

# Arbitragem: incidência e os reflexos práticos na sociedade contemporânea

## Arbitration: incidence and the practical reflexes in the contemporary society

Heitor Filipe Men Martins\*

Ivan Aparecido Ruiz\*\*

### RESUMO

A arbitragem representa a possibilidade de solução dos conflitos de interesses por um terceiro imparcial, que possui plenas condições de resolver a lide e reestabelecer a pacificação entre os litigantes por meio de uma decisão justa e equânime. Por isso tudo, ela é vista como um produto da evolução histórica do Direito, e que sempre influenciou nas alterações legislativas relacionadas à tutela dos direitos. Além disso, devido aos atuais movimentos trazidos pelos aplicadores do Direito em prol do “desafogamento” dos órgãos jurisdicionais, sua contextualização é de suma importância para o efetivo acesso à justiça. Portanto, o presente texto tem por objetivo discutir a incidência e os reflexos práticos da arbitragem na sociedade contemporânea, além de demonstrar as influências deste mecanismo para os institutos processuais ora vigentes. Neste estudo foram utilizados elementos doutrinários e revisão literária a fim de adequar os estudos teóricos ao dia-a-dia forense, além dos métodos dedutivo, histórico e comparativo. Conclui-se, assim, que a arbitragem, por ser um dos mais antigos métodos de solução de litígios, apresenta elevada relevância pública e, ainda, como importante aliado para a garantia do Estado Democrático de Direito e do efetivo acesso à justiça.

**Palavras-chave:** *Arbitragem; Heterocomposição; Devido Processo Legal; Teoria Geral do Processo.*

### ABSTRACT

Arbitration represents the possibility of resolving conflicts by an impartial judge, who has full conditions to resolve the dispute and re-establish the social pacification through a fair and equitable decision. So, it can be seen as a consequence of the evolution of law, and has always influenced the legislative changes related to the protection of rights. The alliance of this theme and current movements in favor of the reduction in lawsuits number in the courts, represents an important element for effective access to justice. Therefore, the aim of this paper was to discuss the incidence and the practical reflexes of the arbitration in the contemporary society, besides demonstrating the influences of this mechanism for the present procedural institutes. This study is based on legal doctrine elements and literature review to adapt the theoretical studies to the day-to-day forensics, in addition to the deduc-

\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá, UEM (2014). Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá, UniCesumar, especialista em Direito Civil e Empresarial pelo Damásio Educacional, advogado com escritório profissional na cidade de Maringá, no Paraná. Email: heitormen@hotmail.com

\*\* Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (UEL/PR), Professor Associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Maringá (UEM/PR) e, também, do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR). Advogado no Estado do Paraná. <http://lattes.cnpq.br/8393076707737696>. Email: ivanaparecidoruiz@gmail.com

tive, historical and comparative methods. It is concluded that arbitration, as one of the oldest methods of dispute settlement, has a high public relevance and, as an important ally for the guarantee of the Democratic State of Law and effective access to justice.

**Keywords:** *Arbitration; Hetero Composition; Due process of law; General theory of the process.*

## 1. INTRODUÇÃO

Apesar de a arbitragem ser um dos meios mais antigos de solução dos conflitos de interesses, sua aplicação prática, infelizmente, nunca foi estimulada pelos aplicadores do direito pátrio devido à própria cultura e preferência pela solução judicial, tão difundido pelas universidades.

À luz dos atuais movimentos em prol do acesso à justiça, contudo, atualmente encabeçados pela mudança do Código de Processo Civil brasileiro de 2015, este mecanismo de resolução das controvérsias deve ser analisado e comparado criticamente, eis que foi imprescindível para a atual inteligência do processo contemporâneo.

Assim, sob a perspectiva de que a arbitragem contribuiu e contribui para o alcance do fim social do Direito, qual seja a pacificação social e harmonia entre as pessoas, surge a necessidade de demonstrar na prática a sua inserção e os reflexos diretos nos mais atuais institutos de direito, o que justifica o presente estudo.

A arbitragem, enquanto expoente máximo de modelo de *justiça privada*, possui incontestavelmente grande relevância, porquanto foi a partir dela que o processo civil pode se desenvolver, como nos casos do novel instituto dos negócios jurídicos processuais e dos atuais movimentos em prol da flexibilização do procedimento – ideais estes introduzidos pela própria arbitragem.

Para a elaboração do presente texto, foram utilizados os eixos teóricos apresentados pelos doutrinadores Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Alberto Carmona e José Cretella Neto, por meio de revisão literária, a fim de analisar os reflexos sociais da arbitragem.

Objetiva-se, desta forma, justificar a importância da arbitragem no plano prático e jurídico, demonstrando, concretamente, que os conflitos de interesses que podem e devem ser resolvidos por meios alternativos, já que são estes mecanismos que permitiram, e ainda hoje permitem, o desenvolvimento dos institutos processuais.

## 2. DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios de solução dos conflitos de interesses, à luz da doutrina clássica, apresentam-se subdivididos em duas categoriais essenciais<sup>1</sup>, quais sejam a *autocomposição* e a *heterocomposição*, as quais procuram sanar os conflitos de interesses<sup>2</sup>, aquela sem a interferência de um terceiro na decisão, que é dos próprios sujeitos envolvidos no litígio, e a última mediante a interferência de terceiro na solução no conflito, embora estranho a essa relação litigiosa.

Tal classificação leva em consideração o critério da titularidade de decidir o conflito de interesses, tal qual brilhantemente expôs José Albuquerque Rocha:

[...] o titular do poder de decidir são as partes, individual ou conjuntamente, temos a autonomia (autotutela, autocomposição: negociação, conciliação, mediação). Se o titular desse poder é um terceiro temos a heteronomia [...]. A heteronomia é modo de tratamento dos conflitos em que a decisão é produto de um terceiro, que não auxilia nem representa as partes em conflito (arbitragem e jurisdição estatal)<sup>3</sup>.

Dentre as formas de heterocomposição está a arbitragem, que corresponde ao mecanismo de tutela do direito a partir da justiça privada, já que uma de suas principais características – as quais serão expostas oportunamente no presente trabalho – está relacionada o fato de não depender da força e autoridade do Estado-juiz para sua incidência.

Embora a arbitragem seja mais antiga que a própria jurisdição estatal, é importante se observar que ambas coexistem de modo que, apesar de historicamente ser possível verificar a existência de movimentos que primaram pela justiça estatal, a justiça privada continua mantendo sua importância, principalmente em face dos atuais movimentos em prol da celeridade processual e do acesso à justiça.

1 Há de se ressaltar, contudo, que embora seja a divisão mais clássica, alguns doutrinadores, entre eles Carlos Alberto Carmona, entendem que a *autotutela* não integraria a autocomposição, mas seria uma nova divisão, de modo que, efetivamente, existiriam três categoriais: *autotutela*, *autocomposição* e *heterocomposição*.

2 Para esta perspectiva, interesse corresponde ao juízo formulado pela pessoa acerca da utilidade do bem para a satisfação de sua necessidade (ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesual Civil*. v. I. Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969. p. 16), enquanto que conflito de interesses corresponde a situação em que os homens almejam os mesmos bens, passando a agir conflituosamente entre si, acarretando choque de ideias e ações diferentes (CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 6.).

3 ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 28.

## 2.1. Da justiça privada à justiça estatal

Antes de se refletir criticamente o assunto, é imprescindível a análise da carga histórica da arbitragem enquanto produto da justiça privada em contraposição ao ideário da jurisdição estatal.

Para tanto, o entendimento deve se iniciar na busca da concepção interpretativa do Direito sob o viés da sociedade civil/política.

Na sociedade pré-histórica<sup>4</sup> prevalecia a ideia da justiça feita pelas próprias mãos, que pode ser definida como a atuação extrajudicial em prol da defesa do direito material das pessoas pela ação do justiceiro, ou seja, trata-se da atuação em que a própria pessoa procura “fazer a justiça pelas próprias mãos”, atuando de modo imperativo movida por sua própria razão.

Esta forma de buscar a justiça surgiu justamente para defender as pessoas em face das situações de violência.

Em que pese seja comum afirmar que a justiça pelas próprias mãos corresponde ao primeiro grau evolutivo da tutela dos direitos, dada a sua existência anterior à própria Lei das XII Tábuas, há de se ressaltar que esta forma de tutela ainda hoje encontra-se prevista na sociedade, consoante se pode observar nos casos de *estado de necessidade*, de *legítima defesa*<sup>5</sup>, entre outros<sup>6-7</sup>.

4 Na sociedade pré-histórica tem-se que o direito surge a partir do princípio do parentesco, já que a base de toda aquela sociedade estava embasada no seio familiar e na união de pessoas pelas crenças e tradições. Portanto, nas manifestações mais antigas do direito, todas as sanções e princípios de condutas estavam relacionados ao caráter repressivo de cunho religioso e ritualístico. Por isso tudo, os efeitos jurídicos seriam, conforme bem exposto por Antonio Carlos Wolkmer, “determinados por atos e procedimentos que, envolvidos pela magia e pela solenidade das palavras, transformam-se num jogo constante de ritualismos” (WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos da História do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 4.)

5 Embora na doutrina encontra posicionamento de que a *legítima defesa* seja forma de *autotutela*, encontra-se posição que não adere a esse entendimento. No caso da autotutela, o que se observa é a afirmação de um direito e a execução de uma pretensão, o que não se presencia, evidentemente no ato de se defender. Vicente Greco Filho, quando entende que a legítima defesa não caso de legítima defesa, assim se manifesta: “[...] Mesmo a legítima defesa não é caso de autotutela. Age em legítima defesa quem repele injusta agressão, atual e iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários. [...]” (GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro: (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I, p. 55).

6 Ressalte-se que o próprio código civil brasileiro vigente permite a justiça de mãos próprias, como por exemplo nos casos de esbulho, em que é permitida a justiça própria se a retomada da posse é iminente (art. 1210, § 1º, do CCB 2002).

7 Sobre tal aspecto, Ivan Aparecido Ruiz e Belmiro Jorge Patto já

Para Pontes de Miranda<sup>8</sup>, a justiça de mãos próprias não pode ser estimulada<sup>9</sup>, mas, também, não pode ser eliminada, pois é utilizada como via subsidiária que aparece quando o Estado é imperfeito ou ineficiente.

É incontroverso, contudo, que a justiça de mãos próprias é muito perigosa e, no caso concreto, poderia beneficiar apenas o mais forte ou o que possuía melhores condições físicas de defender seu direito, sem chance de aproveitar de modo igual a todos.

É certo que as organizações estatais primitivas não conheciam uma organização judiciária, já que conforme exposto anteriormente, as pessoas buscavam a justiça de seu modo.

Posteriormente, com as primeiras manifestações políticas e jurídicas, surgiu a necessidade da defesa do direito de modo mais equânime e desvinculado da ideia da força física, determinando o sentimento da justiça como atrelado ao “dizer o direito”, em contraposição ao “impor, pessoal e fisicamente, sua opinião”.

E é neste diapasão que surge a justiça privada enquanto manifestação que não se atém à atuação prática do direito pelas próprias mãos, mas ao juízo privado de sua existência<sup>10</sup>, como no caso da arbitragem.

Conforme bem exposto por Celso Neves, esta forma de solução dos conflitos por um terceiro, árbitro, não foi imposta de forma simples, mas com muita dificuldade.

O que facilitou a aceitação de sujeitar-se ao julgamento de um estranho foi a atribuição de origem divina aos tribunais mais importantes. Assim, Roma destaca-

que manifestaram neste aspecto, afirmando que o método da autotutela ainda “[...] é encontrado como resquício, podendo-se apontar, dentre outros, os casos de desforço imediato (art. 1210, § 1º, do Código Civil brasileiro de 2002), a de retenção (arts. 578, 644, 1219 e 1433, inc. II, todos do Código Civil brasileiro de 2002)” (RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito de família: Ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcio litigiosos. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 5214-5243. p. 5215-516.)

8 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 2. p. 314.

9 Para a sociologia, esta forma de “fazer justiça” é vista como retrógrada, pois pode acarretar na perda da estabilidade social e harmonia entre as pessoas.

10 NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil: Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Rio de Janeiro: Forense: 1995. p. 9.

-se em relação a forma de solução dos conflitos por meio do processo privado principalmente devido a sua origem estar embasada em aspectos religiosos que atingiam as práticas jurídicas.

O período conhecido por *Ordo Iudiciorum Privatorum* (“ordem dos juizes privados”) engloba a fase em que os interessados na resolução dos litígios eram apenas as próprias partes litigantes, não se constituindo como um “dever da cidade de Roma”, ou seja, não havia a finalidade pública da resolução do litígio, tal qual no direito contemporâneo.

Isto porque durante o período do liberalismo helênico prevalecia a doutrina do individualismo, de modo que todo o direito romano privado estava contaminado por esta ideologia.

As três fases evolutivas do processo civil romano – *legis actiones, per formulas e cognitio extraordinária* – demonstram efetivamente o caminhar da justiça privada para a justiça estatal, já que nas duas primeiras fases é possível se verificar a presença dos árbitros privados (cidadãos comuns e não representantes do Estado), *judex*, que decidiam os conflitos, e, por sua vez, na última fase evolutiva surge a ideia do juiz público<sup>11</sup>.

No período da extraordinária *cognitio*, com a gradual absorção pelo Estado romano do poder de julgar, foi sendo eliminado aquele dualismo de fases (*in jure e apud iudicem*). Passou então o magistrado romano (*pretor*) a exercer ele próprio todas as funções de comando do processo e decisão da causa, com o quê se abriram portas para que a jurisdição passasse a ser considerada um inalienável monopólio estatal<sup>12</sup>.

Disso pode-se concluir que o processo romano demonstra a evolução do processo e a sua lenta modificação conceitual, a qual se iniciou na ideia da justiça de mãos próprias, passando para a justiça privada, para enfim chegar à justiça estatal.

A característica mais expressiva do processo arcaico romano, sempre mais viva à medida que se remonta nos séculos, é o caráter privado e voluntário dos atos que o constituem. O antiquíssimo costume de entregar a decisão da lide a juizes privados confirma-se pelo *iudex unus* que a Lei das XII Tábuas já conhece. Remonte-se a que época se remonta, sempre se encontrará um *iudex privatus*, a denotar o caráter privado do processo, tão radicado no espíri-

to e no costume romanos subsistentes, em grande parte, na época clássica.<sup>13</sup>

Na primeira vigência da justiça privada, ao Estado incumbia apenas o dever de impedir que os litigantes resolvessem os problemas pela força ou pelas armas, ou seja, com a politização da sociedade era necessário impedir as pessoas resolvessem todas as lides com as próprias mãos, eis que poderia impedir o pleno desenvolvimento social que depende de harmonia.

A ideia da Justiça Estatal surgiu com o processo do Baixo-Império, com a codificação realizada por Justiniano, o qual passou a vincular na jurisdição o poder público de julgar e dar execução ao julgado.

A necessidade de tornar a justiça como atribuição do Estado se deve ao anseio do poder e controle dos litígios, de modo a permitir uma maior pacificação social.

Isto porque, conforme exposto por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini, em sua obra sobre Teoria Geral do Processo, o Estado moderno exerce o seu poder para a solução de conflitos interindividuais, já que a “pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo o sistema processual”<sup>14</sup>.

Ressalte-se que esta forma de solução dos conflitos nada mais é do que o resultado histórico do desenvolvimento das relações sociais-políticas e da complexidade dos vínculos criados pelas pessoas.

## 2.2. A arbitragem dentro da justiça privada

Com o extraordinário fortalecimento do Estado e ante a sua função pacificadora, a ideia de centralização do Estado na resolução de todo e qualquer tipo de conflitos de interesses impediu, por muito tempo, a propagação e difusão de outras formas de resolver os litígios.

E, justamente devido a isso, o acesso à justiça passou a ser objeto de muitas discussões entre os estudiosos, porquanto a “exclusividade” do Estado constitui, no caso concreto, uma limitação nas formas de solução dos problemas.

11 CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: 1998.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 37.

13 NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*: Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 11.

14 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 30.

Dentro desta perspectiva, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, na obra “Acesso à Justiça”, trouxeram à baila algumas discussões práticas sobre o tema, enumerando três posições básicas para os problemas do acesso à justiça<sup>15</sup>.

A primeira perspectiva estava focada na *assistência judiciária* – permitir que as pessoas mais pobres pudessem igualmente movimentar processos e conseguir do Estado a tutela de seus interesses. A segunda onda estava relacionada às reformas necessárias para proporcionar a *representação jurídicas para os interesses difusos* – entre tais reformas estavam as de cunho ambiental e do consumidor, já que se tratam de relações de hipossuficiências essenciais para qualquer estado democrático de direito. Por fim a terceira onda estaria relacionada à busca de mecanismos para proporcionar um significativo acesso à justiça, entre eles a *conciliação*, a *mediação* e a *arbitragem*.

Tais ideologias doutrinárias demonstram, efetivamente, que a existência de meios alternativos de solução de conflitos de interesses não representa ameaça ao Estado e nem à sua força social impositiva, mas, sim, que é irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, posto que o essencial é a harmonia e eficiência no resultado.

Frise-se, por oportuno, que estas formas alternativas de solução de conflitos não são inovações recentes, mas, conforme exposto no tópico anterior, constituem-se, verdadeiramente, como instrumentos antigos e amplamente utilizados antes da aparente exclusividade do Estado na resolução dos litígios.

Neste ponto a arbitragem merece destaque pois, em que pese seja vista como meio alternativo à Justiça Estatal, é certo que sua origem é anterior a esta última, já que nos períodos iniciais do sistema romano a tutela dos direitos era realizada por uma pessoa privada chamada a conduzir a instrução da causa e decidir o litígio<sup>16</sup>. Ou seja, na própria origem do processo contemporâneo já se vislumbrava a presença da Justiça Privada como forma de se atingir a necessária pacificação social, uma vez que uma pessoa comum, privada, investia-se do múnus público para conduzir o processo e proferir um julgamento<sup>17</sup>.

15 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 12.

16 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem*. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35.

17 Ressalte-se que desde aquele período distante até os dias de hoje a justiça privada possui ampla vigência, contudo, nem o *judex* e nem o *pretor* poderiam impor a execução forçada sobre os bens,

### 3. A ARBITRAGEM

A arbitragem, enquanto manifestação da justiça privada, corresponde ao procedimento estipulado entre as partes, que possui procedimento preestabelecido pelos litigantes ou, na falta de estipulação prévia, utiliza-se rito que pode ser estabelecido pelo árbitro, conforme previsão da lei de arbitragem (art. 21, §§)<sup>18</sup>.

Conceitualmente a arbitragem é o método de solução de conflitos de interesses pelo qual um terceiro, estranho as partes, por elas nomeado, resolve o litígio, mediante prolação de sentença arbitral, podendo, para tanto, utilizar-se da legislação pátria, de legislação estrangeira ou de usos e costumes, ou por equidade, hipótese esta, atualmente, não permitido nos casos em que envolve a Administração Pública. No tocante aos limites da utilização da arbitragem perante o ordenamento jurídico brasileiro, é importante a observância dos arts. 1º.<sup>19</sup> e 2º.<sup>20,21</sup>

devendo ser realizada por atos do próprio credor – ainda hoje é assim, posto que a justiça privada não pode impor uma forma de execução coercitiva, já que esta atribuição é exclusiva do Estado. Nesse sentido, pode ser constatado em MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

18 “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo. § 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento. § 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral. § 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei”.

19 “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. (incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) § 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”.

20 “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º. Poderão 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. § 2º. 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. § 3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

21 Interessante notar que, no Direito Português, apesar da se-

Enquanto importante mecanismo da resolução dos litígios de forma mais célere e, por vezes, mais democrática, visto que depende da autonomia da vontade das partes envolvidas, a arbitragem apresenta-se como subterfúgio à jurisdição estatal, hoje, sabidamente, inflada de litígios, e como forma de permitir o julgamento da controvérsia por um terceiro que possua conhecimento, diga-se de passagem, muitas vezes técnicos, mais aprofundado sobre o que versa a questão.

### 3.1. CARACTERÍSTICAS, CONCEITO E INCIDÊNCIA

Tradicionalmente, a heterotutela apenas tem início quando os envolvidos não conseguem, por si sós, resolver de forma amigável, ou, ainda, por meio da autotutela, de modo que, uma vez instaurado o litígio, as partes podem obter a resposta de seu direito por intermédio do processo judicial ou do “processo” arbitral.

O processo judicial, enquanto instrumento da jurisdição estatal, é a forma mais clássica para a solução de litígios na sociedade, a qual é aplicada coercitivamente a todos os membros, enquanto que a arbitragem corresponde ao mecanismo instaurado pela vontade das próprias partes que se submete ao julgamento por um terceiro ou por terceiros<sup>22</sup>.

melhança do tratamento da arbitragem, a técnica legislativa é um pouco diversa, a iniciar pela nomenclatura utilizada, quando os portugueses falam em “arbitragem voluntária”. O artigo 1º., número 1, da Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei n.º. 63/2011, de 14 de Dezembro, que entrou em vigor em 14 de Março de 2012, quando trata Da Convenção de Arbitragem, estabelece: “Artigo 1º. (Convenção de arbitragem) 1 – Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. [...] 1 – O número 1 deste artigo define o âmbito do objeto da arbitragem voluntária, afirmando simultaneamente o seu caráter geral. Isto significa que, sempre que uma lei especial não determine a subordinação obrigatória do litígio a um tribunal estadual ou a arbitragem necessária, segue-se a regra geral que se caracteriza pela aplicação integral do regime da arbitragem voluntária regulado pelo Anexo da Lei n.º. 63/2011, de 14 de Dezembro, que neste trabalho designaremos por LAV, distinguindo-a da LAV de 1986 que constitui em Portugal, até 13 de Março de 2012, o regime jurídico da arbitragem voluntária, aprovado pela Lei n.º. 31/86, de 29 de Agosto, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec. Lei n.º. 38/2003, de 8 de Março”. [BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 23-24].

22 CRETILLA NETO, José. Arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo relações jurídicas de caráter patrimonial. Maringá: *Revista Jurídica Unicesumar*, 2008, v. 8, n. 2. Semestral. ISSN 2176-9184. p. 337-359. p. 339.

A atuação deste terceiro, escolhido pelas próprias pessoas envolvidas no litígio, tem por base um acordo particular e específico firmado entre as partes que estabelecem os limites da arbitragem, os procedimentos, prazos, leis e formas de atuação<sup>23</sup>. Portanto, há de se observar que a arbitragem possui uma dupla finalidade, quais sejam: (a) ser um mecanismo de solução de controvérsias de modo privado coexistindo com o processo judicial e com as outras formas alternativas de solução de conflitos; (b) um procedimento que tem início apenas por iniciativa das partes, demonstrando-se como uma convenção de arbitragem, típico contrato.

Esta forma de solução de litígios possui algumas características gerais que a diferenciam, quais sejam: celeridade, informalidade do procedimento, confiabilidade, especialidade, confidencialidade/sigilo, e flexibilidade.

Apesar de longo, vale a pena leitura da caracterização da arbitragem trazida por Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover:

O juízo arbitral é delineado no direito brasileiro da seguinte forma: a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato: lei cit., art. Art. 3º); b) limitação aos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º); c) restrições à eficácia da cláusula compromissória inserida em contratos de adesão (art. 4º, § 2º); d) capacidade das partes (art. 1º); e) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que esta “se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio” (art. 2º, §§ 2º e 3º); f) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); g) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória: art. 31); h) possibilidade de controle jurisdicional ulterior, a ser provocado pela parte interessada (art. 33, *caput* e §§); i) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (arts. 34 ss.). Mas os árbitros, não sendo investidos do poder jurisdicional estatal, não podem realizar a execução de suas próprias sentenças nem impor medidas coercitivas (art. 22, § 4º).<sup>24</sup>

23 Na arbitragem, o julgamento pode se dar de duas formas distintas, qual seja por intermédio de embasamento na lei ou por meio do julgamento por equidade, de modo que o árbitro deve se ater aos limites e vontades estabelecidas pelas partes para que então o julgamento seja realizado. Frise-se que a lei utilizada por ser inclusive de outro país – não sendo necessário a observância do critério de lei local/nacional. (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Boiteux, 2004.)

24 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pel-

É a partir da análise individualizada e pormenorizada de sua incidência que as vantagens deste mecanismo se apresentam para a sociedade, eis que, ao contrário da jurisdição estatal, a arbitragem permite que exista, primordialmente, uma melhor possibilidade de conciliação (já que o litígio foge do meio judicial e dentro das câmaras arbitrais podem mostrar-se como mais eficientes), além de ser mais célere (já que, diferente do que ocorre com o processo judicial, não existem muitos processos arbitrais, o que permite uma celeridade maior, além de que as partes podem escolher os ritos a serem seguidos), e contar com a possibilidade de escolher um árbitro com especialização ou conhecimento mais aprofundado no tema (o que permite, por via de consequência, uma maior democratização nos atos)<sup>25</sup>.

Devido às suas próprias características, pode-se visualizar dois de seus principais reflexos para a sociedade contemporânea que estão relacionados à nova forma de visualizar o processo (permitindo uma visão um pouco mais flexível do procedimento, sem que com isso ocorra perda da confiabilidade pública) e democratização dos atos.

### 3.2. Da arbitragem no direito pátrio

Sob a mesma perspectiva do âmbito internacional exposto nos itens anteriores, dentro do direito pátrio, a arbitragem sempre esteve presente, estando presente antes mesmo da independência política de Portugal, por estar presente tanto no plano constitucional quanto no plano infraconstitucional, conforme mencionado por Ivan Aparecido Ruiz e Belmiro Jorge Pato<sup>26</sup>.

Em que pese sempre estivesse presente no ordenamento pátrio, quando da promulgação da Lei federal n. 9.307/96, a primeira discussão realizada foi acerca da constitucionalidade do juízo arbitral principalmente por envolver a questão da dicotomia da justiça estatal x justiça privada, exposta no capítulo anterior.

Naquele período o que se discutia era a se a arbitragem não interferiria no princípio do acesso à jurisdição, por ferir o princípio da inafastabilidade do controle constitucional, previsto no art. 5º., inc. XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, já que não tal mecanismo não previa a participação do Estado, podendo, inclusive, julgar contra a própria legislação pátria.

Neste diapasão Moraes e Barros afirma que a Constituição Federal de 1988 não proíbe o juízo arbitral e nem outras formas de solução das controvérsias, pois no campo da disponibilidade, as partes podem escolher outros meios mais eficientes de sanar os problemas<sup>27</sup>.

Tal ideia é reforçada por Nelson Nery Junior, que expressamente se manifesta no sentido de que “o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir à justiça estadual, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional”<sup>28</sup>.

No caso concreto, o que se verifica é que a lei não afirma que a arbitragem é obrigatória, mas, sim, facultativa, ou seja, não há impedimento do acesso ao Poder Judiciário, mas apenas regulamenta a possibilidade de as pessoas, facultativamente, se utilizarem de outro mecanismo que acharem, por ora, mais conveniente para o caso concreto, desde que as pessoas sejam capazes e o objeto do conflito de interesses entre elas se refira a direitos patrimoniais de conteúdo disponível.

Ademais, a escolha da arbitragem não impede intervenção do Poder Judiciário, já que ele pode ser acionado se ambas as partes renunciarem ao compromisso arbitral ou à cláusula compromissória, de forma expressa ou tácita, além de poder ser acionado para corrigir alguma ilegalidade praticada pelo árbitro, ou, ainda, para pedir a nulidade da convenção de arbitragem, entre outros.

Há de se ressaltar que a própria lei traz as situações em que a sentença arbitral é considerada nula (art. 32<sup>29</sup>

legriani; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 36-37.

25 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: Um comentário à Lei 9.307/96. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 40

26 RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito de família: Ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcio litigiosos. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 5214-5243. p. 5218.

27 MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

28 NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 192.

29 “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII -

e incs., da Lei de Arbitragem), de modo que inexistente inconstitucionalidade e a sua incidência, a contrário *sensu*, pode ser muito benéfica à parte.

Um dos maiores benefícios da arbitragem está relacionado à democracia participativa, segundo o qual não pode haver exclusividade do Estado na concretização da justiça e deve-se permitir que as partes possam usufruir de forma plena o Direito. Isto porque, socialmente, a resolução dos conflitos mediante prévio entendimento entre as partes, estabelecendo as formas, instrumentos e em quem confiar o julgamento, torna o processo menos impositivo e mais participativo, já que com isso há menos agressividade das partes durante a tramitação processual.

Em tempos contemporâneos, em que os intelectuais procuram fortificar a ideia de que as vias alternativas para a solução dos conflitos de interesses podem ser mais eficientes dos que as judiciais na resolução dos casos, a arbitragem se mostra mais apta para tanto, apesar de aparentar ser um retorno às origens do processo, quando, conforme exposto no capítulo anterior, os conflitos passaram a ser resolvidos pelos árbitros.

A arbitragem é meio privado de solução de controvérsias dos mais antigos e é surpreendente que tenha sido abandonada por tanto tempo, em todo o mundo. Esse abandono coincide com a preponderância do papel do Estado centralizador e dotado de poder jurisdicional para resolver todas as controvérsias surgidas no âmbito da população<sup>30</sup>.

Justamente devido a sua importância e necessidade de difusão da temática, o Código de Processo Civil brasileiro de 2015 inovou em seus termos ao abarcar novas situações prevendo reflexos no procedimento arbitral, apesar de não tratar diretamente sobre a arbitragem, sua entrada em vigor trouxe novas perspectivas.

Algumas destas mudanças, dentre as quais as abaixo expostas a título exemplificativo, demonstram que o ordenamento jurídico tem procurado traçar premissas de fomentar e estimular a aplicação prática dos meios alternativos de solução de conflitos de interesses.<sup>31</sup>

proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei”.

30 MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, abr/jun 2006. p. 40.

31 Nesse sentido, confira-se o art. 3º., em especial o § 1º., do novo CPC/2015, *in verbis*: “Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º. É permitida a arbitragem,

Neste viés, afirma o art. 189, inc. IV, do CPC/2015, que todos os processos judiciais que abarcarem matérias relacionadas à arbitragem deverão tramitar em segredo de justiça, em consonância com o que estabelece aquela lei própria<sup>32</sup>, ou seja, quando presente a necessidade de confidencialidade.

Tal modificação legislativa inclusive foi incorporada na própria Lei de Arbitragem por meio da Lei federal n. 13.129 de 2015, que alterou alguns pontos principais daquela legislação, gerando reflexo no parágrafo único do art. 22-C, estabelecendo que “No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem”.

Além disso, ficou mais evidente a incidência da cooperação<sup>33</sup> do Poder Judiciário com o “processo” arbitral, já que o art. 237, inc. IV, do CPC/2015, aborda a carta arbitral, procedimento a ser adotado pelo juiz estatal para cooperar com a arbitragem agindo de modo coercitivo, já que a arbitragem não pode ser coercitiva<sup>34</sup>.

A lei processual manteve também as situações previstas no CPC/73, em que o processo deve ser julgado extinto devido a existência de cláusula compromissória ou convenção de arbitragem, fazendo a ressalva que esta decisão não pode ser dada *ex officio*, mas apenas mediante provocação das partes, porquanto é possível

na forma da lei. § 2º. O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

32 Isto porque a própria Lei da Arbitragem afirma, em seu art. 13, § 6º (“No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”), que o processo arbitral deve ser sigiloso e todos os envolvidos devem atuar com discrição. Neste sentido é a obra de José Emílio Nunes Pinto (PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, jul/set 2005, p. 23-36.)

33 Quanto ao tema, Carlos Alberto Carmona, em artigo publicado na Revista do Advogado em 1997, afirma que o ato do árbitro solicitar ao juiz o cumprimento coercitivo de algo não se trata de subordinação, mas de cooperação do Estado para com a Justiça Privada. (CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. n. 51. Out/1997. p. 17-24.)

34 Uma das características da arbitragem é a impossibilidade do uso da força (coerção) para tornar efetivo o que foi decidido ou o que deveria ser feito, já que tal ato é exclusivo do Estado-juiz. Isto ocorre porque a perda desta exclusividade poderia acarretar o retorno indesejado à época de justiça de mãos próprias, consoante exposto no item anterior.

a renúncia tácita/expressa pelas partes destes institutos em prol do processo judicial.

Tais previsões legais tendem a demonstrar a importância do estudo deste antigo, e ainda vigente, tratamento como forma de resolver os imbróglios criados pelas pessoas, físicas ou jurídicas.

#### 4. A IMPORTÂNCIA E INFLUÊNCIA DA ARBITRAGEM

A arbitragem no plano concreto, à luz do que já foi exposto no presente texto, demonstra-se como um eficiente meio para a resolução dos litígios<sup>35</sup> por suas características predominantes e por permitir ainda mais a confiabilidade pública, justamente por se tratar de meio mais democrático.

A comunidade jurídica contemporânea, ao indicar que os meios alternativos de solução de conflitos podem e devem ser mais estimulados, acaba influenciando diretamente em novéis institutos e novas perspectivas práticas, que ao longo do tempo são adicionadas às codificações já existentes.

Sob esta perspectiva, a arbitragem além de estar vinculada ao *múnus* público de sua implementação, ainda demonstra que se utilidade no plano comparado e concreto.

##### 4.1. A arbitragem e o *munus* público

A partir da leitura pura e simples da Lei de Arbitragem é possível se verificar que esta forma de solução de conflito possui o fim precípua de acarretar a pacificação social, podendo, sob esta perspectiva, ser analisada como um instrumento a serviço do Direito.

Justamente por possuir um fim social que está igualmente relacionado ao fim do Direito, é que se pode afirmar que a arbitragem possui um *múnus* público que vai além de sua mera incidência.

Alexandre Freitas Câmara manifesta-se neste mesmo sentido, ao afirmar que o árbitro, em sua atividade

privada, busca a pacificação social<sup>36</sup>

A arbitragem ao ser tida como uma via alternativa significa, efetivamente, uma mera designação doutrinária que em nada altera a sua inserção e finalidade, já que ao ser resguardada por legislação própria e ser estimulada pelos ordenamentos jurídicos vigentes, apresenta-se à sociedade como um meio efetivo de se alcançar a justiça.

Em que pese seja um expoente da justiça privada, nos termos já expostos neste texto, a arbitragem guarda relação com a função do Estado ao permitir, de maneiras diferenciadas e sem a necessária coerção, a harmonia entre os litigantes por meio de uma decisão justa e equânime.

Vale neste ponto ressaltar que os meios alternativos de solução de conflitos passaram a ser mais discutidos, doutrinariamente, com base nas dificuldades apresentadas pelo processo civil tradicional.

Essas e outras dificuldades [formalidade do processo, tempo para pacificar as pessoas em decorrência da duração legal do processo e os custos judiciais] têm conduzido os processualistas modernos a exco-gitar novos meios para a solução de conflitos. Trata-se dos meios alternativos de que cuida no presente item, representados particularmente pela conciliação e pelo arbitramento<sup>37</sup>.

A arbitragem diferencia-se do processo judicial pelo fato de possuir um, ou mais, árbitro escolhido pelas próprias partes para resolver o litígio, exercendo, de forma, função semelhante à do juiz togado e, com isso, atua com *múnus* público.

E justamente por exercer esta função é que o árbitro deve ser cautelosamente escolhido e a legislação pátria estabelecer tantos critérios e deveres a serem observados por ele, já que a sua decisão possui força vinculativa e é irrecorrível, embora não seja possível o árbitro exercer coerção na sua aplicação.

A sentença arbitral é ato decisório que produz os mesmos efeitos da judicial, e por assim ser, deve ser observado os mesmos requisitos da sentença judicial, como ocorre na sentença judicial proferida pelo juiz estatal, no âmbito do processo conduzido por um juiz togado.

35 Vale a ressalva que a arbitragem é tida como meio alternativo de solução de conflitos em face da longa tradição jurisdicional estatal como centro natural de solução dos conflitos, de modo que hoje a arbitragem não é vista como um meio primário, mas, sim, meio op-tativo (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 31.)

36 CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 11.

37 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32.

A função de ambas é permitir que a justiça seja alcançada e as partes possam, enfim, resolver o litígio a partir do que estabelecer o terceiro chamado.

Tamanha é a sua importância e influência que diversos institutos processuais civis foram modificados ou reanalisados a partir do estudo da arbitragem, e de suas experiências concretas, já que ao exercer esta função social e pública, o procedimento arbitral deixa de ser um mero “meio alternativo de solução de conflitos” para ser um método prático e à disposição da sociedade.

#### 4.2. Reflexos (diretos ou indiretos) da arbitragem

Hodiernamente, o processo judicial, à luz do postulado de seu fim social, estabelece como elemento fundamental da tutela dos direitos e segurança jurídica, de modo que é imprescindível que as decisões busquem a verdade, respeitando o contraditório com celeridade e o mínimo de coação estatal.

Há de ressaltar, então, que a justiça estatal, com fulcro nos movimentos de acesso à justiça, tem difundido a cultura da pacificação dos litígios, por intermédio das formas consensuais, como a conciliação, a mediação e a justiça restaurativa, ou por meio de processos cada vez menos impositivos e inflexíveis que permitem uma democratização do procedimento e maior confiabilidade nos procedimentos por parte dos envolvidos.

Emerge, então, a possibilidade de flexibilização do procedimento embasado, principalmente, no processo cooperativo, o qual busca sanar os vícios e problemas que impedem a efetividade da prestação jurisdicional.

A admissão destas ideologias se deve pela evolução da ciência processual, a qual reafirma os fundamentos, bases e conceitos do próprio processo, sob a égide de sua instrumentalidade ou, mais atualmente, do formalismo-valorativo do processo civil<sup>38</sup>.

38 Sobre este assunto, Carlos Alberto de Oliveira (OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3 ed. rev. atual. aum. São Paulo: Saraiva, 2009) aborda em seu livro que o processo atual deve ser visto de forma mais ampla, embasado, principalmente em seu viés constitucional e como forma de permitir que o direito constitucional seja amplamente garantido por meio dos ritos aplicados no Poder Judiciário, não devendo nem as partes e nem os juízes ficarem ad-

Tem-se por procedimento rígido aquele que é sujeito a fases e ritos preestabelecidos, de modo que é absolutamente insuscetível de desvios ou alterações na caminhada linear do processo ainda que seja algo buscado pelas partes de comum acordo<sup>39</sup>.

Por sua vez, o procedimento flexível corresponde àquele que permite que o rito/caminhada jurídica seja adaptado conforme as necessidades, as exigências e as conveniências de cada caso, tal qual ocorre na arbitragem.

A flexibilização procedimental, fecundada na proposta do novo Código de Processo Civil, influenciada pela própria ideia da arbitragem, almeja atenuar a rigidez formal que acarreta a burocratização da prestação jurisdicional<sup>40</sup>, estando relacionada também aos princípios do acesso à justiça, que é fruto de diversos movimentos intelectuais com o fito de auxiliar os aplicadores do Direito.

Tais premissas guardam relação com os valores fundantes da arbitragem, uma vez que esta se caracteriza por ser um processo instaurado a partir da autonomia da vontade das partes que, de comum acordo, escolhem um terceiro para analisar e julgar o caso, aceitando as consequências desta decisão.

Luigi Paolo Comoglio e Conrado Ferri, no ambiente do direito italiano, ao tratarem da arbitragem e, particularmente, acerca de sua caracterização, escrevem:

Anche l'arbitrato è caratterizzato dalla presenza di un terzo, ma è diversa da funzione che costui svolge: essa non consiste nel propiziare l'accordo delle parti, ma nel risolvere il conflitto con una decisione autonoma ed indipendente. L'arbitrato si fonda su un accordo delle parti, ma tale accordo riguarda essenzialmente la comune volontà de accertare il giudizio dell'arbitro come regolamento del conflitto. Le parti decidono cioè di demandare all'arbitro l'individuazione dell'assetto di interesse che costituirà la soluzione del conflitto che le riguarda<sup>41</sup>.

tritos à forma, abrindo mão do direito material e da tutela plena e efetiva da pessoa. Tal matéria constitui-se como uma evolução da visão instrumentalista do processo proposta por Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013).

39 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem: Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 56.

40 Calamandrei, em sua obra *Direito Processual Civil*, já se manifestava quanto a necessidade de temperar a excessiva rigidez processual de acordo com a necessidade e exigências concretas de cada causa (CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 1999. v. I. p. 299.). O que para o presente trabalho significa o estudo e aplicação do que há de melhor em outros institutos postos a serviço da população, como no caso da arbitragem.

41 COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile*, 2 ed. Bologna: il Mulino, 1998, p. 12.

E neste mesmo sentido, os negócios jurídicos processuais demonstram-se como sendo os fatos jurídicos voluntários que conferem ao sujeito o poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas processuais<sup>42</sup>. Ou seja, a sua premissa básica guarda absoluta relação com a arbitragem, de modo que não se pode olvidar que este antigo mecanismo em prol da justiça continua influenciando no processo, ainda que dentro do âmbito da justiça estatal.

Esta interação é tão evidente que ambos os institutos correspondem ao fruto da autonomia privada que implicam na liberdade de celebração, modificação e extinção de relações jurídicas a partir da adequação do processo ao direito material, tanto em um, como no outro, o que se busca é adequar o direito a ser tutelado com o rito aplicado ao caso concreto.

Tal qual ocorre com a arbitragem dentro do ordenamento jurídico pátrio, também os negócios jurídicos processuais possuem limites<sup>43</sup>, estando a primeira relacionada aos direitos disponíveis e os últimos aos direitos que admitam a autocomposição e, esta similitude se deve, também, à prática e estudo doutrinário deste meio de solução de conflitos.

Em que pese seja possível se verificar um aparente retorno à justiça privada com os novéis institutos processuais trazidos pelo novo Código Processo Civil, Lei federal n. 13.105, de 16 de março de 2015, a situação deve ser analisada sob outra ótica: a evolução do sistema a partir da análise doutrinária dos instrumentos antigos, como a arbitragem, dentro das necessidades contemporâneas da sociedade civil-politizada e do processo.

Tais necessidades se devem ao aumento do nível de complexidade das relações sociais<sup>44</sup>, eis que a sociedade contemporânea tem se deparado com inovações tecnológicas e digitais, além de interações/negociações diferenciadas que exigem adequação de todo o ordenamento jurídico.

42 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 121.

43 Confira-se o art. 190 do CPC/2015 “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, o que é semelhante ao que estipula o art. 1º da Lei federal n. 9.307/96 (“Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”), portanto, ambos estão correlacionados.

44 VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistêmico: o novo paradigma da ciência*. 4 ed. Campinas: Papirus, 2002. p. 101.

José Eduardo Carreira Alvim<sup>45</sup>, inclusive, já havia se manifestado sobre as vantagens da arbitragem ao afirmar que a grande vantagem da arbitragem sobre o processo judicial era permitir que as partes estipulassem o procedimento e os atos a serem praticados, tornando a tutela do direito mais específica e menos agressiva. Portanto, não restam dúvidas de que os meios alternativos de solução de conflitos permitem uma maior discussão e sua importância vai além da prática para também interferir no campo doutrinário.

Pode-se afirmar, então, que a arbitragem, enquanto um dos mais remotos mecanismos de heterocomposição, atua não só àquele que clama por justiça, mas, também, em benefício de toda a sociedade.

### 4.3. Das recentes inovações na arbitragem

A utilização da arbitragem na sociedade contemporânea, mais do que uma forma de beneficiar o coletivo, representa, verdadeiramente, a possibilidade de garantir o pleno acesso à justiça.

A exemplo disso, tem-se que a sua própria incidência foi aumentada na medida em que a legislação passou a estimulá-la nos casos envolvendo até mesmo a administração pública<sup>46</sup>. Isso se deu a partir da Lei federal n. 13.129 de 26 de maio de 2015 (a qual alterou a Lei de Arbitragem – Lei federal n. 9.307/96), ao expressar que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

De fato, tal questão por muito tempo foi dita por tormentosa pela doutrina, eis que a visão clássica do Direito Administrativo concebe a atuação estatal a partir do interesse público, o qual seria indisponível e pertencente à coletividade, de modo a conflitar com a ideia de que a arbitragem está atrelada aos direitos patrimoniais disponíveis.

Por outro lado, ao mesmo passo em que pendiam discussões doutrinárias neste sentido, o Poder Legislativo, por meio de novas leis, passou a fomentar e prever a possibilidade de participação da Administração Pública

45 CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 121.

46 Importante se destacar que a incidência da arbitragem na administração pública não é *ilimitada*, sendo que a própria legislação prevê limites ao seu uso, tais como a impossibilidade de julgamento por equidade.

na Arbitragem, como na Lei federal n. 9.472 de 1997<sup>47</sup>, na Lei de instituiu o Conselho Nacional e Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo (Lei 9.478 de 1997), dentre outros.

Desta forma, pode-se destacar que a influência da Arbitragem no Direito Contemporâneo está interligada aos meios de se atingir a pacificação social sem que haja necessariamente o processo judicial tradicional (seja por meio da possibilidade de flexibilização procedimental ou por intermédio da própria vinculação da administração pública).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A arbitragem, tomando por base o que foi exposto no presente texto, representa uma das formas mais efetivas e antigas para a solução dos conflitos, tendo agido sempre em favor da sociedade, ora de modo direto, como na primeira fase do Direito Romano Privado, por intermédio da figura dos árbitros privados nas *legis actiones*, ora de modo indireto, como nos negócios jurídicos processuais e nos movimentos em prol da flexibilização do procedimento.

Em que pese subsistir a dicotomia entre a *justiça estatal* e a *justiça privada*, ambas devem ser analisadas conjuntamente sob o viés da harmonia social, isto porque se a função precípua do Direito é evitar o caos e a desordem, incumbindo tanto ao Estado, quanto aos órgãos correlatos, discutirem criticamente todos os institutos vigentes, filtrando suas melhores qualidades em prol de um fim único e coletivo.

Por assim o ser, resta evidenciada a importância valorativa da arbitragem, eis que para o principado da segurança coletiva, o primeiro passo a ser dado está relacionado à tutela dos direitos.

A análise da arbitragem a partir de seus reflexos práticos e históricos auxilia na compreensão teleológica do instituto e contribui no fomento do estudo da justiça privada, enquanto meio alternativo na solução dos conflitos de interesses.

No presente estudo, objetivou-se destacar a importância da arbitragem para o Direito, em sentido *latu*,

além de demonstrar, de modo mais prático, as influências processuais do procedimento arbitral.

Conforme exposto ao longo do presente texto, é imprescindível para a tutela efetiva do direito material que subsista um “diálogo das fontes” de modo a permitir uma correta valoração dos institutos processuais ora vigentes.

Ressalte-se, contudo, que esta valoração parte de seu atributo histórico rumo ao aperfeiçoamento do Direito, principalmente em face do atual estágio da sociedade que se autodenomina na “era da efetivação dos direitos”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROCAS, Manuel Pereira. *Lei de Arbitragem Comentada*. Coimbra: Almedina, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 6 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Theoria Geral do Direito Civil*. 6 ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Paulo Azevedo, 1953.

CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbieri. Campinas, SP: Bookseller, 1999. v. 1, 3.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Poderes instrutórios do juiz e processo civil democrático. In: FARIA, Juliana Cordeiro de et al. (Org.) *Processo civil: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. 4. tir. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo. n. 51. Out/1997.

47 Lei que instituiu a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e previu em seu art. 93 que o contrato de concessão indicaria o “foro e modo de solução extrajudicial das divergências”.

p. 17-24.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Elementos de Teoria Geral do Processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. de Paolo Capitanio. 2 ed. Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo, FERRI, Conrado, e TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile* 2 ed. Bologna: il Mulino, 1998.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma, 1993.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CRETELLA NETO, José. Arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias envolvendo relações jurídicas de caráter patrimonial. Maringá: *Revista Unicesumar*, 2008, v. 8, n. 2. Semestral. ISSN 2176-9184. p. 337-359.

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

DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro : (teoria geral do processo e auxiliares da justiça)*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. I.

MAGALHÃES, José Carlos. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, abr/jun 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil: o acesso à Justiça e os institutos fundamentais do direito processual*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1993.

MORAES E BARROS, Hamilton de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil: Tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento*. Forense: Rio de Janeiro, 1995.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 2, n. 6, jul/set 2005, p. 23-36.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2004. t. 2.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. v. I. Buenos Aires: Temis-Depalma, 1969.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

RUIZ, Ivan Aparecido; PATTO, Belmiro Jorge. A arbitragem como instrumento de efetivação dos direitos da personalidade no contexto do direito de família: Ampliação do acesso à justiça nas hipóteses de separação e divórcio litigiosos. *Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 5214-5243.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais da arbitragem*. Florianópolis: Boiteux, 2004.

VASCONCELLOS, Maria José Esteves. *Pensamento Sistemico: o novo paradigma da ciência*. 4 ed. Campinas: Papirus, 2002.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Fundamentos da História do Direito*. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.