão de Estudos instituída no âmbito do Ministério da Justiça, de um Anteprojeto de alteração da Lei de Ação Civil Pública (PL 5.139/2009). Entretanto, o Projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados, e atualmente aguarda deliberação de recurso interposto em desfavor dessa decisão, na Mesa Diretora da Câmara.

¹⁰ O elemento da indivisibilidade, relativamente aos direitos coletivos em sentido estrito, não diz respeito à impossibilidade de fato de fracionamento da pretensão, mas à impossibilidade da observância ou não a um direito desta natureza beneficiar ou prejudicar cada indivíduo isoladamente. Destarte, a nota de indivisibilidade faz com que o fenômeno seja sempre uniforme em relação aos membros do grupo, assim como observado em relação aos interesses difusos.

¹¹ Susana Camargo VIEIRA (2010, p. 266), ao tratar do componente de direitos humanos dentro dos direitos coletivos, menciona a “classificação de Sieghart”, que identificou classes de direitos coletivos: direitos à autodeterminação e igualdade de direitos; direitos relacionados com a paz e a segurança internacionais; soberania nacional permanente sobre recursos naturais; direitos relacionados ao desenvolvimento; direitos relacionados ao meio ambiente; e direitos das minorias.

Com objetivo de proteger os interesses difusos e coletivos em estrito senso, procurou-se desenvolver regras processuais que possibilitassem a alguns entes¹² que, dispondo de maiores recursos e gozando dos benefícios de organização, pudessem enfrentar, em melhores condições, a busca pela efetivação da justiça. Para tanto, fez-se mister a criação de normas próprias de um processo de massa.

Nessa perspectiva, e dentro do que trouxe a segunda onda renovatória de acesso à justiça, algumas regras do processo civil clássico – tais como a legitimidade ativa, o litisconsórcio, a coisa julgada, a liquidação de sentença e as despesas com o processo – foram reformuladas de maneira a torná-las adequadas à representação em juízo dos interesses de massa, a fim de estimular a participação popular judicial e ultrapassar a ideia de uma sentença patrimonialista, reconhecendo-se serem mais importantes a precaução e a prevenção, bem como a existência de mecanismos e técnicas processuais adequados à consecução dessas finalidades.

Entretanto, embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de modernização de nosso processo civil, elas não lograram êxito em realizar uma transformação significativa do Poder Judiciário no que diz respeito à morosidade e burocratização da experiência processual.

A questão judiciária, como já se afirmou, passou a ser tema urgente, ultrapassando as margens do espaço ocupado pelo Poder Judiciário na República. A sociedade demanda um sistema de efetividade das garantias e direitos fundamentais através de decisões em tempo social e economicamente tolerável, proporcionando o exercício da cidadania e o desenvolvimento social.

Tal contexto se coaduna com a terceira onda renovatória do acesso à justiça, a qual surge para destacar a real efetivação dos direitos, buscando os meios idôneos para prestar a tutela adequada e tempestiva aos direitos transindividuais. Além da necessidade de reforma das estruturas do Poder Judiciário e do sistema processual, devem estar inseridas no movimento a criação e implementação de mecanismos de resolução de controvérsias, que, fora do sistema estatal, mas ao lado deste, solucionem o conflito de forma segura e efetiva. Sobre este enfoque da terceira onda renovatória, discorre Maria Aparecida SANTANA (2009, p. 79):

¹² Os artigos 5.º da Lei da Ação Civil Pública e 82 do Código de Defesa do Consumidor elencam os legitimados ativos para a propositura da ação civil pública. A referida legitimação ativa foi conferida a entes públicos e privados, de forma exclusiva, concorrente e disjuntiva, com o intuito de permitir tanto a participação do Estado, como a da sociedade, na defesa dos interesses metaindividuais, tornando possível o exercício de uma cidadania participativa e solidária. Esse tipo de legitimidade ativa faz com que seja dispensável a participação direta de todas as pessoas que poderão ser beneficiadas por eventual sentença de procedência, de forma que não precisem, em princípio, sofrer os dissabores rituais do processo.

Atualmente a movimentação ou a terceira onda inclui todos os movimentos anteriores, mas vai muito além deles, pois busca atacar as barreiras de acesso à Justiça por meio de um novo enfoque, buscando a adaptação do processo ao tipo de litígio, pois determinados conflitos podem ser solucionados sem a utilização dos complexos procedimentos estatais.

Nesse conceito surge a ideia da arbitragem como uma alternativa de equivalência jurisdicional para conferir-se efetividade à implementação prática dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito, nos termos que serão delineados na sessão seguinte. Para tanto, a arbitragem deve receber o incentivo necessário do Poder Público, através de ações que desmitifiquem a sua utilização e possibilitem a adoção do procedimento por parte dos legitimados às ações coletivas, através, por exemplo, da criação de câmaras arbitrais específicas.

Cumprе salientar que a Constituição Federal fixou, em seu artigo 3º, os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dentre os quais estão o de garantir o desenvolvimento nacional e o de reduzir as desigualdades sociais e regionais¹³. Para atingir esses objetivos fundamentais, “o Estado tem que se organizar no *facere e praestare*, incidindo sobre a realidade social” (GRINOVER, 2010, p. 3). A ilustre doutrinadora segue aduzindo que:

Os direitos cuja observância constitui objetivo fundamental do Estado e cuja implementação exige a formulação de políticas públicas apresentam um núcleo central, que assegure o mínimo existencial necessário a garantir a dignidade humana. (...) **Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça.** (grifos acrescidos).

Vê-se, pois, que os direitos eleitos como um núcleo central a merecer a atenção do Estado são todos de fundo coletivo. Percebe-se, também, que o incentivo e a garantia da utilização da arbitragem pelos legitimados para as ações coletivas, nos limites apropriados, constitui política pública¹⁴ que permite aos cidadãos o acesso à justiça e o alcance de sua cidadania e do desenvolvimento social, através do alcance a um procedimento célere, informal e seguro.

¹³ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

¹⁴ Adota-se o conceito de políticas públicas que abrange programas e ações tendentes ao atingimento dos objetivos do estado brasileiro. As políticas públicas constituem “iniciativas dos governos, em seus vários níveis, para suprir uma demanda, uma necessidade da sociedade que supostamente se identifica e se elege previamente à ação estatal” (MENEGUIM e ÁVILA, 2015, p. 210).

Para além disso, a adoção da prática da arbitragem pelos entes legitimados poderia levar a uma recuperação da crença em sua atuação no sentido da busca pela justiça, de forma a diminuir até mesmo a judicialização individual, que ocasiona o fenômeno de processos repetitivos, gerando uma sobrecarga ainda maior dos serviços do judiciário.

O reconhecimento cada vez maior de direitos difusos e coletivos, aliado à criação do microsistema de tutela mencionado, permitiram a intensa invasão do direito na organização da vida social e política, mas também contribuíram para a sobrecarga do Poder Judiciário. A consequência é a descrença da população na Justiça, comprometendo desde a proposta original do Estado até o aparato judicial à disposição do cidadão.

É decorrente a crise mencionada da falta de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses que ocorrem na sociedade. A atuação estatal deve ter finalidade concreta, facilitando as relações sociais, especialmente em nicho de políticas públicas. As câmaras de conciliação e arbitragem, pelo que se pretende defender, atuam adequadamente nesse contexto.

Os serviços de tratamento de conflitos devem ser organizados por todos os meios adequados, não apenas por meio da adjudicação de solução estatal em processos contenciosos, cabendo ao Estado institucionalizar, em caráter permanente, métodos alternativos como a arbitragem.

Assim, com objetivo de superar as falhas de um formalismo impregnado, e sob pena de se afastar o Estado de seu mister e a justiça da realidade social, defende-se o incentivo à utilização da arbitragem como via alternativa de resolução de conflitos atinentes aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

4 POSSIBILIDADES E LIMITES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS QUE ENVOLVAM DIREITOS DE TITULARIDADE DIFUSA E COLETIVA EM SENTIDO ESTRITO

Por sua própria natureza, é inerente tanto aos direitos difusos quando aos coletivos em sentido estrito a nota de indisponibilidade, tida como a impossibilidade de disposição mesmo que parcial de tais direitos, de modo que a sua satisfação deve ser integral, uma vez que o bem jurídico deve ser preservado em sua integralidade.

Entretanto, por força de expressa disposição legal¹⁵, a arbitragem só é aplicada aos direitos disponíveis, de forma que as disputas cujo objeto compõe-se de direitos indisponíveis ficam fora do escopo arbitral.

Resta saber, então, se os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, por serem caracterizados como indisponíveis, estão necessariamente incluídos no rol dos conflitos que devem ser exclusivamente solucionados pela via do processo judicial, ou se comportariam resolução por intermédio de técnica extrajudicial.

Ademais, acaso ultrapassada a questão da indisponibilidade, o que parece ser a primeira barreira interposta para a aplicação da arbitragem aos casos afetos aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, resta saber sobre a capacidade das partes envolvidas no litígio, encerrando a análise sobre a arbitrabilidade de tais demandas.

4.1 Arbitrabilidade objetiva: análise sob a perspectiva da disponibilidade

Como visto, o processo arbitral possui âmbito de atuação específico, sendo cabível apenas em relação a demandas relativas a direitos patrimoniais disponíveis, cuja titularidade seja de pessoas capazes de contratar.

A doutrina se debruçou profundamente sobre o significado e abrangência dos conceitos de disponibilidade e patrimonialidade quando do estudo da possibilidade de imposição da arbitragem aos contratos administrativos, exatamente porque, também em relação a esse tema, a expressão “direitos patrimoniais disponíveis” parecia oferecer obstáculo intransponível a aplicação da forma extrajudicial de composição de lides¹⁶.

Apesar de não serem objeto direto do presente estudo as implicações da utilização da arbitragem nas relações que envolvam a Administração Pública, as importantes lições desenvolvidas quando do estudo do tema podem ser aplicadas às situações que envolvam os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, senão vejamos.

Sobre o tema, Maria Sylvia Zanella di PIETRO (2015) esclarece que:

O interesse público é sempre indisponível pela administração pública, porque ele é de titularidade da coletividade, e não do poder público. A administração pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence. Portanto, é correto afirmar que **o interesse**

¹⁵ Artigo 1º da Lei de Arbitragem.

¹⁶ A Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, ao alterar a Lei de Arbitragem, pôs fim à controvérsia a respeito da possibilidade ou não de utilização de arbitragem pela administração pública. No parágrafo 1º do artigo 1º, estabelece que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

público é indisponível, mas isso não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. A título de exemplo, cite-se o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aceita-se essa medida, porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos. (grifos acrescidos).

O exposto indica que a vedação à renúncia do direito – indicada acima pela própria indisponibilidade do interesse público –, não implica, de nenhuma forma, em completa inexistência da possibilidade de disposição em relação a eventuais desdobramentos patrimoniais daquele direito, o que inclusive pode ser benéfico à sua preservação e, conseqüentemente, ao próprio interesse a que se visa proteger.

Na mesma linha de raciocínio, e ainda sobre o tema da arbitrabilidade em disputas envolvendo a Administração Pública, é a lição de SALLA (2014, p. 55):

Repare-se que Carmona usa como exemplo de matérias indisponíveis questões relativas à sucessão, família e direito penal, mas não menciona, acertadamente, assuntos relacionados ao Estado. E assim o faz corretamente, pois, nem tudo o que diz respeito ao Estado deve ser visto em caráter de indisponibilidade. Como esclarece Grau, no âmbito do Direito Administrativo brasileiro, o que se notou, por vezes, foi um “erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração”.

Dessa forma, o autor desenvolve o entendimento de que há uma confusão sobre o conceito de direitos patrimoniais, que podem ou não ser disponíveis, com o interesse público, que é sempre indisponível. Nesse passo, a despeito de jamais o interesse público poder ser considerado disponível, poderia o Administrador dispor de direitos patrimoniais, em nome do interesse público.

Na mesma esteira, deve-se destacar a observação feita por ELÓI (2013, p. 22), no sentido de que a jurisprudência¹⁷ dos Tribunais Superiores já reconheceu a diferença entre o interesse público primário e o secundário, distinguindo o interesse público do interesse patrimonial da Fazenda Pública.

¹⁷ AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPANHIA DE ABASTECIMENTO (CONAB). SAFRA DE ALGODÃO. CLASSIFICAÇÃO DO PRODUTO FEITA DE FORMA FRAUDULENTA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO. INEXISTÊNCIA. 1. O Superior Tribunal de Justiça é firme no entendimento de que o interesse público a justificar a obrigatoriedade da participação do Ministério Público não se confunde com o mero interesse patrimonial-econômico da Fazenda Pública. Precedentes. 2. Em tema de nulidades processuais, o Código de Processo Civil acolheu o princípio *pas de nullité sans grief*, do qual se presume que somente há de se declarar a nulidade do feito quando, além de alegada oportuno tempore, reste comprovado o efetivo prejuízo dela decorrente. 3. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no REsp: 1147550 GO 2009/0128177-9, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 02/09/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2010).

Adaptadas as premissas até agora expostas ao interesse coletivo, o qual a atribuída indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu* visa proteger, temos que, da mesma forma, existem desdobramentos patrimoniais de tais direitos que não se pode dizer serem indiscriminadamente indisponíveis.

Assim, seria também um erro relacionar a indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu* a tudo quanto se puder associar ao interesse coletivo. Tal raciocínio legitima a equivocada ideia de que qualquer disponibilidade em relação àqueles direitos seria considerada violação ao interesse coletivo.

Destarte, o exame da admissibilidade da arbitragem para a resolução de controvérsias que envolvam direitos difusos e coletivos *strictu sensu* implica, primeiramente, analisar se tais direitos seriam originários – ou seja, puros, ainda intocáveis pela violação – ou derivados de eventual maculação ao bem jurídico protegido, quando podem adquirir patrimonialidade e disponibilidade, senão vejamos.

Na origem, é certo que tais direitos são indisponíveis. Com efeito, não há como se dispor, por exemplo, do direito à conservação da integridade de determinada área de proteção ambiental, até mesmo porque, além de indisponível por sua própria natureza, tal bem jurídico é insuscetível de avaliação econômica em sua origem, ou seja, não é patrimonial.

Em verdade, nenhum direito difuso ou coletivo *strictu sensu* será passível, em sua origem - ou, podemos dizer, “pureza” –, de valoração econômica, o que esvazia, de certo modo, a discussão sobre a sua própria indisponibilidade¹⁸.

O que se está a dizer é que os desdobramentos das questões envolvendo direitos difusos e coletivos não podem ser afastados da possibilidade de submissão à arbitragem em razão da pecha de indisponibilidade que recai sobre tais direitos em sua origem, sob pena de impor dificuldades desnecessárias à solução de demandas, em detrimento do próprio interesse coletivo que se visa proteger.

Saliente-se que a expressão *interesse coletivo* possui ampla e subjetiva acepção, devendo ser alvo de apreciação sob a perspectiva de uma situação concreta. Tal constatação, ao contrário do que se pode cogitar, não abre caminho para violações indiscriminadas aos direitos coletivos. Ao contrário, o engessamento da ideia de interesse coletivo, que deságua na

¹⁸ Tal raciocínio, em verdade, pode ser aplicado a qualquer direito considerado indisponível, mesmo os individuais, como é o caso do direito ao nome. Inicialmente – em sede de prevenção –, nenhuma concessão há de ser feita em relação a esse direito, que é também insuscetível de avaliação pecuniária. Não obstante, ocorrida violação por qualquer ato ilícito, a solução jurídica prevista é sempre a tentativa de recomposição – quando possível – ou mesmo a reparação pecuniária do prejuízo causado.

indisponibilidade irrestrita em relação aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, poderia ensejar situações reais de violações a tais direitos.

É o caso, por exemplo, de discussões que não envolvam a imputação ou mesmo reconhecimento da infração aos direitos difusos ou coletivos *strictu sensu*, mas que digam respeito ao modo, técnica e prazos de reparação de tal infração da maneira mais eficiente e aproveitável aos prejudicados.

Importante destacar que, atualmente, já não existe a submissão exclusiva de questões afetas aos direitos coletivos ao Poder Judiciário. O artigo 5º, parágrafo sexto, da Lei de Ação Civil Pública, prevê a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta através dos órgãos públicos legitimados, o que denota que não há necessidade da intervenção judicial.

Ainda sobre o compromisso de ajustamento de conduta, cumpre aduzir que, apesar de existir divergência doutrinária, o Superior Tribunal de Justiça já expressou em alguns precedentes¹⁹ que o instituto tem natureza jurídica de transação, a qual igualmente só é possível de ocorrer em relação aos direitos disponíveis.

Proposta legislativa de alteração da Lei da Ação Civil Pública - Projeto de Lei n.º 5.139/2009 –, atualmente aguardando deliberação de recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, também atribui ao compromisso de ajustamento de conduta a natureza jurídica de transação, em seu artigo 49.

Pelo exposto, tem-se que a possibilidade de celebração de compromisso de ajustamento de conduta, por si só, já traduz ser possível a disponibilidade da matéria afeta aos direitos coletivos em relação aos desdobramentos advindos da sua violação, dotados de patrimonialidade.

O que se está a concluir é que os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, apesar de indisponíveis em razão da sua própria natureza e, por decorrência, originalmente extrapatrimoniais, quando violados fazem surgir pretensões de caráter patrimonial aptas a serem submetidas à arbitragem.

¹⁹ “(...) 2. O Termo de Ajustamento, por força de lei, encerra transação para cuja validade é imprescindível a presença dos elementos mínimos de existência, validade e eficácia à caracterização deste negócio jurídico. (...)” (REsp 802.060/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/12/2009, DJe 22/02/2010). “PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR DANO AMBIENTAL – AJUSTAMENTO DE CONDUTA – TRANSAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE. 1. A regra geral é de não serem passíveis de transação os direitos difusos. 2. Quando se tratar de direitos difusos que importem obrigação de fazer ou não fazer deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao status quo ante. 3. A admissibilidade de transação de direitos difusos é exceção à regra. 4. Recurso especial improvido.” (REsp 299.400/RJ, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 01/06/2006, DJ 02/08/2006, p. 229).

Estabelecidas tais premissas, merece importante destaque o fato de a arbitragem ser irrestritamente utilizada para a resolução de conflitos ambientais internacionais, dos quais participam Estados e organizações internacionais, sujeitos de direito internacional público.

Como se sabe, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado consiste em interesse difuso, ou seja, está catalogado entre os direitos indisponíveis. A Constituição da República estabelece, em seu artigo 225, que se trata de “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Ao mesmo tempo, cumpre observar que a arbitragem internacional pública, que frequentemente trata das questões relativas ao direito acima citado, é regida pelos Tratados de Direito Internacional Público. São alguns dos tratados e convenções internacionais firmados pelo Brasil que admitem a arbitragem: a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio, a Convenção sobre Mudança de Clima e a Convenção sobre Diversidade Biológica.

No Brasil, os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos “que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”²⁰. Mesmo os tratados e convenções internacionais que não obedecerem aos critérios de aprovação formal ora especificados terão caráter supralegal, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal²¹.

Pelo exposto, conclui-se diretamente que os tratados e as convenções firmados pelo Brasil e que permitem o uso da arbitragem, irrestritamente, para composição de conflitos ambientais, são observados antes da Lei de Arbitragem e, portanto, não são alcançados pela regra da disponibilidade inserta em seu artigo 1º.

A situação expõe grande contrassenso à limitação da submissão das lides envolvendo direitos difusos e coletivos *strictu sensu* aos tribunais arbitrais. Há de se indagar o motivo de haver um direito simultaneamente apto a ser submetido à arbitragem na ordem internacional e inapto em relação à arbitragem nacional.

Nesse sentido, dispõem Natália Maria Freitas de ASSIS e Lílian Gabriele de Freitas ARAÚJO (2011, p. 11):

É mister dizer que é injustificável a restrição da arbitragem no Brasil apenas aos direitos privados, disponíveis. A bem da verdade, essa restrição é de nítido contrassenso. Isto porque, no âmbito internacional é plenamente aceitável a arbitragem para dirimir conflitos entre Estados acerca de questões ambientais, sejam elas de cunho

²⁰ Texto inserido pela Emenda Constitucional nº 45 ao parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

²¹ RE 466.343/SP, HC 87.585, rel. Min. Marco Aurélio, j. 03.12.2008; RE 466.343, rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008; RE 349.703, rel. Min. Carlos Britto, j. 03.12.2008.

patrimonial disponível ou indisponível. Assim é que Paulo de Bessa Antunes (2003), no artigo *Conciliação, Arbitragem e Meio Ambiente*, disponível em sítio eletrônico, expõe: É importante observar que a existência de "direitos indisponíveis" em matéria ambiental é um elemento com validade apenas para a ordem jurídica interna, pois no plano internacional o Brasil aceita tranquilamente a existência de arbitragens - e outros meios pacíficos - para diferentes questões ambientais. Aliás, a incorporação de diferentes convenções ambientais ao direito brasileiro faz com que a matéria ambiental não seja considerada "indisponível" para fins de arbitragem.

Como não se pode conceber que um direito seja ao mesmo tempo disponível e indisponível, outra não pode ser a conclusão senão a de que a não admissibilidade da apreciação dos direitos difusos e coletivos em sede arbitral no ordenamento nacional tem fundamento em uma predisposição a considerar o instrumento da arbitragem inferior ou desqualificado ao enfrentamento da questão.

Entretanto, tais ideias devem ser afastadas, uma vez que mencionadas restrições não podem ser baseadas em mero apego excessivo à submissão das lides ao Poder Judiciário, mormente ante o desenvolvimento do instituto da arbitragem no Brasil, o qual conta com árbitros cada vez mais capacitados e estrutura cada vez mais consolidada.

Pois bem. Ainda sobre a questão da aplicação da arbitragem em direito ambiental – reconhecidamente um direito difuso –, tem-se que pensar que, a despeito de o método extrajudicial mencionado ser largamente utilizado no Brasil principalmente no que concerne às relações empresariais, estas podem, muitas vezes, envolver conflitos ambientais, “dado o alto grau de interferência socioeconômica do desenvolvimento da humanidade na qualidade da natureza do planeta” (RODRIGUES, 2013, p. 193). Dessa forma, a arbitragem seria uma importante ferramenta a conferir efetividade e celeridade à proteção deste direito difuso.

Também não se pode deixar de citar que, no que concerne aos direitos coletivos do trabalho, a previsão para utilização da arbitragem tem assento constitucional²². Ora, tratam-se de direitos sociais, os quais também são tidos por indisponíveis por sua própria natureza, não havendo, em relação a estes, óbice à submissão do conflito à técnica de heterocomposição da arbitragem como há em relação aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, situação que também revela um paradoxo.

Deve-se trazer à baila, ainda, a possibilidade hoje existente de haver reconhecimento, sem a necessária atuação judicial, da inexistência de violação a direitos difusos ou coletivos *strictu sensu* em relação a determinada situação concreta.

²² Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

É o caso das investigações desenvolvidas pelo Ministério Público em inquéritos civis, uma vez que tal investigação pode revelar que a suposta irregularidade não se concretizou, procedendo-se ao arquivamento do inquérito. Da mesma forma, uma reclamação processada perante o PROCON – órgão de proteção e defesa do consumidor – pode também ser arquivada por concluir que não existiu conduta infrativa por parte do reclamado.

Tome-se como exemplo uma reclamação efetivada ao PROCON acerca da abusividade no aumento da mensalidade de plano de saúde firmado através de contrato coletivo. *In casu*, o órgão legitimado à defesa do consumidor deverá investigar, por exemplo, as cláusulas contratuais autorizativas do reajuste e o índice de utilização dos beneficiários do contrato no último ano, bem como o risco envolvido na manutenção do contrato caso não realizado o reajuste no patamar estabelecido (sinistralidade). Ainda, deverá ponderar sobre o real efeito do aumento da contraprestação na esfera patrimonial do consumidor. Ao final, poderá concluir que o bem jurídico envolvido não sofreu qualquer violação, adentrando, portanto, no mérito da própria demanda posta a apreciação, sem que fosse necessariamente requisitada a apreciação do Poder Judiciário.

Por óbvio, o particular poderá acionar o Judiciário mesmo diante da conclusão emitida pelo PROCON, porém não se tratará de demanda coletiva, das quais os órgãos legitimados se valem para a tutela dos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, alvos deste estudo.

Pelo exposto, reputa-se imprescindível afastar a mecânica associação entre a adesão à convenção de arbitragem e a renúncia ao direito subjetivo envolvido. Quando o árbitro reputa inexistente o direito alegado pela parte, está o fazendo nos termos em que um juiz, e não impondo renúncia. Como esclarece Gustavo Fernandes de ANDRADE (2016, p.424), o que se passa com o convenção de arbitragem “não é renúncia do direito material, que não é afetado pelas regras processuais incidentes sobre o litígio, mas mera substituição do método tradicional de composição da controvérsia”.

4.2 Arbitrabilidade subjetiva: análise sob a perspectiva da legitimidade das partes

Delineados os pontos atinentes à arbitrabilidade objetiva em relação aos direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, passamos a discorrer sobre a capacidade das partes para a submissão das demandas de direitos difusos e coletivos em sentido estrito ao juízo arbitral.

Como já afirmado, é propriedade arraigada ao processo coletivo a de que a legitimação ativa decorre de atribuição legal, fundamentada na aptidão para representação de interesses coletivos, a partir da verificação de uma situação legitimante.

O Ministério Público, por exemplo, tem legitimidade ampla para a tutela de direitos difusos e coletivos *strictu sensu* nos moldes dispostos no artigo 127, *caput* e 129, inciso III da Constituição Federal, no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 82 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

Tais dispositivos legais também conferem legitimidade ampla a outros entes que o legislador reputou adequados para a promoção da defesa dos direitos coletivos, quais sejam, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, as associações civis, desde que constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais correspondentes aos direitos tutelados. Além disso, a Lei de Ação Civil Pública, alterada pela Lei n. 11.448/2007, conferiu legitimidade também à Defensoria Pública para a tutela de direitos coletivos.²³

Por sua vez, a Lei de Arbitragem estabelece, como já exposto, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O conceito de arbitrabilidade subjetiva decorre exatamente deste dispositivo, quando extraímos que a susceptibilidade de submissão de um litígio à arbitragem depende da capacidade das partes. Pode-se dizer, genericamente, que a arbitrabilidade subjetiva tratará de saber se determinado sujeito: (i) é ou pode ser parte numa convenção de arbitragem ou compromisso arbitral, (ii) pode ser atingido pelos efeitos da sentença arbitral e (iii) se tais efeitos poderão lhe ser opostos coercitivamente.

Primeiramente, é de se dizer que os entes legitimados a propor ação coletiva no âmbito do Poder Judiciário, estão também aptos a serem parte em convenção de arbitragem, invariavelmente preenchendo o requisito subjetivo eleito no art. 1º da Lei de Arbitragem, uma vez tratar-se de pessoas jurídicas capazes de contrair direitos e obrigações.

A fórmula insculpida na Lei de Arbitragem é apoiada pelos artigos 104²⁴, inciso I, e 851²⁵ do Código Civil e tem como escopo excluir da arbitragem os incapazes e os entes despersonalizados. Aqui, fazemos uma ressalva em relação às entidades e órgãos da

²³ Outras disposições legais atribuem legitimidade a entes diversos dos ora mencionados, restrita à tutela de determinado direito ou ao manejo de determinado instrumento processual coletivo. É o caso da legitimidade conferida aos partidos políticos, organizações sindicais e entidades de classe para a impetração de mandado de segurança coletivo (artigo 21 da Lei n. 12.016/2009) ou a legitimação conferida a qualquer cidadão para o ajuizamento de ação popular (artigo 1º da Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965 - Lei de Ação Popular), por exemplo.

²⁴ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

²⁵ Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.

Administração Pública direta ou indireta despersonalizados²⁶, uma vez que, por não possuírem capacidade para contratar ante a ausência de personalidade jurídica, não poderiam de fato ser parte em convenção de arbitragem ou compromisso arbitral.

Entendemos que a capacidade de contratar, *in casu*, sobrevém à capacidade de estar em juízo (ou em juízo arbitral), uma vez que, como já afirmado, a submissão de uma demanda à arbitragem pressupõe a existência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Feita essa ressalva, não se cogita da aptidão dos demais sujeitos legitimados para figurarem como parte em uma demanda submetida ao juízo arbitral, até mesmo porque, tendo o legislador autorizado tais entes a atuarem em juízo na defesa de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, estão também legitimados a promoverem a tutela extrajudicial de tais direitos, exatamente porque eleitos representantes daquela coletividade.

Quanto às pessoas naturais que estariam sujeitas aos efeitos de eventual sentença arbitral em sede de ação coletiva e à possibilidade de tais efeitos lhes serem opostos coercitivamente, também não se faz necessário elaborar maiores digressões. É que a sentença arbitral, conforme disposição do artigo 515 do Código de Processo Civil, constitui título executivo judicial, tratando-se de opção legislativa expressa equiparar a decisão arbitral com a judicial. Por decorrência, a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da judicial.

Na mesma esteira, dispõe o artigo 31 da Lei de Arbitragem que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Destaque-se que a expressão “mesmos efeitos” disposta no dispositivo citado significa paridade da sentença judicial e da arbitral em termos de conteúdo substancial (declaratório, condenatório ou constitutivo), com idêntica qualidade (ou grau de eficácia), que lhe dá autoridade de coisa julgada.

Estando as pessoas naturais sujeitas aos efeitos da sentença judicial, estão aptas também a sofrerem as consequências da decisão arbitral, razão pela qual se conclui também que não haveria, sob tal prisma, impedimento à resolução de conflitos coletivos por meio da arbitragem.

5 CONCLUSÃO

²⁶ Legitimados para defesa dos interesses e direitos coletivos dos consumidores em juízo por força do artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Os avanços verificados em relação à consolidação da arbitragem como método eficaz de resolução de demandas nos últimos anos são incontestáveis, de forma que, progressivamente, a hostilidade à adesão ao instituto vem se transformando em postura de reconhecimento e estímulo à sua aplicação.

Atributos como celeridade, efetividade e especialidade justificam a necessidade de se desenvolver a utilização da técnica para a resolução de conflitos que envolvam direitos difusos e coletivos em sentido estrito, mormente diante do conceito de acesso à justiça concebido hodiernamente e da importância que citados direitos assumem no desenvolvimento social.

Nesse sentido, verificou-se que tanto no que atine ao objeto envolvido na demanda (arbitrabilidade objetiva), como no que diz respeito aos sujeitos envolvidos no conflito (arbitrabilidade subjetiva), maiores entraves não devem ser impostos à submissão da lide ao juízo arbitral.

Como visto, é certo que a simples presença do interesse coletivo em uma determinada relação jurídica não torna irrestritamente indisponíveis os direitos envolvidos, exigindo que o litígio se resolva, necessariamente, mediante processo judicial.

Deve-se atentar para o fato de que os direitos difusos e coletivos *strictu sensu*, após violados, fazem surgir desdobramentos de caráter patrimonial, plenamente aptos a serem resolvidos pela arbitragem.

Ademais, no âmbito internacional, a arbitragem em direitos difusos é uma realidade, especificamente no que diz respeito aos direitos ambientais. No âmbito interno, tal realidade se faz em relação aos direitos coletivos trabalhistas, direitos sociais igualmente reputados indisponíveis. Tais fatos afastam o pensamento de que, ao firmar a convenção de arbitragem, estar-se-ia renunciando ao direito subjetivo posto em análise.

Em relação aos sujeitos envolvidos, concluiu-se não haver qualquer entrave, ressalvados os entes despersonalizados, para que os legitimados à defesa dos interesses coletivos em juízo sejam parte numa convenção de arbitragem ou compromisso arbitral. Igualmente, não há óbice para que os titulares dos direitos em apreciação sejam atingidos pelos efeitos da sentença arbitral.

Conclui-se, pois, estar demonstrada a necessidade e a aptidão dos conflitos relativos aos direitos difusos e coletivos em sentido estrito serem solucionados pela técnica da arbitragem, devendo a eleição automática e absoluta pela utilização do processo estatal ser refletida e reavaliada pelo Poder Público.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. Anotações sobre as perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo – sua evolução ao lado do direito material. In: *Direitos Fundamentais e sua proteção no plano interno e internacional*. vol. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Arbitragem e Administração Pública: Da hostilidade à gradual aceitação. In: *A Reforma da Arbitragem*. Coordenação: Leonardo de Campos Melo, Renato Rezende Beneduzi. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris Editor, 2002.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DE ASSIS, Natália Maria Freitas; ARAÚJO, Lílian Gabriele de Freitas. A arbitragem aplicada ao conflito ambiental. In: *Revista eletrônica Direito e Energia*. Vol 4, ano 3, nº 2. Ago-dez 2011. Disponível em: <<https://periodicos.ufrn.br/direitoenergia/article/view/5004>>. Acesso em outubro/2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos. In: *Revista eletrônica Consultor Jurídico*, 24 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2#author>>. Acesso em outubro/2016.

ELÓI, Pilar de Souza e Paula Coutinho; ELÓI, Laura de Souza e Paula Coutinho. Arbitragem nos contratos administrativos e a cláusula obrigatória de eleição de foro. In: *Revista de Arbitragem*. Ano II, n. 4, jul/dez 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *Direitos Fundamentais e sua proteção no plano interno e internacional*. vol. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.

MENEGUIM, Fernando B.; ÁVILA, Flavia. A economia comportamental aplicada a políticas públicas. In: *Guia de Economia Comportamental e Experimental*. 1ª ed. São Paulo: EconomiaComportamental.org, 2015.

RODRIGUES, Isabella Carolina Miranda. Arbitragem aplicada à solução de conflitos ambientais. In: *Revista de Arbitragem*. Ano II, n. 4, jul/dez 2013.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SANTANA, Maria Aparecida. *Democratização da Justiça e Arbitragem*. Belo Horizonte: Líder, 2009.

VIEIRA, Susana Camargo. O componente direitos humanos do desenvolvimento sustentável: uma visão de direito internacional. In: *Direitos Fundamentais e sua proteção no plano interno e internacional*. vol. 1. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2010.