

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO DIREITO DO ESTADO

Fernanda Candemil

ANÁLISE HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM
E SUAS VANTAGENS FRENTE À CRISE DO JUDICIÁRIO

Porto Alegre
2018

Fernanda Candemil

ANÁLISE HISTÓRICA E CONSTITUCIONAL DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM
E SUAS VANTAGENS FRENTE À CRISE DO JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como pré-requisito para
obtenção do título de Especialista em
Direito do Estado da Faculdade de
Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo
Dieder Reverbel

Porto Alegre
2018

RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal a análise do sistema de arbitragem. Na primeira parte analisa o seu histórico mundial e o seu histórico no direito brasileiro. Na segunda parte o trabalho analisa a constitucionalidade do instituto da arbitragem e, brevemente, o seu uso no direito administrativo e no direito tributário. Conclui que os benefícios da sua utilização refletem em uma diminuição de litígios na esfera judicial.

Palavras-chave: Arbitragem. Constitucionalidade da arbitragem. Histórico da arbitragem.

ABSTRACT

This article has as main objective the analysis of the system of arbitration. In the first part analyzes the world history and the Brazilian history. In the second part, the paper analyzes the constitutionality of the arbitration institute and the use inside administrative law and tax law. It is concluded that the benefit causes a significant decrease of law suits in judicial sphere.

Keywords: Arbitration. Constitutionality of arbitration. History of arbitration.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO MUNDO E NO BRASIL.....	8
3. O ASPECTO CONSTITUCIONAL E A EXTENSÃO DO USO DA ARBITRAGEM.....	21
4. CONCLUSÃO.....	39
5. REFERÊNCIAS.....	42

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem em seu sentido original e natural, tem por base a solução de conflitos entre particulares por meio de procedimento próprio, instituído pelos próprios litigantes. Nesse contexto, diversos doutrinadores estudam a utilização da arbitragem nas civilizações do passado, sua origem e seu desenvolvimento através das gerações e momentos históricos.

É possível perceber a construção de sistemas de conceitos comuns, de lógica e dialética comuns referente à arbitragem, no sentido histórico e internacional. Apesar de detalhes ou nomes diferentes, o significado e a finalidade identificam este instituto desde a antiguidade.

Em Roma, por exemplo, a arbitragem antecedeu a solução estatal jurisdicionalizada. Já na Grécia antiga, foi constatado em tratados, cláusula compromissória para solução pacífica de conflitos.

No Brasil, foi possível constatar o registro da utilização de arbitragem desde a época da colonização portuguesa. Antes disso, a arbitragem foi empregada a fim de solucionar um conflito entre Espanha e Portugal sobre as terras brasileiras, na época ainda colônia, previsto no Tratado de Tordesilhas. Entretanto, somente na Constituição do Império, em 1924, se concretizou expressamente a faculdade dos litigantes de nomear juiz-árbitro para decidir o conflito, no particular, se assim fosse convencionado.

No histórico das constituições brasileiras, a arbitragem quase sempre esteve presente, com maior ou menor destaque. Com a Constituição Federal de 1988 surgiu o debate sobre a constitucionalidade da arbitragem frente ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O princípio prevê que qualquer lesão ou ameaça de direito poderá ser analisada pelo Judiciário. Entretanto, por outro lado, a cláusula de arbitragem torna obrigatório o seu uso, se contraponto, em uma primeira visão, ao princípio citado, já que o caso não poderia ser revisado pelo Judiciário e nem homologado.

Entretanto, ao analisar mais detalhadamente o instituto, percebe-se que ele não ofende nenhuma norma da Constituição e nenhum dos princípios constitucionais, sendo plenamente concebido pelo atual ordenamento jurídico.

Um dos argumentos doutrinários que afirmam pela validade da arbitragem refere que somente seria inconstitucional se a Lei de Arbitragem vedasse à parte o

acesso ao Poder Judiciário, instituindo casos de arbitragem obrigatória. Na lei atual, somente há a permissão às partes sobre a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas.

Assim, o trabalho analisa os fundamentos da constitucionalidade do instituto e segue com a análise da extensão de sua aplicação na atualidade, em diversas esferas, frente à crise do judiciário.

Hoje, há mais processos ajuizados em um ano do que processos sentenciados. Não há magistrados e funcionários suficientes para resolver todos os processos com celeridade. Esse desequilíbrio é causa de pesquisa intensa para alcançar uma solução possível. É preciso levar em consideração os gastos públicos neste setor que, conscientemente, ainda não é o mais urgente – se comparado com a saúde e educação. Por isso, a resposta precisa ser eficiente, com um bom custo-benefício.

Uma das possíveis soluções para este problema atual é o incentivo à utilização do instituto da arbitragem. A arbitragem, como será visto a seguir, existe há muito tempo no sistema jurídico, entretanto, somente ao longo dos anos foi sendo mais utilizada. Proporcionalmente, ainda é muito pouco valorizada, sendo esquecida na maioria de situações que poderia ser usufruída.

Ainda, o uso da arbitragem também é possível em litígios em que a parte é a administração pública. Apesar de o uso ser mais restrito, há casos que o instituto é cabível e, nesses casos, os benefícios são relevantes para ambas as partes do conflito.

A maior vantagem da arbitragem é seu rito célere, grande problema atual para a população que busca o Estado para solução de litígios. Além disso, esse instituto não necessita de homologação pelo Judiciário e nem envolve gastos públicos. Em geral, ela traz benefícios tanto para o setor privado, quanto para o setor público, favorecendo a sociedade como um todo.

Assim, o trabalho a seguir pretende demonstrar a importância da utilização arbitragem frente ao congestionamento de processos e ao demasiado gasto de dinheiro público no Poder Judiciário.

2. BREVE HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO MUNDO E NO BRASIL

Com a formação de povos e civilizações e consequente início de relações pessoais mais complexas como trocas, negócios e comércio, foi sendo necessário criar formas para solucionar eventuais conflitos destas relações. Até então, a solução de litígios era resolvida por meio da força humana, com o confronto direto, situação convergente com o instinto natural do homem. Com o desenvolvimento e formação de um raciocínio mais racional, lentamente foi sendo implantada a figura do mediador, terceiro imparcial, escolhido entre sábios anciãos, para decidir sobre a lide. É possível encontrar essa figura nos registros pelos povos antigos do Egito, Babilônia, e pelos hebreus. Os babilônios, por exemplo, já se utilizavam do instituto a fim de solucionar conflitos de interesse no âmbito interno e no âmbito externo, quanto às cidades-estados.

Conforme Barrett e Barrett¹, no antigo mediterrâneo, o caráter consuetudinário do direito arbitral já era evidenciado há cerca de 3100 a.C., em um tratado entre o rei de Lagash, Eanatum, e os homens de Umma. Percorrendo a Ásia, encontra-se na Índia (500 a.C.) a figura do árbitro pacificador de conflitos conhecido pelo nome de Panch, e sua atividade, a arbitragem, por Panchayat, cuja sentença arbitral já adquirira naquela época status de imutabilidade.

Os fenícios (1200 a 900 a.C.), por seu turno, evoluíram nas práticas comerciais, aperfeiçoando a transação mercantil, situação que os elevaram a posição de expoentes do comércio internacional no mundo antigo, inovando na organização social em que valorizaram os empreendimentos econômicos. Uma das diferenciações foi a criação de zonas de livre comércio, ou seja, locais que eram portos de comércio neutros em questão política ou jurídica, independente de autoridades, favorecendo o livre comércio entre qualquer pessoa. Nesses locais, consequentemente, a arbitragem surgiu como uma forma a suprir a necessidade de solucionar conflitos entre os comerciantes e clientes, sem interferência de autoridades.

¹ BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph – A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. 1 st. Ed. San Francisco, CA, USA: A Wiley Imprint, 2004. p.09

O autor Pedro A. Batista Martins² afirma que a arbitragem foi praticada pelos povos desde a mais remota antiguidade como um meio de facilitar as relações, as quais pairavam a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião.

A Grécia, por crescer rapidamente e ter um grande diversidade cultural, política e religiosa, implantou a arbitragem como forma de solucionar problemas entre as cidades – Polis. Além disso, o doutrinador Nogueira Pinto³ considera como um marco da arbitragem na Grécia o tratado com cláusula compromissória assinado entre Atenas e Esparta, em 445 a.C.

O doutrinador Silva⁴ entende que na Grécia, antes da dominação romana, a arbitragem teve seu maior desenvolvimento. Os conflitantes tinham opção de submeter a discussão a um árbitro particular ou, ainda, a alguns tribunais que tinham juízes arbitrais, os quais se reservavam para resolver conflitos entre cidades gregas. Na Grécia antiga, muito era utilizado no direito internacional, principalmente entre diferenças raciais e religiosas, como os Bárbaros e os estrangeiros.

Durante o período Justiniano, na Grécia, há registros da arbitragem para embates de preços de compra e venda, locação e valores arbitrados.

Já com a expansão da Império Romano, a arbitragem ganha força por ser o meio utilizado pelo o povo romano com os povos conquistados. Conforme descrito pelo doutrinador Sálvio de Figueiredo Teixeira⁵, na Roma antiga havia a figura do pretor, o qual preparava a ação com o enquadramento da lei e explanava a elaboração da fórmula para repassar para o julgamento a ser realizado por um *iudex* ou *arbitier* (que não integrava o corpo funcional romano, mas era apenas um particular idôneo com a tarefa de julgar). Conforme descreve a Professora Georgette N. Nazo⁶:

O Juízo Arbitral, mais simples e mais aberto que a jurisdição togada – rígida e de fórmulas sacramentais – permitia ao árbitro decidir sem submeter a qualquer lei. O pretor impunha ao árbitro a obrigação de aceitar o julgamento da controvérsia: é o *receptur arbitri*. Inegável, pois, que o

² MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil. p.35.

³ PINTO, Luiz Roberto Nogueira. Arbitragem: a Alternativa Presente Para Descongestionar Poder Judiciário. p.21.

⁴ SILVA, Renato Luiz. A evolução da arbitragem no Brasil. Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1289/1229>. Data de acesso: 29/07/2017

⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. p. 25.

⁶ NAZO, Georgette .N. Arbitragem: um singelo histórico. p. 26.

procedimento arbitral trazia mais vantagens e só se recorria à justiça togada se a questão era boa, ou seja, se a parte interessada estava convicta do sucesso final.

Esse tipo de arbitragem inicial não vigorou nos anos seguintes em razão da elevação do poder e do controle do Império Romano, assumindo o Estado a função de solucionar os conflitos, através de um pretor nomeado pelo imperador.

Importante destacar que em Roma a justiça comum era um privilégio para os cidadãos, sendo acessível somente para nobres e sacerdotes.

Ainda, Sálvio de Figueiredo Teixeira⁷, em perfeita síntese, descreve a arbitragem, já mencionada, durante o Império Romano:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo per formulas. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinária* sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício. Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.

Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou *arbiter*, e as fases *in jure* e *apud judicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida do Imperador donde a caracterização da *cognitio* como *extraordinária*, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter extraordinário.

Na Idade Média, esse instituto teve grande destaque na medida em que surgiram muitos conflitos internacionais, os quais requeriam a mediação do Papado, já que não havia um ordenamento jurídico único, nem uma concentração de poder. Portanto, o Papa era o árbitro supremo e os bispos, como senhores de terras, acentuavam o uso da mediação. As penalidades aplicadas eram religiosas, tais

⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. p. 25

como a excomunhão (vedação de a pessoa tomar sacramentos por toda a vida) e o interdito (proibindo-se o sacramento em determinada cidade, ou suspendendo o ofício da missa). Conforme ia ocorrendo a independência das cidades no norte da Itália as quais estavam sob o domínio Lombardo, o uso da arbitragem entre comerciantes que escolhiam seus árbitros tornou-se mais intenso.

Também era comum, na idade média, um certo tipo de arbitragem na qual dois comerciantes entregavam, a um terceiro, uma folha de papel em branco, para que este último fizesse a estimativa do valor da coisa ou da mercadoria que pretendiam negociar. Assim como nos contratos mercantis e nos marítimos, havia cláusula compromissória para solução arbitral, somente indo o litígio a um tribunal judicial em caso de revelia ou se o árbitro não cooperasse. Dessa forma, originou-se a arbitragem internacional, a qual foi se constituindo pela prática reiterada, durante segunda metade do século XIX.

Na mesma época, no Oriente, Barrett⁸ destaca que durante a Dinastia Yi da Coreia (1392 a 1910), manteve-se ativa a arbitragem para resolução de conflitos civis e comerciais tão somente no âmbito interno, visto que estivera sob uma política isolacionista, impedindo o desenvolvimento das relações comerciais internacionais

Já na Idade Moderna, com a Revolução Francesa, a arbitragem tornou-se o instrumento ideal de reação contra os abusos da justiça do rei. Entretanto, em 9 de maio de 1806 foi promulgada a lei sobre arbitragem na França que desestimulou sua utilização por causa das rigorosas formalidades a que o instituto foi revestido.

Ainda, como exemplo, no fim do século XVIII, surgiu o Tratado de Jay (Tratado de Londres) que normatizou as relações políticas e econômicas entre Estados Unidos e Grã-Bretanha, entre as normas estabeleceu o meio da arbitragem para solucionar eventuais problemas entre os dois países.

Após começar a ser normatizada nos países, a arbitragem demandou algum tempo para ter a expressão e a importância que adquiriu a partir do século XIX até nossos dias, adquirindo as características e enfoques próprios ao direito internacional, quer público ou privado. Os Organismos internacionais como ONU e OEA, centros, associações privadas, dedicaram-se a elaborar tratados, protocolos, estudos e propostas para haver equilíbrio de certas normas aplicáveis a contratos

⁸ BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph – A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement. 1 st. Ed. San Francisco, CA, USA: A Wiley Imprint, 2004. p.09

internacionais e à arbitragem, a fim de diminuir as dificuldades entre países de *Civil Law* e de *Common Law*, já que apresentavam dicotomias de interpretação.

O autor Sálvio de Figueiredo⁹ complementa sobre o histórico da arbitragem em outros países:

Com as naturais vicissitudes e variações históricas, veio ela também a decair importância no Direito europeu-continental, ou civil-law, persistindo forte a técnica de composição puramente estatal dos conflitos. Mas subsistiu como técnica, em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do common law, o direito anglo-americano - marcado por profunda influência liberal, fincada no empirismo de Francis Bacon e de juristas do porte de Blackstone, Madison, Marshall, Holmes e Cardozo, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento -, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal, como observou com a acuidade de sempre Sidnei Agostinho Beneti, para quem "a arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir 'em sua modalidade contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais', experimentando-se desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país.

Nos Estados Unidos, a arbitragem foi utilizada desde cedo, e, por vezes, era realizada pela própria Corte, em substituição ao seu próprio julgamento. Assim surgiu a figura do "juiz de aluguel", em que há a submissão do conflito a um cidadão escolhido para julgar, sendo este, na maioria das vezes, um profissional respeitável na área do Direito.

Portanto, é possível perceber que desde o início da civilização a arbitragem foi o meio escolhido para viabilizar os acordos, negócios, relações em geral, tendo em vista que era assegurado um julgamento caso houvesse conflitos. Esse instituto tem grande valor social e histórico, pois significou como uma segurança das relações, dando continuidade e até mesmo impulsionando negócios mais arriscados, entre povos diferentes e relações internacionais.

Conforme o descrito histórico, a arbitragem teve seu auge com o poder do Estado enfraquecido, por ser uma prática entre particulares, sem intervenção estatal. Com a centralização e organização do poder do Estado, a prática da arbitragem foi

⁹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. p. 25

perdendo influência, já que o estado assumiu, na maioria dos países, a função jurisdicional para solução de conflitos internamente.

Entretanto, na política externa, a arbitragem teve um maior destaque, inserida na ideia de direito internacional, inclusive na idade moderna. O autor Francisco José Cahali¹⁰ destaca que o Tratado de Tordesilhas teve a definição de suas linhas divisórias traçadas por meio de arbitragem, segundo apontam historiadores.

Para um panorama histórico sobre a arbitragem, pode-se afirmar que a mesma é marcada pela oscilação constante entre uma máxima aproximação e um máximo afastamento da jurisdição.

No histórico do Brasil, o primeiro registro foi no ano de 1494, quando a arbitragem foi utilizada para resolver o conflito estabelecido entre Portugal e Espanha a respeito das terras da futura colônia brasileira, segundo previa o Tratado de Tordesilhas, e situação em que o árbitro foi o Papa Alexandre VI.

Entre 1603 e a promulgação da Constituição de 1824, a arbitragem foi utilizada na colônia brasileira conforme a Ordenações Filipinas, no Título XVI, Livro II – Dos Juízes Árbitros.

Apesar de ter relatos da utilização da arbitragem na época da Colônia, a sua inserção no sistema jurídico brasileiro foi constatada no Assento de 1644 e depois na Constituição Política do Império, em 1824, em que era previsto para resolução de conflitos em algumas situações, nos termos do seu artigo 160: *“Nas causas cíveis e penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”*.

Logo em seguida surgiram as primeiras normas que tornaram a arbitragem compulsória para os casos específicos- uma resolução, editada em 1831, que regulava controvérsias relativas a seguros e a Lei n.º 108, de 11 de outubro de 1837, que regulava questões de locação de serviços.

Em 1850, com a promulgação do Código de Comércio Brasileiro, a arbitragem materializa-se para questões relativas ao direito comercial – na parte de societário e contratual. A partir deste primeiro regulamento, a arbitragem começou a ter mais destaque e também ser obrigatória em alguns casos, como, por exemplo, para litígios entre sócios de uma empresa e para contratos de locação mercantil. Nesse momento, os doutrinadores da época já estudavam e contrariavam a obrigatoriedade

¹⁰ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.p.30

da arbitragem, no sentido de ser inconstitucional. A partir desse debate inicial doutrinário, em 1866, o caráter obrigatório foi extinto através da Lei n.º 1.350 que alterou o código comercial, mantendo a sua utilização como uma opção.

A Constituição Republicana, em 1891, não previu expressamente o instituto da arbitragem para particulares, entretanto, de forma a incentivar, incluiu, através Emenda Constitucional de 1926, a sua utilização para resolução de conflitos com outros Estados soberanos. A previsão da arbitragem é discreta, sendo citada no artigo nº 34, o qual define a competência do Congresso Nacional de autorizar o Governo a declarar guerra caso não “lograr ou malograr-se o recurso do arbitramento”.

A arbitragem ressurgiu no Código Civil brasileiro, em 1916, Lei nº 3.071, expressamente entre os artigos nº 1.037 a nº 1.048, os quais previam, entre outras normas, que “pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais e extrajudiciais”; também que “os árbitros são juízes de direito e de fato, não sendo sujeito o seu julgamento a alçada ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes”.

No ano de 1923, o Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil assinou o Protocolo de Genebra relativo a cláusulas arbitrais aplicadas a Arbitragem Comercial Internacional, sendo ratificado em 22 de março de 1932, e publicado em março do mesmo ano pelo Decreto n.º 21.187. O Decreto prevê, em sua primeira disposição, que os Estados contratantes reconhecem a validade da arbitragem, pela qual as partes contratantes se obrigam, ainda que a arbitragem deva se verificar em um país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes do contrato.

O Protocolo de Genebra foi o primeiro e por muito tempo o único ato internacional aderido pelo Brasil que previa a utilização da arbitragem entre particulares.

Com a Constituição de 1934 a arbitragem mercantil voltou a ser priorizada, pois o artigo 5º, inciso XIX, alínea c, definiu a competência da União para legislar sobre as normas fundamentais da “arbitragem comercial”. Apesar disso, tal regulamentação não foi realizada durante a vigência dessa Constituição, ocasionando a perda de objeto dessa norma constitucional.

A arbitragem é mantida no texto constitucional da Constituição seguinte, em 1946, entretanto com o mesmo sentido da Constituição de 1891, ou seja, como meio de se evitar possíveis guerras: “O Brasil só recorrerá à guerra, se não couber ou se malograr o recurso ao arbitramento ou aos meios pacíficos de solução do conflito, regulados por órgão internacional de segurança, de que participe; e em caso nenhum se empenhará em guerra de conquista, direta ou indiretamente, por si ou em aliança com outro Estado”. A novidade foi ao estabelecer que a arbitragem fosse regulada por órgão internacional de segurança.

Entretanto, a Constituição de 1946 foi a primeira a inserir no texto constitucional o princípio da inafastabilidade jurisdicional, e, a partir disso, iniciaram vários questionamentos acerca da validade e constitucionalidade da arbitragem, pois com a utilização da arbitragem, as partes não poderiam submeter o conflito ao Judiciário, contrariando, assim, o princípio constitucional. Contudo, durante a vigência desta Constituição as decisões arbitrais necessitavam de homologação judicial para ter validade. Por isso a crítica quanto à constitucionalidade não prosperou, uma vez que era possível rever as decisões durante a homologação.

A Constituição de 1967 manteve o sentido da norma da arbitragem da Constituição anterior, através do artigo nº 7º: “Os conflitos internacionais deverão ser resolvidos por negociações diretas, arbitragem e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participe”. Discussões surgiram a respeito da constitucionalidade da utilização da arbitragem entre particulares, já que a Carta Magna era omissa quanto a esse ponto. O doutrinador José Cretella Neto¹¹ afirma que nos anos de 1969 a 1973 o Supremo Tribunal Federal entendeu ser a arbitragem passível de utilização até mesmo pelo Estado :

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, que se pronunciou pela admissão de que o próprio Estado poderia submeter-se à decisão de um tribunal de arbitragem, desde que não se tratasse de matéria relativa à sua soberania (Decisão publicada em 13.06.1969, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 52, pp. 168, 171 e segs.; em mais detalhes, publicação de 14.11.1973, vide Revista Trimestral de Jurisprudência nº 68, pp. 382, 384, 391 e segs.).

¹¹ CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.p. 23

O Código de Processo Civil de 1973, em comparação às normas de arbitragem estabelecidas pelo código processual de 1939, destacou o Capítulo XIV, Do Juízo Arbitral, a fim de regular especificamente a matéria, mas que foi expressamente revogado pela Lei n.º 9.307/1996- a Lei de Arbitragem.

Antes da promulgação da Lei de Arbitragem, foram expedidos dois decretos ratificando convenções internacionais sobre arbitragem, em 1995: O Decreto n.º 90, de 12 de junho de 1995, o qual ratificou a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, assinada pelo Brasil no Panamá em 1975; e o Decreto n.º 93, no dia 20 de junho de 1995, o qual ratificou a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, assinada em Montevideu no ano de 1979.

Enfim, com a sanção da Lei número 9.307 de 23 de setembro de 1996, a arbitragem foi finalmente regulamentada no sistema jurídico brasileiro, com recepção plena pela Constituição de 1988.

Importante destacar, ainda, que no dia 23 de julho de 2002, foi promulgado o Decreto Federal n.º 4.311, ratificando a Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, a Convenção de Nova Iorque, assinada pelo Brasil no ano de 1958, a qual é considerada imprescindível para o uso da arbitragem internacional. Ainda, na esfera internacional, em 04 de junho de 2003 foi expedido o Decreto n.º 4.719, o qual ratificou o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, cujo objetivo é regular a arbitragem entre as pessoas de direito privado dos países signatários.

Ademais, o novo Código de Processo Civil, publicado em 2015, consolidou o uso da arbitragem ao destacá-la em diversos dispositivos, sempre ressalvado o seu uso, bem como inovou ao priorizar o uso da mediação, o qual deverá sempre ser utilizado como tentativa de acordo antes mesmo da contestação.

Em síntese, portanto, conclui-se que até o advento da Lei de Arbitragem n. 9.307/96, o legislador brasileiro empregava obstáculos antes referidos no Código Civil de 1916, no CPC de 1939 e no CPC de 1973: diante da omissão de uma norma sobre a cláusula compromissória, a jurisprudência brasileira desprestigiava-a, excluindo a execução específica da arbitragem, bem como obrigava a homologação

da sentença arbitral para que ela produzisse os mesmos efeitos de uma sentença judicial.

De modo semelhante, Bonato¹² descreve o direito comparado na França e Itália:

Na França a ausência de uma disciplina legislativa expressa no CPC de 1806 acerca da cláusula compromissória levou a Corte de Cassação a declarar a nulidade dessa forma de convenção em um célebre acórdão de 1843 (arrêt Prunier). De outro lado, na Itália, onde a cláusula compromissória era admitida pela jurisprudência na ausência de uma disciplina normativa específica, vigorava, todavia, a regra da homologação obrigatória da sentença arbitral, segundo a qual a eficácia jurídica da decisão proferida pelos árbitros estava necessariamente ligada a um provimento judicial posterior, como dispunha o art. 24 do CPC italiano de 1865 e, posteriormente, o art. 825 do CPC italiano de 1940.

Nos anos oitenta, países da Europa começaram a regularizar o instituto da arbitragem e, conseqüentemente, a incentivar o seu uso, a fim de atrair o desenvolvimento dos procedimentos internacionais no próprio território, priorizando, assim, a autonomia, independência, liberalismo, eficácia e efetividade da arbitragem. Bonato¹³ ressalta que a França foi tomada, na maioria das vezes, como modelo para os demais legisladores europeus; exemplifica, ainda, as leis criadas, todas na mesma época, por países da Europa:

Nessa linha, sem pretendermos ser exaustivos, é importante lembrar as seguintes reformas do direito arbitral, aprovadas nos anos setenta e oitenta: a belga de 1972 (Lei de 4 de julho de 1972), parcialmente alterada com a Lei de 27 de março de 1985, a inglesa de 1979 (Arbitration Act de 4 de abril de 1979), a francesa de 1980 (decretos n. 354, de 14 de maio de 1980 sobre a arbitragem interna, e n. 500, de 12 de maio de 1981 sobre a arbitragem internacional), a italiana de 1983 (Lei n. 28, de 9 de fevereiro de 1983), a austríaca de 1983 (Lei de 2 de fevereiro de 1983), a holandesa de 1986 (Lei de 2 de julho de 1986), a portuguesa de 1986 (Lei n. 31, de 29 de agosto de 1986), a suíça de 1987 (Lei federal de direito internacional privado n. 291, de 18 de dezembro de 1987), a espanhola de 1988 (Lei n. 36, de 5 de dezembro de 1988). Ademais, vale recordar a elaboração da Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 21 de junho de 1985 (posteriormente alterada em 2006) como um importante passo favorável à consolidação do instituto.

¹² BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. 2013. p. 7

¹³ BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. 2013. p. 12

O Brasil somente começou a evoluir e a desenvolver a arbitragem após a promulgação da Lei específica que regulamentou-a para ter sua eficácia equivalente a uma sentença judicial, não se sujeitando a posterior homologação pelo Poder Judiciário. Conforme o artigo 31 da Lei de Arbitragem, *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*. Ao mesmo tempo, a arbitragem é plenamente concebida pela atual Constituição, pois consiste em uma opção para o interessado e não uma obrigação. Trata-se de um instituto independente e inovador, cujo árbitro é qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

Ricardo Ramalho de Almeida¹⁴ afirma que: “Com o advento da Lei nº. 9307, de 23 de setembro de 1996, o Brasil ingressou no rol dos países que adotam, efetivamente, a arbitragem como meio de solucionar controvérsias em substituição à atuação exclusiva do Poder Judiciário estatal”

Há o entendimento de que o florescimento da arbitragem começou somente após o Supremo Tribunal Federal ter declarado, em sede de controle difuso, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem de 9.307/1996, no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206-7 em 12 de dezembro de 2001. Esse pronunciamento do STF “deu a verdadeira largada na nova experiência da arbitragem brasileira”, como salientam Huck e Amadeo¹⁵.

Nos ensina Tânia Muniz¹⁶:

Atualmente a Lei 9307/96 regula a matéria nas questões cíveis e processuais (...). Suas disposições abrangem toda a arbitragem desde sua capacidade para realizar a convenção arbitral até a instalação e decisão do juízo arbitral, assim como as normas referentes ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras.

Entretanto, no Brasil, apesar de, na maioria dos casos, ser facultativa a escolha, o costume dos cidadãos é de buscar o auxílio do Poder Judiciário para solucionar o litígio. Ocorre que com essa prática, o Poder Judiciário necessita de

¹⁴ LOBO, C.A. de Oliveira; Coordenador Ricardo Ramalho Almeida. Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 417.

¹⁵ HUCK, Hermes Marcelo Huck; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, Árbitro: juiz de fato e de direito, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40, 2014, p. 181

¹⁶ MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a lei 9307/96. Curitiba: Juruá, 1999. p. 44.

muito dinheiro público para funcionar corretamente, e, mesmo assim, ainda não consegue ser efetivo para solucionar os casos em um tempo razoável.

Nesse contexto, seria interessante a população retornar à escolha da arbitragem para solucionar conflitos, pois, tendo em vista que é privado, geraria menos custos públicos e duraria menos tempo para um julgamento.

Por outro lado, há doutrinadores que exaltam os defeitos deste instituto, como o laudo arbitral que possui margem para erro ou a possível falta de imparcialidade no árbitro, assim como a possível falta de especialidade (já que este pode ser qualquer pessoa capaz, escolhida pelas partes).

De qualquer forma, o instituto da arbitragem foi se aperfeiçoando ao decorrer dos anos, devendo ser valorizada e divulgada, sendo lembrada como uma interessante forma de solução de conflitos, principalmente no cenário atual do Poder Judiciário brasileiro.

Na opinião de Casella¹⁷: “A nova lei de arbitragem brasileira tem como principal objetivo mudar a atitude dos brasileiros na maneira de resolver seus litígios de ordem patrimonial, pois já não é possível ficar esperando que a justiça estatal solucione todas as pendências privadas”. No mesmo sentido concorda Tânia Muniz¹⁸:

A nova lei é um avanço, adequando o Brasil às normas internacionais delineadoras do instituto, como a Convenção de Nova York e a Lei Modelo Uncitral, e aos Tratados firmados pelo Brasil na área de solução pacífica de controvérsias (Protocolo de Genebra, Convenção do Panamá, Protocolo de Brasília e de Buenos Aires). Com isso veio a colocá-lo na vanguarda das legislações mundiais, facilitando, no seu seio, o incremento das relações comerciais internacionais.

Com o advento da Lei de arbitragem, esse instituto revitalizou e tornou mais acessíveis e disponíveis essas medidas regulamentam um processo alternativo de solução de controvérsias no tocante a direitos patrimoniais disponíveis, as quais vêm se comprovando eficientes frente à chamada “Crise do Poder Judiciário”. Tal crise possui fundamento tendo em vista que o Sistema Judiciário enfrenta um número exorbitante de ações em andamento e em processo de distribuição nas primeiras e

¹⁷ ARAUJO, Nadia de...[et al]; Coordenador Paulo B. Casella. Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p.133.

¹⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9307/96. Curitiba: Juruá, 1999. p. 181.

segundas instâncias de seus tribunais, como também o próprio trâmite recursivo e burocrático, natural do processo judiciário nacional.

3. O ASPECTO CONSTITUCIONAL E A EXTENSÃO DO USO DA ARBITRAGEM

A Constituição Federal de 1988 assegura expressamente que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, em seu artigo 5º, inciso XXXV¹⁹. Com esse dispositivo, há a consagração do princípio da inafastabilidade da jurisdição, o qual efetiva a proteção judicial a qualquer momento, sem que haja óbice pelo processo administrativo, salvo exceções.

Assim, o processo administrativo torna-se uma forma facultativa de primeira tentativa de resolução de conflito, mas que de jeito nenhum deve ser interpretado como um requisito para o ingresso de ação judicial. A Constituição Brasileira atual, diferentemente da anterior, afastou a necessidade da chamada jurisdição condicionada ou instância administrativa de curso forçado, sendo pacífico o entendimento da inexigibilidade de exaurimento das vias administrativas para ter a apreciação do judiciário. Segundo Clèmerson Merlin Clève²⁰:

A Constituição Federal de 1988 prestigiou o Poder Judiciário. Concedeu a esse Poder o monopólio da função jurisdicional. Não há mais autorização para a criação de contenciosos administrativos, como ocorria na Constituição revogada.

Até mesmo, porque, pelo nosso atual sistema jurídico, a coisa julgada somente é alcançada através do Poder Judiciário. Dessa forma, a ação judicial é o instrumento capaz de resolver de conflitos com uma decisão definitiva, a qual transita em julgado.

Assim, o direito fundamental à ação é uma faculdade garantida pela Constituição, baseando-se em deduzir uma pretensão em juízo e em receber uma decisão justa pela sentença de mérito, sempre pautado nos princípios do devido processo legal²¹. Frisa-se que a atividade jurisdicional visa resolver tanto a lesão

¹⁹ CF, art. 5º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”;

²⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional- 2. ed. rev., atual e ampl.- Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 175

²¹ O devido processo legal consiste na observância de normas e princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório, o juiz natural, a publicidade dos atos processuais, a duração razoável do processo, a motivação das decisões, entre outros.

quanto a ameaça de direito, de forma que há, também, a legitimação do poder geral de cautela expressado processualmente pela concessão de medidas liminares²².

Conforme o doutrinador Alexandre de Moraes²³, após a provocação do Poder Judiciário, este tem a função e dever de dar andamento e efetividade na demanda:

Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independente de lei especial que a outorgue.

Não se pode contrariar que o princípio da inafastabilidade da jurisdição trouxe uma maior efetividade para a resolução de conflitos, a qual se tornou menos burocrática, já que dispensa a prévia análise administrativa.

Conseqüentemente, a jurisdição é interpretada pelo senso comum como a forma mais eficaz de resolução de conflitos, principalmente pelo rápido acesso inicial e pela imparcialidade – sendo esta última difícil de verificar-se no âmbito processual-administrativo, pelo fato de o órgão administrativo ser ao mesmo tempo parte interessada e julgador.

Este é um dos motivos para que haja uma grande quantidade de processos em todos os juízos e tribunais do Brasil, geradora de grandes gastos públicos para a sua manutenção e concretização. Outro fator é a falta de servidores públicos e julgadores que dariam conta desse elevado número. Entretanto, quanto mais servidores, maiores as despesas públicas que poderiam ser destinadas a outros ramos que clamam por maior urgência na sociedade.

Para fins de ilustração, no Judiciário do Rio Grande do Sul tramitam quatro milhões e quinhentas mil ações judiciais, conforme pesquisa realizada, em 2016, pelo Conselho Nacional de Justiça²⁴. A fim de aumentar a produtividade e conseguir julgar mais processos, o Tribunal do Rio Grande do Sul adotou diversas medidas, as quais obtiveram êxito e reconhecimento pelo Conselho Nacional de Justiça – que inclusive publicou a matéria com o seguinte título: *Justiça gaúcha julgou mais*

²² ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 104.

²³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional-12. ed. – São Paulo: Atlas, 2002. p.103

²⁴ <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81410-justica-gaucha-julgou-mais-processos-do-que-recebeu-durante-2015> Data de acesso: 17/05/2017.

*processos do que recebeu em 2015*²⁵. Não se pode negar que foi uma grande conquista, visto que não alcançava tal meta há 10 anos.

A matéria destaca que as medidas utilizadas pelo Tribunal foram focadas para a desjudicialização, como as práticas de mediação e conciliação e projetos de solução direta entre consumidores e empresas. É possível perceber que mesmo com essas medidas, sediadas pelo Judiciário, o avanço para a desjudicialização é lento, até porque há, em um primeiro momento, a busca pela ação judicial, que, em seguida, pelo incentivo do Tribunal, é solucionada por outros meios – como os citados acima.

Apesar de ser uma boa alternativa, esse plano ainda envolve muitos gastos públicos, desde o planejamento interno, contratação de profissionais qualificados para promover a conciliação/mediação, até a promoção do incentivo à utilização dessas medidas.

Atualmente, o instituto da arbitragem ainda é o mais indicado para amenizar a situação do Judiciário quando visualizamos o cenário geral. Se houvesse valorização e maior utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos, conseqüentemente haveria um beneficiamento tanto para a sociedade, quanto para o próprio particular.

Para a sociedade, no sentido de que haveria menos gastos com o Judiciário, possibilitando que esses valores fossem destinados a outros setores públicos deficientes, e, inclusive, em setores que violam direitos fundamentais, por exemplo, na área da saúde - como forma de solucionar, previamente, futuros conflitos judiciais. Para o particular, no sentido de que seu conflito se resolveria brevemente, sem a demora do Judiciário.

Ressalta-se também que na arbitragem há uma maior privacidade para as partes interessadas, uma vez que não precisa seguir o princípio da publicidade – em que o processo e seus procedimentos podem ser vistos e analisados por qualquer cidadão, em regra.

Nos ensinamentos de Gilmar F. Mendes, Inocêncio M. Coelho e Paulo Gustavo G. Branco²⁶, explicam que, a princípio, a Constituição Federal prevê o

²⁵ <http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81410-justica-gaucha-julgou-mais-processos-do-que-recebeu-durante-2015> Data de acesso: 17/05/2017.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 543.

monopólio do Poder Judiciário para reparação de lesão ou ameaça de direito, mas que pela legislação atual, a arbitragem é plenamente recepcionada:

Com o advento da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96) abriu-se uma nova via de resolução alternativa de conflitos, alheia à jurisdição estatal. A arbitragem consiste em mecanismo extrajudicial de solução de controvérsia arbitral (cláusula compromissória e compromisso arbitral), uma ou mais pessoas de poderes decisórios para resolver seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Tendo em vista a breve explicação acima, tem-se como grande diferencial da arbitragem a sua eficácia de sentença judicial, não se sujeitando a posterior homologação pelo Poder Judiciário. Conforme o artigo 31 da Lei de Arbitragem, *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*. Ao mesmo tempo, a arbitragem é plenamente concebida pela atual Constituição, pois consiste em uma opção para o interessado e não uma obrigação. Trata-se de um instituto independente e inovador, cujo árbitro é qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

O princípio da autonomia da vontade é o principal fundamento que sustenta a constitucionalidade da arbitragem, caracterizando-se pela liberdade contratual, como melhor convir pelas partes, mediante acordo de vontades²⁷. Tendo em vista esse princípio, não se poderia proibir as partes de buscarem meios, fora do Judiciário, para alcançar a resolução de conflitos, sendo totalmente possível a renúncia do acesso à via judicial.

Nessa mesma linha, é necessário distinguir a atividade jurisdicional da via judicial. Nelson Nery Junior²⁸ esclarece que a inconstitucionalidade é verificada na exclusão, pela lei, da apreciação de lesão ou ameaça de direito pelo Judiciário, não sendo o caso do juízo arbitral. A exclusão encontrada no compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. A lide será resolvida pela justiça arbitral ao invés da justiça estadual. Em ambas há a atividade jurisdicional. Ainda ressalta

²⁷ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 27 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011. p. 40.

²⁸ NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo. 9ª. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 162.

que seria *inconstitucional a LArb*²⁹ se vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem obrigatória. Como não o fez, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às partes a escolha entre o juiz estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas. Nesse mesmo raciocínio, Tânia Lobo Muniz³⁰ defende que o Estado não possui o monopólio da justiça, sendo possível a sociedade desenvolver essa atividade, exercendo a cidadania e o direito à liberdade.

Mesmo com teses que acenam a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, a mesma permanece inabalável, tendo em vista que as opiniões que defendem sua constitucionalidade são muito razoáveis e encontram amparo no próprio ordenamento jurídico pátrio. Tal afirmação fica demonstrada nas palavras de Nilton Costa³¹:

Portanto, é indubitável a constitucionalidade da lei 9307/96, o que se justifica pelas razões sucintamente lançadas: a) desmistificação do monopólio estatal da jurisdição, que também se estende aos árbitros; b) autonomia da vontade para acionar ou renunciar a jurisdição estatal (opção do jurisdicionado); c) as partes podem dispor livremente dos bens patrimoniais; d) a própria lei de arbitragem admite em seu bojo mecanismo de intervenção do Poder Judiciário em determinadas circunstâncias, v.g nulidade, execução forçada, direitos indisponíveis, efetivação das tutelas de urgência (art. 22, §§ 2 e 4, 32 e 33 e parágrafos, todos da Lei 9307/96); e) em caso de recalcitrância por parte daquele que contratou a cláusula compromissória, o compromisso da arbitragem deve ser realizado judicialmente (art. 7).

O debate acerca da constitucionalidade foi levado ao Supremo Tribunal Federal, em incidente de inconstitucionalidade argüido por membro da própria Suprema Corte, com fundamento contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Doutrinadores criticam que esse incidente foi motivado implicitamente por questões substancialmente de ordem conservadora, ideológica e cultural. A decisão da Corte ocorreu no ano de 2001, julgando por sete votos a quatro, a Lei de Arbitragem como constitucional. A corrente vencedora concluiu que

²⁹ LArb é nomenclatura para a Lei de Arbitragem nº 9.307 de 1996.

³⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. 6ª ed. - Curitiba: Juruá, 2006, p. 59.

³¹ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes dos árbitros: de acordo com a Lei 9307/96, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 52

a Lei e um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, o qual, inclusive demorou para regular a arbitragem se comparado com outros países.

O Ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que se trata de direitos patrimoniais e, portanto, são disponíveis. Segundo ele, as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça: "O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever."

O informativo divulgado pelo Supremo Tribunal Federal³² sintetizou o julgado e descreveu muito bem os entendimentos firmados pelos Ministros:

O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42.

Ressaltando na mesma linha de fundamentação dos doutrinadores já citados, Carreira Alvim³³, descreve:

De inconstitucionalidade poder-se-ia falar, se a lei houvesse instituído a arbitragem obrigatória (ou coativa), pois esbarraria no art. 5º, XXXV, da Constituição, afrontando o princípio da inafastabilidade, ao vedar as partes o acesso ao juízo judicial, impondo-lhes o juízo arbitral. Mas, felizmente, não é o que acontece, porquanto a nova Lei de Arbitragem mais não faz do que o Código Civil, ao facultar aos

³² <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo254.htm#Ju%C3%ADzo%20Arbitral:%20Constitucionalidade> Acesso em 15/06/2018

³³ ALVIM, J.E. Carreira. Direito Arbitral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 28

interessados prevenirem ou terminarem litígio mediante concessões mútuas. (art. 840).

O doutrinador Joel Dias Figueira Junior³⁴ aclara esta questão explicando que o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição está integralmente preservado no novo regime jurídico da arbitragem, ao passo que existe a faculdade concedida às partes, por mútuo acordo, de optarem e convencionarem a solução de determinados conflitos atuais ou futuros por intermédio de juízo arbitral.

A importância desse instituto também é verificada pela Lei de Processo Civil, em que está prevista a extinção do processo sem resolução de mérito se houver convenção de arbitragem preestabelecida entre as partes. Assim, o Estado não pode intervir sobre o conflito para não romper o acordo feito previamente entre os litigantes.

Adentrando nos detalhes da arbitragem³⁵, percebe-se que ela pode ser instituída previamente ao conflito, através da cláusula compromissória, ou após o surgimento da lide, através do compromisso arbitral. Ainda, o procedimento arbitral a ser seguido poderá ser deliberado entre as partes, tornando-o flexível segundo o tipo de litígio, o que produz maior efetividade para a sua solução.

A Lei ainda confere expressamente força vinculante à contratação da arbitragem antes do advento do litígio; faculta às partes escolher livremente as regras de direito aplicadas para o julgamento e processamento da arbitragem desde que não haja afronta aos bons costumes, ordem pública e aos princípios constitucionais que norteiam o processo civil; o laudo arbitral possui eficácia equiparada ao título executivo judicial; a cláusula compromissória é considerada autônoma em relação ao contrato, não implicando na nulidade da referida cláusula caso haja nulidade no contrato; reconhece o laudo arbitral estrangeiro como título executivo judicial.

Além disso, as partes em litígio escolhem os árbitros com ampla liberdade, figurando o árbitro como um juiz de fato, já que aplica as normas legais no caso concreto. Tanto os juízes estatais quanto os árbitros são investidos de suas funções pelo povo; o primeiro indiretamente, já o segundo diretamente, podendo ser árbitro qualquer pessoa natural, civilmente capaz e que tenha a confiança das partes.

³⁴ FIGUEIRA Jr, Joel Dias. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional. São Paulo: LTr, 1999. p. 41.

³⁵ Lei 9.307/1996

A eficácia da Lei trouxe aos cidadãos uma certa liberdade ao possibilitar a escolha de resolução de conflitos, conforme Nádia de Araújo³⁶ aborda:

A nova lei brasileira orientada para privilegiar a vontade da parte, dá realce a esta vertente significativa da liberdade, que é a autonomia da vontade. Nela se assenta, como negócio jurídico, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória, seja o compromisso, conferindo-se à arbitragem uma natureza privada e jurisdicional, ao mesmo tempo. Com efeito, como fruto da manifestação da vontade, a convenção de arbitragem expressa, em primeiro lugar, uma escolha, uma opção, pela qual as partes deixam de lado a jurisdição estatal, substituindo-a pela jurisdição arbitral, que vai dizer o direito para a solução da controvérsia.

Essa mesma liberdade traz consequências e obrigações àqueles que se comprometem com a convenção de arbitragem, já que esta, após estabelecida se torna obrigatória entre as partes. Ao mesmo tempo, a intervenção estatal é reduzida ao mínimo, já que pela Lei a sentença arbitral equivale à sentença judicial. Assim, percebe-se uma grande autonomia conferida à arbitragem, a qual, as partes precisam estar cientes ao optarem por ela.

Assim, a Lei 9307/96 transformou o instituto da arbitragem em verdadeira alternativa à jurisdição tradicional, de forma a propiciar aos cidadãos a rápida, eficaz e pouco onerosa solução de conflitos de interesses, realizada pelos próprios cidadãos, com atuação instrumental e adjetiva do Estado. É possível considerá-la como uma adaptação na nossa ordem jurídica interna à realidade da sociedade moderna, respeitando o sentimento humano de justiça.

Em um artigo escrito por Jorge Amaury Maia Nunes³⁷, é citado o professor Inglês Terence Ingman³⁸, quem explana as vantagens das chamadas *Alternative Dispute Resolution*³⁹- onde encontra-se incluída a arbitragem:

(i) a desescalada⁴⁰ das disputas, mesmo quando elas não são resolvidas; (ii) o alívio da pressão sobre os órgãos jurisdicionais, pela redução dos litígios que lhes são submetidos; (iii) maior confidencialidade para as partes; (iv) a

³⁶ ARAÚJO, Nádia de... [et al]; Coordenador Paulo B. Casella. Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 115.

³⁷ <http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem>

Data de acesso: 22/05/2017

³⁸ The English Legal Process. United Kingdom: Oxford University Press, Thirteenth Edition, p. 83/90.

³⁹ O conceito de *Alternative Dispute Resolution* seriam métodos de resolução de litígios de uma forma que não envolva o processo de julgamento normal (tradução livre).

⁴⁰ Expressão que significa fugir da progressividade do conflito.

disponibilidade ou flexibilidade de soluções (nem sempre ao alcance dos órgãos do Judiciário, que somente podem decidir por equidade quando autorizados pela lei); (v) economia de custos; (vi) menos stress dado o menor grau de intensidade do conflito.

Mesmo a Inglaterra possuindo problemas diferentes em seu sistema jurídico, percebe-se que a arbitragem é tão inovadora e adaptável que faz-se de grande importância em diversos países, cada qual valorizando um benefício diferente. As vantagens citadas acima pelo Professor Terence Ingman dão um alcance maior do que o analisado até o momento, principalmente a chamada desescalada e o grau de stress menor. Esses dois elementos, se bem analisados, também influenciam para o próprio bem-estar da população, no sentido de que a resolução de conflitos seria algo simples e fácil de resolver, não gerando maiores problemas e irritações.

Por outro lado, há doutrinadores que destacam os defeitos do instituto da arbitragem, relativizando o seu uso e sua emersão.

Miguel Carlos Teixeira Patrício⁴¹ exalta a incapacidade do procedimento arbitral gerar precedentes e de criar regras impositivas que vinculem terceiros. Tal fator se dá pelo fato de o juiz arbitral não expressar opiniões, bem como por não possuir uma segunda instância de julgamento.

Ainda, é possível referir que assim como a sentença judicial, o laudo arbitral possui margem para erro, já que esta é uma possibilidade inerente ao ser humano – no caso o árbitro. Ocorre que pelo fato de não existir esfera recursal, a decisão prolatada pode ter falha irreparável.

Por outro lado, outros encaram essa peculiaridade como uma qualidade do procedimento por não ser possível a protelação da decisão com diversos recursos, situação que não raro ocorre no judiciário. Nesse sentido descreve Carreira Alvim⁴²:

Além disso, o duplo grau de jurisdição não tem lugar em sede arbitral, afastado que é pela própria lei, quando diz que a sentença arbitral não está sujeita a recurso (art. 18, LA⁴³); e afastado o recurso, afastam-se todos os inconvenientes que são conseqüências dele. Apenas os embargos arbitrais podem retardar a prestação arbitral, mas

⁴¹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina. 2005.p. 140.

⁴² ALVIM, J.E. Carreira. *Direito Arbitral*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 55

⁴³ 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.

justificam-se por possibilitarem a correção ou integração da sentença (art.30, LA⁴⁴). Na arbitragem nenhum recurso é cabível, nem mesmo de decisões interlocutórias, que ficam também, por força da própria lei, subtraídas do sistema de preclusão (art.20, § 2º LA⁴⁵).

Por fim, alguns doutrinadores ainda destacam a possível falta de imparcialidade no árbitro, assim como a possível falta de especialidade, já que este pode ser qualquer pessoa capaz, escolhida pelas partes. A lei é omissa quanto a requisitos para escolha de árbitro e sua avaliação, podendo surgir problemas relacionados a essa questão ao longo do procedimento.

Nesse sentido, Sérgio Tostes⁴⁶ afirma que pela reserva de mercado, é possível que o mesmo árbitro atue repetidamente em processos de conhecidos, empresas, ou até mesmo como outra função.

Ainda, assim, o doutrinador Costa⁴⁷ ressalta a importância da arbitragem atualmente:

A arbitragem, na atualidade, em razão de diversos fatores dentre eles, os principais: a) mundo globalizado, b) comércio intensificado entre as nações, c) ineficiência do estado na composição dos conflitos internos e externos que envolvam direitos disponíveis; d) valorização do tempo etc., vem assumindo papel preponderante na solução de certos conflitos, não eximindo, portanto, as funções essenciais do estado nesse mesmo âmbito, no que se refere aos direitos indisponíveis, de alta relevância social.

Quanto à extensão da utilização da arbitragem, percebe-se que esta vem conquistando espaços lentamente dentro das esferas do sistema jurídico brasileiro. A sua utilização pela Administração Pública, por exemplo, como forma de solucionar

⁴⁴ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I – corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II – esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de 10 (dez) dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

⁴⁵ Art. 20. [...] § 2º Não havendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão de Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

⁴⁶ TOSTES, Sergio. Revisão necessária: Lei de Arbitragem tem de estar adaptada à realidade. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/sergio-tostes-lei-arbitragem-estar-adaptada-realidade>>. Acesso em: 20/06/2017.

⁴⁷ COSTA, Nilton César Antunes da. Poderes dos árbitros: de acordo com a Lei 9307/96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

conflitos ainda é controversa. Somente em 2015, após ampla discussão, a Lei nº 13.129 de 2015, alterou a Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 1996, prevendo expressamente nos parágrafos primeiro e segundo do artigo primeiro⁴⁸ a utilização do instituto pela Administração direta e indireta.

Apesar dessa alteração, doutrinadores mais conservadores, com base nos princípios da administração pública, principalmente, o princípio da não disponibilidade do interesse público e da legalidade, são receosos quanto à possibilidade do uso da arbitragem, sob o fundamento de que é necessário a autorização explícita na lei para a sua utilização, bem como o procedimento a ser adotado com particularidades direcionadas ao Poder Público como parte.

Conforme Lise de Almeida e Sérgio de Freitas Costa⁴⁹, mesmo autorizada pela lei a celebração de convenção de arbitragem da Administração com o particular, há que se investigar as particularidades do processo arbitral envolvendo o ente público, pois as leis já existentes autorizadoras “não disciplinam detalhes do processo arbitral propriamente dito, nem fazem alusão a qualquer especificidade no tratamento a ser conferido à Administração Pública”.

Também defende Pazzaglini Filho, Rosa e Fazzio Júnior⁵⁰, que: “todo o agir administrativo dos três poderes está jungido à lei, sendo vedado à Administração Pública extrapolar os limites por ela prefixados. Qualquer atuação estatal desconforme ou incompatível com o suporte legal, ou que extravase o espectro circunscrito pela lei, está sujeita ao desfazimento. A lei é, a um só tempo, seu suporte e seu limite”.

Ainda, há uma parte minoritária da doutrina que defende não ser cabível o uso da arbitragem em nenhuma hipótese. Quanto às parcerias público-privadas,

⁴⁸ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2o A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

⁴⁹ ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo? Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 76-83, jan./fev./mar. 2010, p. 80.

⁵⁰ PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 15.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹, por exemplo, afirma não ser aceitável que particulares e árbitros “possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis.”

De qualquer forma, a Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079 de 2004, em seu artigo 11, inciso III⁵², previu expressamente a possibilidade do uso da arbitragem para dirimir conflitos.

Embora haja a previsão dessa possibilidade, a arbitragem nas relações da Administração não está regulada em outra norma, gerando alguns debates. Alguns destes já foram resolvidos pela recente alteração da Lei de Arbitragem. Entre eles, estava uma das características do instituto da arbitragem, a confidencialidade, a qual não pode ser respeitada totalmente no âmbito administrativo, tendo em vista o princípio da publicidade e transparência.

Os doutrinadores Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schawarstmann⁵³ frisam sobre o procedimento a ser seguido quanto à transparência na arbitragem :

A falta de transparência e publicidade na condução dos procedimentos pelos árbitros, habituados com a confidencialidade e liberdade da iniciativa privada, pode acarretar na intervenção judicial por parte do Ministério Público, amparado na violação de princípios constitucionais norteadores da Administração Pública. Esse tipo de ingerência, mesmo que não alcance os requisitos pretendidos, tumultua o andamento da arbitragem, afastando as partes interessadas dos propósitos que as levaram optar pela via arbitral. [...] Em síntese, cumprirá ao tribunal arbitral analisar o regime jurídico aplicável às informações submetidas pelas Partes e deliberar quanto ao

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira. As Parcerias Público-Privadas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>
Acesso em: 10/12/2017

⁵² Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

⁵³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem PúblicoPrivada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44, jan/mar. 2015, p. 3.

grau de transparência necessário à arbitragem. Poderá ser instrumentalizada, juntamente com a instituição arbitral administradora, a publicidade dos procedimentos ou somente a divulgação do laudo arbitral.

Com a recente alteração na Lei de Arbitragem, em 2015, acrescentou-se o terceiro parágrafo do artigo segundo, o qual previu que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Apesar de alguns detalhes que devem ser adaptados para o uso da Administração Pública, o instituto da arbitragem traz indiscutível benefício para o sistema atual, priorizando o princípio da eficiência. O princípio da eficiência, segundo Oliveira⁵⁴, determina que a ação pública seja direcionada para o efetivo cumprimento dos objetivos do Estado, os quais devem ser alcançados através de instrumentos que garantam a presteza, agilidade e economicidade da ação pública, aproveitando o máximo dos recursos disponíveis.

As características citadas do princípio da eficiência são iguais às elencadas por Carlos Alberto Salles⁵⁵ como aspectos positivos da arbitragem:

A celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia dos recursos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça⁵⁶ já firmaram posicionamento favorável ao uso da arbitragem nos contratos administrativos, quando respeitados os requisitos legais.

No âmbito do direito tributário, percebe-se uma maior singularidade, pois o Estado é vinculado à cobrança de tributos, não podendo dispor de tal obrigação. Da mesma forma, deve tratar de forma igual todos os contribuintes e ser estrito à lei, sendo pequena a margem de discricionariedade nesse setor.

Tendo em vista esse entendimento, Machado⁵⁷ esclarece:

⁵⁴ OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. A arbitragem nos contratos de parceria público-privada. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 73.

⁵⁵ SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 29

⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; Mandado de Segurança nº 11.308/DF, Terceira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entender que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público.

Nesse sentido, o doutrinador entende que o poder de tributar deve ser vinculado e obrigatório somente quando imprescindível para alcançar o interesse da coletividade, podendo, desta forma, ser em determinadas hipóteses relativizado e transacionado.

Esse entendimento é, de certa forma, estranho à legislação tributária brasileira, já que o sentido original de qualquer espécie de tributo é a vinculação e indisponibilidade. Assim entende o doutrinador Ferreira Jardim⁵⁸, visualizando a transação como incompatível com as premissas concernentes à tributação, entre elas a necessária discricionariedade da transação e a vinculabilidade que está na função administrativa tributária.

Ainda, Maria Helena Diniz⁵⁹ ao conceituar a transação, com referência a Ferreira Jardim, trata de "forma extintiva da obrigação tributária que na verdade é incompatível com o regime jurídico tributário, já que a criação e extinção de tributos se subordina à edição de atos administrativos vinculados".

Assim, quanto à vinculação do tributo, há grande discordância tributária quanto à possibilidade de transação e conseqüente utilização da arbitragem. Por outro lado, quanto a fase após a incidência do tributo, relativa a valores dos tributos cobrados, por exemplo, o instituto da arbitragem pode ter cabimento. Mesmo que em casos específicos, como no caso de discutir o valor da contribuição de melhoria, a

⁵⁷ MACHADO, Hugo de Brito. A transação no direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 75, 2001. p. 55

⁵⁸ JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. Comentários ao Código Tributário Nacional. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 113

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4, p. 602.

transação já traria grandes benefícios para o sistema tributário. Esse exemplo foi apontado por Baleeiro⁶⁰ como exemplo em que a transação seria proveitosa:

Um campo fecundo de aplicação da transação para término de litígios e extinção de créditos tributários é, parecidos, a contribuição de melhoria, sobretudo se o Fisco estiver armado do poder de preempção ou prelação, para adquirir o imóvel pelo valor baixo, que o sujeito passivo tende a opor à avaliação oficial, depois de realizada ou iniciada a obra pública. A primeira lei federal sobre contribuição de melhoria, a de nº 854, de 1949, insinuava isso e previa a preempção, que induziria o sujeito passivo ao acordo (art. 3º, § 4º), e também o direito de o contribuinte obrigar a Administração a adquirir-lhe o imóvel pelo preço exagerado da avaliação, se ela insistisse em mantê-la (art. 3º, § 6º, daquela lei). Infelizmente o Dec.-Lei nº 195, de 24.02.1967, que regula, hoje, a contribuição de melhoria, apesar de posterior ao CTN, não assegurou essa flexibilidade de ação aos agentes públicos encarregados de implantar um instituto fiscal ainda não experimentado praticamente no país e que tem suscitado a perplexidade dos próprios governantes.

Segundo estudo do Conselho Nacional de Justiça⁶¹ em 2016 as execuções fiscais representavam trinta e nove por cento de todos os processos judiciais pendentes no Brasil e setenta e cinco por cento das execuções pendentes no Judiciário, resumindo em uma taxa de congestionamento de noventa e um por cento. Dessa forma, a cada cem processos tributários que tramitavam em 2015, apenas oito foram resolvidos.

Tendo em vista os dados acima, a arbitragem utilizada mesmo que em restritas hipóteses, traria significativos resultados. Ainda, considerando que no sistema tributário brasileiro há a instância administrativa, que pode prolongar um processo administrativo em até cinco anos, e após, se levada ao Judiciário, mais uns quinze anos dependendo da complexidade do caso, a morosidade predomina, afrontando, inclusive, o princípio constitucional da razoabilidade duração do processo.

⁶⁰ BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 825.

⁶¹ Disponível em:
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>.
Acesso em 12/10/2017.

O professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Nabai⁶², afirma:

Depois, entre as vantagens apontadas à arbitragem, referem-se as de proporcionar uma justiça mais célere e mais barata. Quanto à celeridade, não temos dúvida, embora não devamos esquecer que dessa celeridade beneficiarão basicamente os que puderem socorrer-se da arbitragem, que serão, em princípio, os que disponham de mais meios económicos, uma vez que o acréscimo de celeridade que o recurso à arbitragem vai proporcionar na justiça pública, em virtude dos processos que passarão a ser decididos pela arbitragem, será, a nosso ver, sempre relativamente diminuto. Já no tocante a ser mais barata, temos nossas dúvidas. [...], nos termos da autorização legislativa, a responsabilidade da Administração Fiscal com as custas judiciais e demais encargos pode ser limitada às custas e encargos que seriam devidos se o contribuinte tivesse optado pelo processo de impugnação judicial ou pela acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em matéria tributária. Desta feita, a arbitragem tributária, conforme já se pode vislumbrar, tem seus prós e tem seus contras, devendo-se ponderá-los, entre a necessária celeridade e os inevitáveis maiores custos da justiça tributária.

Por outro lado, Anna Carla Duarte Chrispim⁶³ resume os principais pontos de oposição à Lei Geral de Transação: “a ruptura dos principais cânones da ordem constitucional e da noção do Estado de Direito; a adulteração do conceito de tributo; a impossibilidade da aplicação discricionária da lei tributária; a indisponibilidade das receitas tributárias; a eventual antinomia entre o art. 3º e o art. 171 do CTN; a suposta vedação constitucional à concessão de benefícios fiscais mediante edição de lei geral; o risco ao princípio de equilíbrio fiscal; a falta de aparelhamento estatal adequado para suportar a demanda administrativa desta nova frente de trabalho, a possibilidade de consagração da corrupção sistêmica, mediante o deferimento de competência para que agentes da administração tributária operem atos de transação”.

⁶² Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/revista-pgfn/revista-pgfn/ano-i-numero-i/casalta.pdf>. Acesso em 12/10/2017.

⁶³ Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ChripimAC_1.pdf>. Acesso em 12/10/2017.

Dessa forma, é possível perceber uma grande tendência em utilizar a arbitragem no sistema tributário, entretanto, ainda não há alguma unanimidade quanto às possibilidades de seu uso, já que estas são restritas devido à natureza da tributação.

Os benefícios são inúmeros, tanto para o particular, quanto para o ente público, mas devido às peculiaridades do tributo e da sua vinculação, o sistema atual não se encaixa, na maioria das situações, nas características do instituto da arbitragem.

Assim, percebe-se um crescente apoio da jurisprudência e da doutrina para uso da arbitragem, quando viável, na administração pública, assim como em todas as áreas possíveis. Nesse sentido, Silva⁶⁴ destaca:

O congestionamento da justiça, diante da realidade social em que vivemos, não se contenta mais com o modelo individualistas das soluções emanadas pelo Poder Judiciário. Desde o final do século passado, tenta-se construir um novo perfil, alicerçado na prevalência do interesse social sobre o individual. Daí exigir-se um instrumento mais participativo e ativista, na busca de uma sociedade mais justa, humana e solidária, utilizando-se de mecanismos hábeis e eficazes que suplementem a atividade estatal, priorizando o social.

No judiciário, a demora nas decisões é prejudicial para as partes, que já convivem com as incertezas de terem suas questões decididas por juízes que muitas vezes são inexperientes e sobrecarregados de processos, além de possuir um alto custo dos pleitos para o acesso à Justiça. Seguindo essa linha, Silva⁶⁵ afirma que “torna-se necessário flexibilizar o monopólio da Justiça pelo Estado, e por fim à cultura brasileira do paternalismo estatal, do Estado Absoluto, centralizador e distribuidor de vantagens e benefícios, e de que a ele também incumbe resolver toda e qualquer pendência legal”.

Uma das mais importantes qualidades frente à situação do Judiciário é a celeridade alcançada pelo instituto da arbitragem, tendo em vista que é um procedimento singular e, de certa forma um serviço prestado pelo árbitro

⁶⁴ SILVA, João Roberto da. Arbitragem – Aspectos gerais da Lei 9307/96. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2004. p. 106.

⁶⁵ SILVA, João Roberto da. Arbitragem – Aspectos gerais da Lei 9307/96. São Paulo: Editora de Direito Ltda., 2001. p. 18.

especializado e exclusivo, regulado entre as partes, sendo possível alcançar uma decisão muito mais rápida em comparação ao judiciário e até aos procedimentos dos juizados especiais, conforme afirma Alvim⁶⁶:

Se se pudesse apontar como única vantagem da arbitragem a possibilidade de julgamento do litígio no prazo estabelecido pelas partes, essa instituição já estaria plenamente justificada, num país onde a Justiça estatal não tem respondido, com eficiência, às angústias dos jurisdicionados.

Assim, o instituto da arbitragem pode ser mais valorizado e utilizado, inclusive nas esferas do direito administrativo e do direito tributário, sendo adequado conforme as peculiaridades de cada caso.

⁶⁶ ALVIM, J.E. Carreira. Direito Arbitral. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 54

4. CONCLUSÃO

Diversos registros demonstram a utilização da arbitragem desde o início da civilização. Fontes mais antigas revelam o seu uso em três mil antes de Cristo. Esse instituto foi fomentador de segurança nas relações pessoais, comerciais, sociais, ao passo que era assegurado um julgamento em caso de litígio.

É possível perceber a construção de sistemas com a lógica e dialética comuns referente à arbitragem, no sentido histórico e internacional. Apesar de detalhes ou nomes diferentes, o significado e a finalidade identificam este instituto desde a antiguidade.

Com a arbitragem foi possível intensificar as relações entre povos de diferentes raças e religiões. Nesse contexto, doutrinadores concordam que a arbitragem surgiu antes mesmo de uma função jurisdicional do Estado.

Esse instituto tem grande valor social e histórico, pois significou como uma segurança das relações, dando continuidade e até mesmo impulsionando negócios mais arriscados, entre povos diferentes e relações internacionais.

Conforme o descrito histórico, a arbitragem teve seu auge com o poder do Estado enfraquecido, por ser uma prática entre particulares, sem intervenção estatal. Com a centralização e organização do poder do Estado, a prática da arbitragem foi perdendo influência, já que o estado assumiu, na maioria dos países, a função jurisdicional.

Assim, na medida em que o Estado centralizava poder, a arbitragem perdia sua força, pois o Estado regulava as relações e os litígios.

No Brasil, os registros demonstram o seu uso desde a época de colônia. Nas primeiras normas brasileiras, o instituto já se regulamentava. Entretanto, somente em 1996 ganhou lei própria, a qual foi plenamente recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

Atualmente, no sistema jurídico brasileiro a arbitragem não é priorizada, além de ser muito pouco usada. Nesse sentido, o Poder Judiciário ainda centraliza a maioria dos litígios e, em consequência, eleva os gastos públicos nesse setor.

A sociedade sempre precisa de adaptações e de aperfeiçoamentos conforme os anos vão passando e as necessidades vão mudando.

A sociedade sempre precisa de adaptações e de aperfeiçoamentos conforme os anos vão passando e as necessidades vão mudando. Quanto ao Poder

Judiciário, houve uma grande evolução no acesso à justiça com a contemplação do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Da mesma forma, surgiram outras necessidades para serem aperfeiçoadas.

O problema mais urgente do Judiciário é o acúmulo de processos (gerando a demora no andamento e na conclusão) e o grande gasto de dinheiro público que essa demanda precisa. Pensando nesse aspecto, precisamos ser flexíveis e nos adequar perante as possíveis soluções para o problema atual.

É difícil e lenta a mudança de atitude e pensamento da população, a qual está acostumada a sempre ingressar no Judiciário para resolver qualquer conflito. Entretanto, conforme o estudo acima, há benefícios para ambas as partes, privada e pública, na utilização de institutos como o da arbitragem.

Nesse momento, é necessária uma maior conscientização da sociedade, estudo e valorização desses outros meios disponíveis para atingir o objetivo principal: a justiça.

A arbitragem é apta para resolver diversos conflitos, de forma célere e sem o uso de dinheiro público, o qual poderia ser destinado a outra área social mais urgente ou, inclusive, à áreas que, se investidas, evitariam futuros litígios judiciais.

Apesar de esse instituto ter alguns defeitos relevantes, ainda se mostra como um importante aliado na situação atual. Após a análise do instituto, é perceptível que o benefício é muito maior frente às desvantagens de sua utilização.

Para diversos conflitos, não há porquê acionar o Estado para resolver tais questões, se há uma lei que permite o próprio particular optar por uma decisão extrajudicial, com regulamentação própria e julgamento profissional. Considerando a situação atual do Judiciário, é, de certa forma, incoerente e irresponsável por parte da população sempre optar por acionar a jurisdição para solucionar todos conflitos. Nesse sentido, ainda é precária a conscientização e valorização desse instituto tão inovador.

Ainda, hipoteticamente, talvez com a utilização máxima da arbitragem, poderia ser possível retornar ao *status quo ante* do Judiciário, no qual haveria a concretização do princípio da duração razoável do processo e do efetivo acesso à justiça.

Com a nova reforma do Código de Processo Civil, já estamos nos encaminhando para a direção certa, tendo em vista a grande importância que foi

dada à conciliação e mediação, institutos que evitam o prosseguimento da ação judicial.

Entretanto, ainda é necessário um maior esforço para não estagnarmos somente nesses institutos, já que estes ainda dependem do dinheiro público. Para uma maior eficiência, é preciso uma maior visibilidade da arbitragem – seja em forma de propaganda, estudos, cursos. Tanto nas faculdades de direito, que ainda não dão a devida importância, quanto nos próprios órgãos judiciais, destinado para o conhecimento população em geral.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. **Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 25. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem.
- ALVIM, J.E. Carreira. **Direito Arbitral**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARAUJO, Nadia de...[et al]; Coordenador Paulo B. Casella. **Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional**. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. Atualizada por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- BARRETT, Jerome T.; BARRETT, Joseph – **A History of Alternative Dispute Resolution: The Story of a Political, Cultural, and Social Movement**. 1 st. Ed. San Francisco, CA, USA: A Wiley Imprint, 2004.
- BONATO, Giovanni. **Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro**. 2013.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CARMONA, Carlos Alberto. **A nova Lei de Arbitragem**. Revista Consulex, Ano I, n. 9, p. 46, 1997.
- CLÈVE, Clémerson Merlin. **Temas de direito constitucional**- 2. ed. rev., atual e ampl.- Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes dos árbitros: de acordo com a Lei 9307/96**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei n. 9.307/96**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011.

FIGUEIRA Jr, Joel Dias. **Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional**. São Paulo: LTr, 1999.

HUCK, Hermes Marcelo Huck; AMADEO, Rodolfo da Costa Manso Real, **Árbitro: juiz de fato e de direito**, in Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40, 2014.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira. **Comentários ao Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOBO, C.A. de Oliveira; Coordenador Ricardo Ramalho Almeida. **Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **A transação no direito tributário**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, n. 75, 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil**.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **As Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs> Acesso em: 10/12/2017

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**-12. ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a lei 9307/96**. Curitiba: Juruá, 1999.

NAZO, Georgette .N. **Arbitragem: um singelo histórico**.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo**. 9ª. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. OPORTO, Silvia Fazzinga. VASCONCELLOS, Fernando. **Arbitragem Comercial Internacional**. <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/080306t.pdf>

Arbitragem PúblicoPrivada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44, jan/mar. 2015.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância.** Coimbra: Almedina. 2005.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público.** 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. **Arbitragem : a Alternativa Presente Para Descongestionar Poder Judiciário.** Editora Arte&Ciência: 2003.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, João Roberto da. Arbitragem – **Aspectos gerais da Lei 9307/96.** São Paulo: Editora de Direito Ltda, 2004.

SILVA, Renato Luiz. **A evolução da arbitragem no Brasil.** Disponível em <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1289/1229>. Data de acesso: 29/07/2017.

TEDESCO, Júlia Rizzatti. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada.** Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_2/julia_tedesco.pdf.> Acesso em 08/12/2017

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro.**

The English Legal Process. United Kingdom: Oxford University Press, Thirteenth Edition.

TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. **Os contratos administrativos e a arbitragem.** Revista Brasileira de Arbitragem, n. 29. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, p. 43-59 jan./fev./mar. 2011.

TOSTES, Sergio. Revisão necessária: **Lei de Arbitragem tem de estar adaptada à realidade.** Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-22/sergio-tostes-lei-arbitragem-estar-adaptada-realidade>>. Acesso em: 20/06/2017.

http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13547 Data de acesso: 20/06/2017.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/81410-justica-gaucha-julgou-mais-processos-do-que-recebeu-durante-2015> Data de acesso: 17/05/2017.

<http://www.migalhas.com.br/ProcessoeProcedimento/106,MI250506,101048-Por+que+arbitragem> Data de acesso: 22/05/2017.