A SOCIEDADE E A ARBITRAGEM : UMA ANÁLISE DA ACEITAÇÃO DA LEI N 9.307/96

Douglas Ferreira Magalhães
Professor do Curso de Direito da Faculdade Almeida Rodrigues - FAR

Resumo: O debate sobre a natureza jurídica da arbitragem é um questionamento epistemológico, cuja análise se baseia na divisão de poderes do Estado e à tutela jurisdicional por seus órgãos. A classificação jurídica que se pretende alcançar com tal estudo nos apontará o regime jurídico positivo a ser aplicado ao instituto arbitral. A grande maioria dos doutrinadores entendem a arbitragem como uma forma de tutela jurisdicional privada, ou seja, uma jurisdição paralela ao Estado realizada por particulares. Dentre estes teóricos destaca-se os doutrinadores que define a arbitragem como “instituição de justiça privada”. Por sua vez, há outros que entende a arbitragem “enquanto equivalente jurisdicional”. Todavia, em sede da Lei nº 9.307/96, não se pode concordar com a assertiva de que a arbitragem é justiça privada, rápida e de custa processuais não onerosas. Conclui-se que pela rapidez com que a tecnologia e o conhecimento transformam nossas vidas, exigindo de nós, como indivíduos da sociedade, profundas alterações diárias, nos nossos comportamentos e costumes frente às descobertas e mudanças constantes do convívio social.
Palavras Chave: compromisso arbitral, clausula arbitral, patrimônio disponível.

Summary: The debate on the legal nature of arbitration is an epistemological question, whose analysis is based on the state of division of powers and judicial protection for their organs. The legal classification to be achieved with such a study in point the positive legal regime to be applied to the arbitration institute. The vast majority of scholars consider arbitration as a form of private judicial protection, ie a parallel jurisdiction to the State carried out by individuals. Among these theorists scholars it stands that defines arbitrage as “private justice institution.” In turn, there are others who understand the arbitration “as a judicial equivalent”. However, in the headquarters of the Law No. 9,307 / 96, you can not agree with the assertion that arbitration is private justice, quick and not onerous procedural costs. It is concluded that the speed with which technology and knowledge transform our lives, demanding of us as individuals in society, profound daily changes in our behaviors and customs in the face of discoveries and changing social life.

Keywords: arbitration, arbitration clause, available equity.

INTRODUÇÃO

A prestação de serviços por parte do Estado se encontra bastante deficiente, situação que atinge todas as suas atividades, quais sejam legislativa, administrativa e jurisdicional. Especialmente na realização desta última atividade, da qual se encarrega o Estado, e ele exclusivamente, para a promoção da paz social através da solução dos conflitos, nota-se com nitidez tal deficiência, tamanha a morosidade com que é obtida, na prática, uma resposta estatal.

A morosidade da prestação jurisdicional, principalmente dos processos concernentes a conflitos sobre bens econômicos, resulta em prejuízos para a sociedade, posto que gera gastos improdutivos, desestimula possíveis investimentos de capitais, produzindo, enfim, perdas econômicas relevantes. Ademais, não sendo atendida com presteza em suas necessidades, a população desacredita na justiça, e passa-se a viver um ambiente de insegurança jurídica bastante nocivo à vida social.

Alguns autores sustentam que a eficiência da tutela jurisdicional no Brasil é passível de questionamentos sobre o cumprimento de seu papel constitucional. Esculpiram inclusive algumas frases de efeito, tais como: “justiça tardia é justiça negada”, “justiça que tarda, falha”, etc. Tal assertiva se comprova mediante o seguinte silogismo. O acesso ao Judiciário, preceituado na Constituição Federal, constitui um direito Individual e coletivo (ex., art. 5º, XXXIV, XXXV e XXXVII). Não é mero conceito formal, mas de efetiva tutela judicial. O não exercício efetivo e a eficiente tutela jurisdicional impõem ao cidadão o ônus da pretensão postergada ou inócua. Portanto, toda definição jurisdicional que não é eficaz avilta a cidadania e a dignidade da pessoa humana, não restando outra via senão constatar que a tutela jurisdicional ineficiente não observa os fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo, não cumprindo o seu papel constitucional.

A arbitragem, parte-se para a proposta de trabalho desta pesquisa. Para tanto, inicia-se conceituando arbitragem, objetivos e principal característica com a finalidade de familiarizar o leitor com o tema. Logo após, discorre-se sobre as noções históricas da arbitragem no Brasil e acesso à justiça “alternativa”. Em seguida, debate-se sobre a natureza jurídica da arbitragem abordando temas como: jurisdição, competência, as finalidades da jurisdição, concluindo com a concepção da natureza da arbitragem em sede da Lei nº 9.307/96.

O tema central da pesquisa, a constitucionalidade do instituto arbitral nos dizeres da Lei nº 9.307/96 analisa se a Lei em pauta subtraiu o monopólio do controle do Poder Judiciário. Discute-se se é admissível o exercício da função jurisdicional por órgão ao qual não tenha sido delegado constitucionalmente tal atribuição.

Evolução histórica da arbitragem

Mister se faz explicar minimamente neste ensaio, o conceito, os objetivos e a principal característica do instituto da arbitragem no Brasil, em suas linhas gerais, não se pretendendo esgotar o tema.

Opta-se pela investigação do conceito de arbitragem na doutrina – em nada impedindo a criação de novo conceito forjado ao objetivo do trabalho – delimitar o objeto e destacar a principal característica que estabelece íntima relação

com a tese defendida neste ensaio.

A arbitragem deve ser compreendida, segundo a doutrina do francês Jean Robert:

> A instituição de justiça privada, graças à qual os litígios são subtraídos das jurisdições de direito comum, para serem resolvidos por indivíduos investidos, pela circunstância, da missão de julgar, ou seja, as partes devem confiar aos árbitros, livre ou institucionalmente designados, a missão de solucionar seus litígios fora da esfera estatal.

Conforme o professor Cézar Fiúza, a arbitragem enquanto equivalente jurisdicional, constitui espécie autônoma, ocorrendo sempre que duas ou mais pessoas submetem suas disputas ao arbítrio de terceiro, não integrante dos quadros do Poder Judiciário".

Em ambos conceitos, tanto do doutrinador francês Jean Robert quanto do professor Cézar Fiuza, depreende-se que a arbitragem seria espécie autônoma da tutela jurisdicional do Estado, onde as partes delegariam a um terceiro a decisão do litígio. Data vênia, não se discutirá neste momento se a arbitragem é equivalente jurisdicional ou não, abordar-se-á este tema em capítulo específico. Entretanto, é interessante ressaltar que a grande maioria dos doutrinadores entendem a arbitragem como uma forma de tutela jurisdicional privada, ou seja, uma jurisdição paralela à do Estado. Tal entendimento está equivocado. A arbitragem no termos da Lei nº 9.307/96 não institui no ordenamento jurídico brasileiro a jurisdição privada, seria outra a sua natureza jurídica. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.307/96, criou-se uma forma de arbitragem ainda não conhecida alhures ou algures.

Em suma, a arbitragem para o autor seria uma tutela jurisdicional autônoma, exercida por partes capazes submissas à decisão de um terceiro que não estaria investido nas funções de juiz estatal.

A concepção de José Eduardo Carreira Alvim, se diz:

> Arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o "julgamento" de um litígio por "sentença" com força de coisa julgada.

Com o renascimento das idéias liberais, atualmente vivido, volta ao cenário jurídico a teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é substrato para a consecução de acordos como possíveis soluções para confli-

tos surgidos de diferentes pretensões.

É nesse contexto de valorização da vontade das partes que o reaparecimento da arbitragem se mostra mais importante. Mais do que um instituto processual, vem ela a constituir uma alternativa à jurisdição estatal. Desde que as partes estejam dispostas a submeter seu conflito sobre um direito material disponível à apreciação e decisão de um árbitro, e atendendo este, assim como os procedimentos de que se utilizar, aos requisitos estabelecidos pela lei, não têm elas que recorrer ao Estado, solucionando seu conflito de forma mais célere e, quiçá, mais eficaz.

A Lei 9307, de 23/09/96, dispõe sobre a arbitragem. Muito recente, foi ainda pouco analisada, e, apresentando instituto no qual se depositam inúmeras esperanças de desafogamento do Judiciário, deve ser estudada para que seja avaliado, na prática, tão esperado resultado. Além disso, o estudo da lei é importante na medida em que possibilita a correção de eventuais falhas e lacunas em seu texto, permitindo o aperfeiçoamento desse instituto de tanta tradição internacional e tão escasso aproveitamento nacional.

Entretanto, com a evolução tecnológica e cultural da sociedade, e com o aumento em número e complexidade das necessidades coletivas, é natural que surjam mais conflitos de interesse, fundados na disputa dos bens (raros) que as podem satisfazer. É justamente este acúmulo de pendências a grande problemática enfrentada hoje pelo Poder Judiciário, especialmente no Brasil. Disso resulta uma prestação jurisdicional lenta e ineficaz, que fere o princípio do direito à jurisdição, garantido pelo Estado.

Na tentativa de resolver essa situação, o Estado emprega medidas tradicionais, como o aumento do número de cartórios, câmaras e secretarias, a redistribuição de competências por matéria, o aumento de previsões orçamentárias para o Poder Judiciário, modificações constantes nos Códigos Processuais e informatização da justiça. Contudo, tais medidas se mostram ineficazes, fazendo com que outras fórmulas alternativas sejam buscadas.

Uma dessas fórmulas é a revitalização dos sistemas extrajudiciais de solução dos conflitos, o que se faz, entre outros métodos, através da arbitragem, instituto bastante utilizado para a solução de conflitos internacionais, e também de litígios sobre Direito Privado, em muitos países.

É esta solução que o Brasil pretendeu adotar com a promulgação da lei 9703, de 23.09.96. Através da revitalização da arbitragem, pretende-se desobstruir o acesso à justiça.

Consiste a arbitragem num método heterocompositivo de solução de conflitos. Não logrando as partes a obtenção de um acordo, buscam solucionar sua pendência através de uma solução imposta por um terceiro que atua como um

juiz privado.

Histórico da legislação arbitral no Brasil

Apesar de moderna, a arbitragem não é uma criação do Direito contemporâneo. Segundo Sálvio de Figueiredo Teixeira (1997), na Roma Antiga a arbitragem antecedeu à própria solução estatal jurisdicional. A Constituição portuguesa, atualizada de acordo com a Lei Constitucional 1/97, de 20 de setembro, autoriza a instituição de tribunais arbitrais, cometendo à Lei a disciplina sobre os casos e as formas em que estes tribunais se podem constituir. A arbitragem voluntária é regida pela Lei 31/86 e a institucional pelo Decreto-Lei 425/86. Sobre a arbitragem no direito comparado, consulte-se a obra do magistrado, de Goiás, Vítor Barboza Lenza, Cortes Arbitrais, AB Editora, 1997, e, no direito espanhol, Legislación Arbitral, edición a cargo de José G. Llobregat, Editorial Colex, 1998, Madrid.

Começou a legislar a respeito da arbitragem no Brasil a partir de 1850 com o regulamento 737, que do art. 411 até 475 relacionava diversos temas que deveriam ser submetidos a iniciativa privada para a tomada de decisões arbitrais, inclusive, tornando-os obrigatórios em determinados assuntos comerciais.

O antigo Código de Processo Civil previa a arbitragem nos arts. 1.031 à 1.046. Com a entrada em vigor do Código atual, a matéria continuou sendo disciplinada entre os arts. 1.072 e 1.102.

O Código Civil enquanto afirmava que o compromisso arbitral se apresentava indispensável à instituição do juízo arbitral, o mesmo, porém, não se dava com a “cláusula arbitral” ou “compromissória”, que constituía simples promessa de contratar (“pactum de contrahendo”, obrigação de fazer), a não ensejar execução específica mas condenação em perdas e danos em casos de inobservância do pactuado.

A arbitragem também pode ser utilizada quando se tratar de relações comerciais entre países, pois a demora em se obter uma sentença torna-se um entrave às relações internacionais e a possibilidade de resolver problemas de maneira mais célere é grande atrativo.

Natureza Jurídica da arbitragem

Percebendo a arbitragem como processo autônomo para judiciário heterocompositivo torna-se mais claro a identificação de sua natureza jurídica. A doutrina tem se dividido em afirmar que a arbitragem possui natureza jurisdicional ou contratual. Como foi demonstrado à exaustão, não se pode coadunar com a afirmativa que a arbitragem brasileira seja jurisdição.

E, ainda, em que pese ser a arbitragem oriunda da vontade das partes, também não se pode aderir à tese que defende seu caráter contratual. Pois, se assim o fosse bastaria a oposição de uma das partes para tornar ineficiente o início do juízo arbitral; todavia, não é isto que ocorre, ou seja, há uma autonomia do processo arbitral em face ao alvedrio das partes.

A natureza jurídica da arbitragem é de relação processual privada derivada de bens protegidos constitucionalmente. Seria, portanto, o objeto de estudo uma relação processual privada, pois trata-se de um vínculo litigioso de alçada privada. Ou seja, uma vez firmada a cláusula arbitral e dado o início no compromisso arbitral e no arbitramento propriamente dito há entre as partes um vínculo jurídico. Tal conexão se dá em sede de pretensões resistidas, daí seu caráter litigioso. O elemento privado extrai-se da constatação que a arbitragem se processa na órbita civilista, contando com apenas o arbitro ou tribunal arbitral nomeado pelos particulares.

A arbitragem é corolário da propriedade privada (art. 5º c/c art. 170, II). O senhorio privado, como um direito individual e coletivo e como princípio da Ordem Econômica brasileira, é direito material consagrado pela Constituição. O arbitramento é a derivação do bem privado, notadamente os bens disponíveis, mas enquanto direito adjetivo da propriedade privada.

Com o advento da Lei processual extravagante (Lei nº 9.307/96) inaugurou-se no ordenamento jurídico brasileiro o direito subjetivo privado a arbitragem. O cidadão brasileiro além do Direito Subjetivo Público que é o direito de recorrer ao judiciário estatal para compor seu litígio, com o arbitramento adquire mais uma alternativa, mas em sede de direito subjetivo privado, pois trata-se de uma faculdade dada aos particulares. Trata-se de instituto processual restrito ao âmbito instrumental de direitos disponíveis.

Objetivos e características da arbitragem

Após a análise dos diversas concepções sobre o instituto arbitral, estabelece-se para este ensaio um conceito especificamente esculpido com o objetivo de demonstrar a natureza da arbitragem, conforme a Lei nº 9.307/96. A arbitragem é processo autônomo parajudiciário heterocompositivo.

A primeira característica da arbitragem, em face a Lei nº 9.307/96, é sua característica de processo. O pleito arbitral baseia-se no procedimento em contraditório, pois no arbitramento realiza-se a oposição concatenada de teses. Destarte, seu caráter de rito de debates e contestação é notório.

É autônomo porque uma vez convencionada a cláusula arbitral, já está presente a gênese para a arbitragem. Ou seja, a existência do processo arbitral não mais depende da vontade das partes que lhe deram origem. Uma vez con-

venciona não há mais a faculdade de uma das partes desautorizar o início da arbitragem. Uma ilustração que deixa esta característica evidente é a possibilidade de imposição judicial da via arbitral à parte que não a aceita. Se a arbitragem não detivesse este caráter autônomo em oposição à vontade original bastaria um dos contratantes se opuser a sua instauração para que a mesma não ocorresse. Todavia, não é isto que se observa, o alvedrio das partes não mais tangencia o instauração arbitral. A cláusula arbitral possibilita esta autonomia à arbitragem em face ao talante dos que a convencionaram.

A arbitragem constitui o meio alternativo para a solução de litígios sem intervenção de um juiz de direito ou qualquer outro órgão estatal, não rivaliza com o Judiciário, nem contra ele atenta, pois o Poder Judiciário independente e forte constitui o esteio do Estado de Direito. Dentre as vantagens da arbitragem, pode-se dizer que, principalmente, afasta o exagerado formalismo da Justiça Estatal, processando-se com a máxima celeridade, sem ferir, obviamente, os cânones legais e a Constituição. A flexibilidade é uma constante. A formalidade representa, efetivamente, a morte da arbitragem.

Pode ser firmada por cláusula arbitral (também chamada de cláusula compromissória, é firmada junto ao contrato - ou em anexo a este - mas sendo sempre independente deste) ou por compromisso arbitral (após dada a controvérsia).

Além disso, as partes escolhem o árbitro e o procedimento a ser adotado, bem como determinam o prazo para a conclusão da arbitragem. O processo é sigiloso; só as partes podem quebrar o sigilo.

Apesar disso tudo, a arbitragem ainda é praticamente desconhecida devido à deficiência legislativa. No regime legal anterior, quando os contratantes previam a arbitragem em seus contratos, esta cláusula não tinha força obrigatória, ou seja, entendia-se não haver obrigação de resolver as questões surgidas pelo meio dela, o que estimulava a parte inadimplente a recusar a arbitragem e ir para à justiça comum, muito mais demoradaSob o pálio da Lei nº 9.307/96, somente se podem submeter ao juízo arbitral conflitos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, como, por exemplo, questões comerciais e industriais de modo geral, questões condominiais e imobiliárias, questões pecuárias e agrárias, questões de trânsito de veículos automotores, questões do consumidor, questões de transporte, dentre outras. Isso se faz, na prática, “mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (art.3, Lei nº 9.307/96).

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato (art. 4, caput, Lei nº 9.307/96).

O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial (art. 9, caput, Lei nº 9.307/96).

Louvável é o entendimento dos Tribunais, pois se mesmo convencionada a arbitragem pelas partes, estas pudessem optar pela via Judiciário para compor o litígio, não haveria nenhuma valia a convenção de arbitragem.

A fora as conhecidas vantagens já enumeradas tais como celeridade, sigilo e tantas outras honrosas especificidades, destaca-se como a principal característica da nova lei a importância que ela confere à vontade das partes. A vontade das partes é soberana, desde a decisão de submeter o litígio ao juízo arbitral – seja na cláusula arbitral, seja no compromisso arbitral - como na eleição do árbitro – escolhido livremente por elas -, e mesmo na determinação do critério a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.

Vem, portanto, a arbitragem, a reconhecer a oficialização das idéias liberais, mostrar sua face jurídica. Parece ser supostamente a arbitragem, nesse contexto, a “privatização da justiça”, entretanto, debater-se-á este tema em capítulo específico.

Há certas características, conferidas ao juízo arbitral, pela atual lei 9307/96, que convém salientar. Inicialmente, é possível que a questão em debate permaneça em sigilo. Esse aspecto de confidencialidade é claramente oposto ao princípio da publicidade que caracteriza a atividade jurisdicional do Estado. Além de sigiloso, o juízo arbitral pode tomar como base a eqüidade, caso assim convencionem as partes (art. 2º, capuz), ou seja, pode o árbitro decidir fora das normas expressas de direito. Podem também as partes “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”(art. 2º, I). “Poderão, também, as partes, convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. Tais previsões são ora inaceitáveis na atividade jurisdicional do Estado (decisão por equidade e escolha das regras aplicáveis à arbitragem), ora apenas aceitas por exclusão (demais previsões).

Outro aspecto importante da nova lei é que os árbitros podem ser escolhidos livremente pelas partes, sendo critério para tal escolha a confiança que estas nele depositem. Pela própria natureza da atividade jurisdicional estatal, a escolha do juiz pelas partes é nela impensável.

A principal característica da nova lei é a importância que ela confere à vontade das partes. A vontade destas é soberana, desde a decisão de submeter o litígio ao juízo arbitral – seja na cláusula arbitral, seja no compromisso arbitral - , na eleição do árbitro – escolhido livremente por elas - , e mesmo na determi-

nação do critério a ser utilizado pelo árbitro na decisão do conflito.

Constitui, pois, a nova lei, um ressurgimento da teoria da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é determinante da formação de acordos e da previsão de seus efeitos. A revitalização da arbitragem nessa nova lei vem a exemplificar, ao lado do fortalecimento dos contratos, o ressurgimento do império da vontade no âmbito da justiça, reflexo das idéias liberais que embasam a atuação política do Estado. Vem, portanto, a arbitragem, a reconhecer a oficialização das idéias liberalistas, que aí mostram sua face jurídica. Parece ser a arbitragem, nesse contexto, a "privatização da justiça", o que pode constituir uma nova alternativa para desafogar o Judiciário e tornar mais eficaz a atuação do Estado.

A sociedade e a arbitragem

Para que a arbitragem se torne uma prática comum junto à uma sociedade, no entanto, ímpar se faz a sua formação de consciência, a sua educação, e educação, como bem observa Antônio Joaquim Severino, "é um processo social de alcance global, isto é, um processo social de alcance global, isto é, interpreta todos os espaços do social, também é a ideologia, cuja impregnação atinge todo o tecido das relações sociais. Assim, um desnivelamento, mediante a análise pela crítica filosófica, da "repressão" ideológica da educação, é uma etapa previa a ser cumprida, num primeiro momento epistemológico, pela filosofia da educação.

Com isto queremos dizer que a criação de uma nova mentalidade compreende não apenas a ação política de educar, mas também equivale a fomentar uma nova ideologia social, a idéia de participação individual no processo de desenvolvimento geral, a fixação da noção de que o Estado não é figura necessária para a resolução de todas as espécies de conflitos, mas apenas para aquelas em que as questões envolvidas sejam realmente de ordem pública. Assim, cada qual, desobrigando o Estado dessa intervenção em suas vidas privadas para a resolução de demandas que impliquem em direitos patrimoniais e disponíveis, contribui também para a desobstrução do próprio Poder Judiciário.

O mediador deve entender entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas.

O fato é que P. Paclot coloca a arbitragem – na qual as partes aceitaram antecipadamente a solução que será tomada – de um lado, e de outro a mediação e a conciliação, "na quais elas aquiesceram em uma proposta de solução que lhes será feita e que, na maior parte dos casos, elas próprias contribuíram

para elaborar". Sua proposta pretende abarcar a conciliação e a mediação que são para ele de natureza semelhante: "É por isto – diz – que no curso desta palestra empregarei indiferentemente um ou outro".

Resta para ele, notar que há "duas grandes categorias de conciliação e mediações: as primeiras, de natureza judicial, as outras, extrajudicial".

P. Paclot verifica que sobre essa mediação "nem o legislador nem as instituições se inclinaram". O que permite "por conseqüência, toda a audácia e todas as inovações". Assim libertado, pode entregar-se com o coração feliz à conciliação-mediação extrajudicial.

Da mesma forma, é necessário dizer que cada mediação é única: de acordo com as pessoas, os grupos, as circunstâncias, a catálise que é a mediação será específica. Assim como o mediador tem sua personalidade, sua maneira de fazer, ele deve também "inventar sua prática e, no limite, sua teoria." Poder-se-ia falar de mediadores como se exprime Saint-John Perse ao final de seu Anabase: "Todos os tipos de homens em suas vias e maneiras".

Isto seria matar a criatividade, primeira e indispensável qualidade do mediador cidadão, impor a ele uma canga: dependente, ele falará pouco ou muito em nome de seu poder e será visto como mais ou menos representativo desse poder. A mediação terá então seu horizonte coberto, entravado; mediador e "mediando" não estariam no espaço livre que é absolutamente necessário a toda mediação cidadã.

A mediação não é subproduto da justiça, ainda menos, uma justiça de segunda classe. Ela não é um serviço público, mas um serviço universal; a fórmula associativa preserva esse caráter universal.

Conjuntura da Lei Federal nº 9.307/96

A supremacia do pensamento neo-liberal imperante nas relações sociais, redireciona o cenário jurídico para uma releitura da autonomia da vontade, segundo a qual o elemento volitivo é substrato para a consecução de acordos como possíveis soluções para conflitos surgidos de diferentes pretensões.

A autonomia da vontade e a satisfação efetiva do direito pleiteado são mais que Princípios Gerais de Direito, são verdadeiros elementos constitutivos da cidadania. A liberdade para contratar e a efetiva composição da lide extrapolam a esfera pessoal e tornam-se, neste início de século, pilares da Democracia brasileira. Não sendo atendida com presteza em suas necessidades, a população desacredita na Justiça, e passa-se a viver um ambiente de insegurança jurídica bastante nocivo à vida social.

Já pela ótica do empresariado, a morosidade da tutela jurisdicional, principalmente dos processos concernentes a conflitos sobre bens econômicos, re-

sulta em prejuízos, posto que gera gastos improdutivos, desestimula possíveis investimentos de capitais, produzindo, enfim, perdas econômicas relevantes.

Ademais, os litígios que tramitam nos tribunais em muito extrapolam as questões meramente jurídicas e invadem outros ramos do conhecimento, que o magistrado sequer domina. Logo ficam as partes e o togado reféns dos peritos e seus laudos.

O filósofo e jurista Miguel Reale Jr. afirma que a crescente necessidade de conhecimento técnico, exigindo atualmente perícias altamente especializadas torna cada vez mais inseguros os julgamentos proferidos por juizes togados, por mais que estes, com a maior responsabilidade ética e cultural, procurem se inteirar dos valores técnicos em jogo.

O avanço tecnológico elevou o grau de complexidade dos contratos. Sigilo, confiabilidade e segurança nas decisões dos litígios são variáveis cruciais para os grandes contrato.

Há autores que advogam a tese que o instituto do “segredo de justiça” seria capaz de reproduzir a mesma efetividade do sigilo que existe na arbitragem. Contudo, o juízo arbitral garantia total sigilo, ou seja, somente e apenas as partes envolvidas possuem acesso aos outros. Segundo, o sigilo é inerente ao processo arbitral enquanto no judiciário é um pedido que pode ou não ser deferido. Terceiro, a instauração do litígio também é sigilosa, isto é, ninguém além das partes e dos árbitros saberão que há um conflito entre aquelas partes, o que não ocorre no judiciário.

Da mesma forma, a arbitragem também propiciaria a conciliação, pois a confidencialidade do procedimento cria uma atmosfera capaz de gerar uma ambiência de colaboração entre as partes, dentro da qual elas podem auto compor o conflito através da conciliação ou mediação, encerrando, assim, elas mesmas, o problema.

Outra vantagem primordial na arbitragem é a livre escolha dos árbitros. As partes poderão contratar especialistas na matéria controversa, ou seja, os árbitros podem ser técnicos na matéria controversa, diferentemente do que ocorre no Judiciário.

Ademais, há a garantia de tratamento equânime. Esta vantagem fica evidente nos casos de arbitragens internacionais, envolvendo partes de países diferentes. A garantia de tratamento igualitário entre as partes, sustentada pela arbitragem, afasta a natural incerteza quanto à isenção dos tribunais locais em litígios entre nacionais e estrangeiros domiciliados no exterior.

Outra vantagem inédita é a possibilidade de decisão por direito ou por eqüidade, a critério das partes. Os árbitros desenvolvem o mesmo raciocínio lógico dos juizes, porém, se o compromisso o autoriza, eles poderão não ficar

adstritos à aplicação do direito positivo e poderão decidir por eqüidade. Além do mais, os litigantes poderão ainda escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, respeitando-se sempre os bons costumes e a ordem pública. Logo, o diploma permite que as partes convencionem que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio. Destaca-se, portanto, a possibilidade de que os julgamentos se procedam alicerçados sobre as regras da lex mercatoria, o que enfatiza o princípio da autonomia privada.

Destaque da Lei nº 9.307/96 é o artigo 3º: "as partes interessadas podem submeter a solução dos seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". Constata-se que a Lei não faz mais distinção entre cláusula arbitral e compromisso, e tanto a primeira quanto a segunda são suficientes para constituir validamente o juízo arbitral. Não há mais, portanto, a imprescindibilidade do compromisso arbitral.

Na letra da Lei nº 9.307/96, o que se extrai da arbitragem não seria um simples laudo, mas verdadeira sentença, portanto, equivale a dizer, que não se exige mais a homologação do Judiciário como condição para a execução da decisão judicial, haja vista que a Lei equiparou as sentenças arbitrais às judiciárias. Não mais haveria o reexame pelo Judiciário e a possibilidade de se desfazer todo o feito. Todavia, reserva-se debater este tema em capítulo próprio.

Segundo os teóricos, a nova lei de arbitragem inauguraria uma forma eficaz e ágil para resolver controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis no Brasil. Todavia, alguns aspectos deste novo instituto ainda suscitam controvérsias. O estudo da Lei é importante na medida em que possibilita a correção de eventuais falhas e lacunas em seu texto, permitindo o aperfeiçoamento desse instituto de tanta tradição internacional e de tão escasso aproveitamento nacional.

CONCLUSÃO

A lei, cujo uso tem sido intenso, como se pôde observar, nas cortes arbitrais goianas, tem transformado o instituto ora analisado em verdadeira alternativa à jurisdição tradicional, de forma a proporcionar aos cidadãos a rápida, eficaz e pouco onerosa solução dos conflitos de interesses, agora realizada pelos próprios cidadãos, com atuação instrumental e adjetiva do Estado.

A lei 9.307/96, referente à arbitragem, não atingiu o seu fim, não conseguiu preencher o objetivo almejado pelo legislador. Seja pela falta da ampla divulgação do procedimento arbitral, seja pela falta do costume formado de submeter conflitos a arbitragem, esta, é quase inútil no país, uma vez que proporcio-

nalmente ao judiciário, é uma parcela ínfima que usa este mecanismo.

Existem ainda, além da questão cultural, muitas questões que devem ser ajustadas no sistema arbitral, para trazer maior segurança ao mecanismo, a fim de trazer uma quantidade maior de conflitos para serem resolvidos pela arbitragem, e assim, efetivamente desafogar um pouco o judiciário.

Não tendo pretendido esgotar o tema almejando somente dar uma breve e singela visão do instituto da Arbitragem no Brasil que caminha para um maior desenvolvimento, tornando-se um grande avanço para o ordenamento jurídico brasileiro valer-se de mais esse instrumento potencializando sua capacidade, por métodos alternativos de resolução de conflitos independente da intervenção estatal a observar os países desenvolvidos e os efeitos da globalização, em que se caracteriza a velocidade de informações novas tecnologias para resolução de conflitos que não podem eternizar-se sobrecarregando o Poder Judiciário, mas que sejam resolvidos não apenas rapidamente, mas que necessariamente sejam eficientes e justos.

Perante um conflito de interesses, uma pretensão de uma parte, resistida pela outra, observa-se o exercício da função jurisdicional. Uma vez que as partes não podem solucionar o conflito por si próprias, ou seja, não podem fazer justiça com as próprias mãos, cabe aos juízes dar andamento à jurisdição. Todavia, o Direito não é um sistema estático e evolui mediante os movimentos da sociedade. Neste sentido, inaugurou-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei de Arbitragem.

No âmbito processual, mutatis mutandis, o princípio é o mesmo. O Estado assumiu a jurisdição a fim de tornar igualitária a distribuição da justiça. Assim como hoje, na época em que o direito era privado, exclusivamente, nem todos a ele tinham acesso. Não tanto por razões econômicas, mas porque o direito era formular e, portanto, extremamente difícil de se fazer exercido com justiça. Uma vez que o Estado, cujo fim maior é proporcionar às pessoas a paz social, assumiu a função de aplicar o direito ao caso concreto, buscou ele oportunizar às pessoas a obtenção da justiça, efetivamente.

Entretanto, a realidade econômica típica do capitalismo é capaz de fazer com que mesmo a distribuição da Justiça pelo Estado seja movida por fatores econômicos. As concepções econômicas prevalecem, inevitavelmente, no capitalismo, sobre as filosóficas ou jurídicas. Assim sendo, o acesso à Justiça tornou-se novamente difícil, agora em razão de obstáculos econômicos. A Jurisdição estatal tornou-se cara e lenta, perdendo a função que pretendia ter, a princípio. Daí por que novamente surge a solução privada de conflitos, agora como alternativa àquela jurisdição estatal.

A arbitragem trouxe à solução de conflitos a possibilidade de que se reali-

ze de forma sigilosa, rápida, eficaz, definitiva. Permite às partes convencionarem se pretendem ou não submeter seu conflito à análise de um terceiro, escolhido livremente por elas próprias. Aqueles mesmos princípios que regem a autonomia da vontade no âmbito contratual aplicam-se, mutatis mutandis, ao processo.

Com efeito, tanto a criação da lei como a sua aplicação devem visar ao Bem Comum. Se assim não for, a lei não estará cumprindo a sua finalidade. Elaborar a lei para benefício de minoria é uma aberração. Aplicar e interpretar a lei sem visar ao Bem Comum é outra aberração. Aos profissionais do Direito cabe o estudo dedicado da Hermenêutica Jurídica, pois, mais importante que aplicar a lei ao caso concreto, é saber porquê se aplica a lei e, fazer com que, desta aplicação/interpretação, seja realizada a Justiça.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Letícia Franco de. **A autonomia da vontade e a nova Lei de arbitragem**. Jus Navigandi. Teresina. Dez. 1998. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/ texto.asp?id=923>. Acesso em: 26 Jan. 2016.

CABAM. **Mediação e arbitragem.** São Paulo 2007. Disponível em: http://www.cabam.com.br/site/portal. 24 Jan. 2016.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **O juízo arbitral no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Da arbitragem e seu conceito categorial**. Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, nº 98.

FERREIRA, Kisleu Gonçalves. **Aspectos da jurisdicionalidade da arbitragem** (Lei 9.307/96). Jus Navigandi. Teresina. Out. 2001. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/ doutrina/texto.asp?id=2198>. Acesso em: 27 Nov. 2015.

FIUZA, cézar. **Teoria Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

GREBLER, Eduardo. **Arbitragem nos contratos privados**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem: conceito e pressupostos de validade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LACERDA, Bruno Amaro. **Artigos: O julgamento por equidade na Lei 9.307/96. Direito Net**. Disponível em: <www.direitonet.com.br>. Acesso em: 10 Agos 2016.

MONTESQUIEU, Charles Secondat. **O espírito das leis** (Trad. Cristina Murachco). 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Thomas; MÜLLER Sergio J. D. **Análise sistemática da arbitragem**

negocial. In jus navigandi. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 10 Jan. 2016.

ORTIZ, Luis Fernando Zambrano. **La conciliación extrajudicial:** Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos. Mimeo. Lima: 1998.

PACLOT, Paul. Uma característica da mediação. **A arbitragem é um processo formal pelo qual as partes escolhem**. 17 Fev 2008. Disponível em: <http:// bibliotecadoservicosocial. blogspot.com/2008/02/concep>. Acesso em: 20 Out. 2015.

PENIDO, Laís de Oliveira. **Arbitragem: Instituto antigo com perspectivas revitalizadas**. São Paulo: LTR, 1998.

RAFFO, Thanaia. **Breves anotações sobre a arbitragem Lei 9307/96. A muito já se dizia que a arbitragem seria a solução para o século em que vivemos.** Disponível em: <jusvi.com/artigos/27863>. Acesso em: 09 Agos. 2015.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência.** São Paulo: Saraiva, 1999.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Aspectos do instituto da arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SIX, Jean-François. (traduzido por BARBOSA, Águida Arruda, NAZARETH, Eliana Riberti e GROENINGA, Giselle). **Dinâmica da mediação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TEIXEIRA, Paulo César Moreira. **A Nova arbitragem.** São Paulo: Síntese, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador.** Vol. 1. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.