

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ARBITRAGEM E SUA CONSTITUCIONALIDADE:

Elizabeth Cristina Campos Martins de FREITAS*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceito e Breve histórico. 2. Vantagens da Arbitragem. 3. Natureza Jurídica da arbitragem. 4. Procedimento arbitral 5. Análise acerca da Constitucionalidade da arbitragem. Conclusão.

A necessidade de reforma de nosso sistema de justiça tem suscitado inúmeros debates não só entre operadores do Direito, mas na sociedade brasileira como um todo.

Da inadequação de nosso sistema judiciário, decorre a ineficácia social da prestação jurisdicional. Hodiernamente, o que se discute não é a independência e autonomia do processo; a preocupação maior atualmente é com a efetividade do processo, se ela existe no sentido de proporcionar de forma ampla o direito substancial. A preocupação em garantir a quem tem um direito tudo o que esse direito pode proporcionar não é atual e já fora defendida com ênfase pelo grande Chiovenda.

Questionamentos a respeito da efetividade do processo, a necessidade de ele ser apto para eliminar insatisfações e fazer com que o Direito seja cumprido ensejaram reflexões e propostas de mudança na prestação da tutela jurisdicional. O objetivo visado é adequar a própria prestação da tutela jurisdicional e seus instrumentos às necessidades contemporâneas. A adequada proteção jurídica, entendida como sendo um dos direitos inalienáveis do ser humano, implica um processo adequado e justo que garanta tutela efetiva ao titular do interesse juridicamente protegido.

O escopo primordial do processo é a tutela concreta dos direitos. Em decorrência da quantidade enorme de litígios e o congestionamento da

atividade jurisdicional, os estudiosos do Direito têm procurado meios alternativos de solução de conflitos, entre os quais se destaca a arbitragem.

1. Conceito e Breve histórico do Instituto:

A arbitragem é considerada como uma das formas mais antigas de resolver conflitos civilizadamente, podendo ser até mesmo o precedente da criação dos órgãos judiciários permanentes.

O instituto da arbitragem pode ser definido como uma alternativa para resolução de litígios civis, atuais ou futuros, a respeito de direitos patrimoniais disponíveis, por meio de árbitro ou árbitros privados, espontaneamente selecionados pelas partes. As decisões prolatadas por esses árbitros têm capacidade para produzir os mesmos efeitos jurídicos das sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Após a consolidação do sistema judiciário para administrar a justiça, houve uma diminuição da utilização da arbitragem como forma de compor controvérsias entre pessoas.

Hodiernamente, presencia-se o ressurgimento da arbitragem como um dos meios alternativos de solução de litígios buscados para ao menos minimizar a problemática resultante da grande quantidade de litígios e do congestionamento da atividade jurisdicional marcada pela morosidade e

(*) Mestranda em Direito Processual Civil pela PUC-Campinas.

formalismo exagerado. Não é suficiente a previsão de normas abstratas e de situações de vantagem pelo legislador, no plano substancial, sem que sejam fornecidos aos jurisdicionados instrumentos adequados e idôneos para realizá-las na prática. Se apenas houver previsão legal, sem mecanismos aptos a concretizá-las, o ordenamento jurídico apresentado será incompleto. Para ser efetivo, um ordenamento jurídico deve além de prever, garantir a efetiva tutela dos direitos. A teoria e a prática devem constituir um conjunto harmônico. Afinal, há entre elas relação de dependência intrínseca.

A urgência em estudar e encontrar alternativas aptas a melhor satisfazer as demandas decorrentes da complexidade crescente de uma realidade sócio-política-econômica em profunda transformação, fez com que a arbitragem fosse estudada com maior apuro.

O legislador brasileiro, frente às notórias deficiências do aparelho judiciário e à hegemonia da ideologia liberal, que incita o recurso ao regime do mercado como mecanismo de regulação das ações sociais, até mesmo dos conflitos, buscou solucionar toda essa problemática. Diante dessa realidade, e analisando a grande importância da arbitragem em outros países, o legislador pátrio optou por editar a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 (LA), introduzindo em nosso ordenamento o instituto de que se cuida.

As reformas legislativas e a reformulação da arbitragem devem ser entendidas partindo-se do contexto sócio-político-econômico e ideológico do qual afloraram. A realidade da sociedade exigiu mudanças e obteve respostas, que se não são capazes de resolver toda essa problemática jurídica, ao menos servem para minorá-la e como um primeiro passo para atingir o maior escopo que é o do acesso à justiça efetivo.

Atualmente, o pensamento liberal ou neoliberal é o que prevalece. Seu retorno decorre diretamente da crise do Estado Social (welfare state). A solução estaria na eliminação da intervenção Estatal no que concerne à liberdade dos indivíduos, na medida em que consiste em um sistema da livre iniciativa individual o que possibilita mobilizar, da melhor forma possível, as informações, conhecimentos e competências necessários para regular a vida em sociedade.

A arbitragem poderia ser entendida como sendo inspirada pela ideologia liberal, na medida em que é estruturada na liberdade dos indivíduos. Nela, estão inseridos dois contratos que são expressão de livre arbítrio. O primeiro contrato é feito pelas partes conflitantes quando da escolha do instituto da arbitragem como meio alternativo de solução do conflito. Já o segundo contrato ocorre entre os litigantes e o árbitro escolhido para que este se obrigue a compor o litígio em nome e por mandado das partes.

A liberdade das partes é fator preponderante na arbitragem. São elas quem escolhem a arbitragem como forma de solucionar o conflito, o árbitro e o conteúdo dos contratos. Dessa forma, são as partes que escolhem os pontos principais da arbitragem como: o que deve ser decidido pelo árbitro (nem sempre há vontade das partes em que todas as questões que estruturam o conflito sejam examinadas), qual deve ser o procedimento pelo qual o árbitro deverá se pautar, qual será o critério de julgamento que deverá nortear a decisão, seja fundamentado no direito geral, em determinado setor do direito, nos costumes, nos princípios gerais do direito, na equidade, nas regras de comércio internacional, entre outras.

Enquanto quase tudo na arbitragem é regulado pelo exercício da liberdade individual, no sistema judiciário é a lei que tudo regula.

A arbitragem é uma resposta liberal, dada no afã de se contornar essa grave crise do Judiciário, que infelizmente presenciamos.

A questão que se levanta é se a arbitragem é capaz de atender às exigências éticas, intrínsecas em um sistema de solução de conflitos sociais. Para os liberais, a arbitragem é um procedimento justo pela premissa de ser um contrato onde há como já afirmado anteriormente, liberdade no consentimento das partes, o que o tornaria moralmente legítimo.

Não obstante a explicação liberalista ter lógica, algumas críticas devem ser levantadas para melhor entendimento do tema. O conceito de liberdade liberalista é abstrato, não sendo feita a devida correlação entre essa teoria e suas consequências na realidade social na qual será aplicado. Dessa forma, não parte do princípio de que vivemos em uma sociedade onde as diferenças sócio-econômicas são traços marcantes que não

podem de forma alguma ser ignorados. As relações de poder que posicionam socialmente as pessoas de forma desigual acabam por limitar a liberdade das mesmas. A liberdade apregoada pelo pensamento liberal é dessa forma, em grande parte utópica, as partes na realidade não estão em igualdade de condições para imporem seus direitos, interesses na relação contratual. Essa foi a crítica marxista ao pensamento liberal, que resumindo, levanta a tese de que os liberais mascaram a realidade da desigualdade social fazendo prevalecer o "status quo" dos economicamente mais privilegiados. Mesmo havendo a previsão de direitos e liberdades, se as mesmas não são efetivas, se a necessidade de sobrevivência é a prioridade entre os economicamente mais fracos, eles acabarão por ser impedidos de reclamar sua prerrogativas. O melhor caminho seria o da busca de uma política mais igualitária que possibilitasse uma melhor distribuição de riquezas.

Diante de toda essa realidade, que não pode ser desconsiderada na labuta incessante pelo acesso à Justiça, no estudo da arbitragem ela deve ser tomada como ponto de partida para refletirmos no anseio de encontrarmos a solução mais acertada. Deve haver inseridos no instituto da arbitragem mecanismos que garantam um mínimo de equilíbrio entre as partes para que na "praxis", elas possam participar na formação dos contratos de que deriva a escolha da arbitragem como meio apto de solucionar conflitos. Apenas com essa cautela é possível referir-se à arbitragem como sendo verdadeira expressão da liberdade das partes, o que legitimaria o acordo de vontades como legítimo.

Em países onde as diferenças sociais não são tão gritantes, há possibilidade de a arbitragem desenvolver-se com maior legitimidade. Entretanto, no Brasil, como é notório, as desigualdades sócio-político-econômicas são enormes. Sendo assim, para podermos contar com a arbitragem como uma das saídas para a crise do Judiciário que abala toda a sociedade, e para que ela não seja instrumento de manutenção do "status quo" é necessário tomarmos importantes precauções. Para alcançarmos tal objetivo, a Lei de Arbitragem precisa ser aperfeiçoada, para ser instrumento da mais lúdima Justiça e para que sua constitucionalidade não seja atacada no que diz respeito ao artigo terceiro e seus incisos da Magna Carta. Esse artigo refere-se à atribuição

que é dada ao direito de promover a transformação da sociedade, conforme os valores da Justiça, igualdade e solidariedade e não contribuir para a perpetuação da exploração dos menos favorecidos economicamente.

2. Vantagens da Arbitragem:

No intuito de contribuir para solucionar a problemática do Judiciário, a arbitragem apresenta uma série de vantagens em relação ao Judiciário salientadas pela melhor doutrina como na obra *A Lei De Arbitragem*, de José de Albuquerque Rocha, página 23, que merecem ser apreciadas. Se compreendi corretamente a lição do autor, as vantagens são:

1) Rapidez, que, "data venia", não é absoluta, já que os árbitros também necessitam de determinado tempo para a devida instrução da causa e decisão do conflito que irá variar conforme a complexidade das questões. É concedido às partes o poder de fixar prazo para a solução da contenda, e se assim não fizerem o prazo será de seis meses. Não obstante, por proibir recurso, a arbitragem continua sendo mais célere do que o Judiciário.

2) Simplicidade da arbitragem, o que muito a diferencia da entravada máquina judiciária possuidora de complexa estrutura contaminada por procedimentos burocráticos tão prejudiciais à sociedade.

3) Informalidade procedimental. A arbitragem possui natureza de meio privado de solução de litígios, seguindo em decorrência disso, um procedimento informal, tendo apenas regras realmente necessárias que as próprias partes estabeleceram, em contraposição ao Judiciário com seu intrincado sistema legal e procedimento formal ao extremo.

4) Relativamente mais barata, na medida que os árbitros são particulares e remunerados pelas partes. Esse é um ponto que merece ser discutido. Afinal, sendo especialistas, os árbitros saberão valorizar o seu trabalho, o que resultaria na arbitragem ser medida viável apenas aos ricos.

5) Qualidade superior da decisão se o árbitro for especialista na matéria objeto de debate se comparada à decisão de um juiz que para determinados assuntos é leigo.

6) Apresenta um número maior de opções de julgamentos, na medida em que o árbitro pode optar por vários caminhos para decidir, até mesmo coordenar os interesses em conflito, enquanto no Judiciário há um modelo dicotômico a ser seguido para o juiz decidir: ou ganha ou perde.

7) Discrição da arbitragem que se contrapõe a publicidade característica do Judiciário.

8) Ambiência por criar uma atmosfera propícia ao entendimento entre as partes, por ter natureza de procedimento baseado no consenso, diferente do meio judiciário permeado pela solenidade e impessoalidade das formas.

9) Ser mais eficaz por geralmente as partes aderirem mais à decisão prolatada por um árbitro por elas escolhido, do que a declarada por um juiz imposto pelo Estado. Mesmo porque, no momento em que as partes decidiram escolher a arbitragem como meio para solucionar o conflito existente entre elas, optaram também por acatar e cumprir a decisão a ser prolatada pelo árbitro que escolheram.

Apesar da necessidade de revisão da arbitragem no que tange à igual oportunidade de participação que deve ser dada às partes nas tomadas de decisão, ela ressurge sem dúvida alguma como uma alternativa de extrema importância para atingirmos o escopo maior do direito que é o acesso à justiça efetivo.

No sentido de aprimorar a lei, faz-se necessário por exemplo, introduzir na mesma, medidas protetoras do consumidor como a obrigatoriedade da criação dos conselhos arbitrais constituídos paritariamente pelos grupos sociais envolvidos, consumidores e empresários, que atuariam quando se escolhesse a arbitragem para dirimir lides decorrentes da relação de consumo, de locação, de seguros em geral, sistema financeiro de habitação e transportes. Urge ressaltar que meios alternativos para solução de conflitos como é o caso da arbitragem, apesar de valiosos, não desobrigam o Poder Público de tomar providências urgentes com o objetivo de reformar o Judiciário para que a tutela jurisdicional seja efetiva e portanto capaz de satisfazer os jurisdicionados. Afinal, não se pode esquecer que na realidade brasileira, o Judiciário representa o único sistema capaz de proporcionar a todos indiscriminadamente acesso gratuito à justiça, que após as devidas e esperadas reformas deve ser também efetivo.

A arbitragem é estruturada por três elementos: por um contrato entre as partes, no qual elas optam livremente pela arbitragem como meio para solucionar o conflito; um contrato entre as partes e o árbitro escolhido atribuindo-lhe o poder de decidir o conflito além de várias normas de direito público determinando os requisitos de validade da convenção de arbitragem (capacidade, imparcialidade, competência e responsabilidade dos árbitros, determinadas garantias das partes relativas ao procedimento, e principalmente a decisão que equipara a decisão do árbitro às sentenças dos membros do Judiciário, capacitando-a a ter seus efeitos qualificados pela coisa julgada).

3. Natureza Jurídica da Arbitragem:

Enquanto em sua origem, a arbitragem tem natureza privada, por ser estruturada tendo por base um contrato privado, seus efeitos têm amplitude pública, por ser esse contrato entendido como fato jurídico, para que dele sejam extraídos efeitos jurisdicionais qualificados pela coisa julgada, que é característica marcante da atividade jurisdicional.

Assim como Carnellutti, entendemos que o juízo arbitral seja um equivalente jurisdicional, porque atua no lugar da jurisdição, tal como prevista pela lei brasileira. A lei concede ao árbitro ou árbitros, um agente privado, o exercício da jurisdição, com limitações previamente fixadas, como a proibição de o mesmo utilizar-se de medidas coercitivas ou de medidas cautelares. Quando houver necessidade de tais medidas, elas poderão ser requeridas pelos árbitros ao órgão competente do Poder Judiciário, conforme preceituado pelo parágrafo quarto do artigo 22 da LA. A sentença escrita, ou laudo arbitral que os árbitros proferem, terá força executiva de título judicial, produzindo para as partes e para seus sucessores os mesmos efeitos da sentença judiciária. Às partes é dado o direito de postular por meio de advogados, podendo designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral (par. 3 do artigo 21). Nas questões arbitrais, os advogados são importantes principalmente para fornecer orientações jurídicas às partes quando necessário, e não apenas na elaboração da convenção arbitral.

4. Procedimento arbitral:

No procedimento arbitral, os princípios a serem observados são os mesmos do procedimento judicial, como o do contraditório, o da igualdade das partes e o do livre convencimento do árbitro (par. 2 do artigo 21).

Objetivando proporcionar uma alternativa ao jurisdicionado na solução de litígios patrimoniais privados, o editor da Lei 9.307/96 corrigiu entre outras, a principal falha do antigo juízo arbitral que o levou ao enfraquecimento e desuso, que era a da necessidade da homologação do laudo por sentença de juiz togado. Da forma como estava prescrita, a arbitragem, no Código de Processo Civil, acabou tornando-se um instituto pouco utilizado na prática e com pouco prestígio internacional, exatamente por causa da circunstância de que era ordenado e vigiado pelo Estado. Havia sempre a obrigatoriedade de um pronunciamento judicial (sentença homologatória) para que o laudo arbitral pudesse adquirir qualidade de título executivo.

5. Constitucionalidade do Instituto:

As alterações ocorridas no juízo arbitral reanimaram a antiga discussão a respeito da constitucionalidade da Arbitragem. Mais uma vez, indivíduos contrários a qualquer meio alternativo para solucionar conflitos intersubjetivos posicionam-se contra a arbitragem, estimulados pela inovação legal que estipula que a sentença que o árbitro proferir não necessita de homologação pelo Poder Judiciário, além de não admitir recurso (artigo 18 da LA), ganhando força e natureza judicial, quando for condenatória. Os que se posicionam dessa maneira defendem a tese da inconstitucionalidade da lei pela premissa de a mesma ferir definitivamente vários direitos e garantias fundamentais assegurados pela nossa Magna Carta, como por exemplo o princípio do artigo 5, inciso XXXV, que dispõe: "A Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O conceito de jurisdição segundo essa posição, deve ser entendido como sendo manifestação da soberania, e conseqüentemente, como monopólio exclusivo do Estado. Portanto, segundo esse pensamento, reconhecer a arbitragem como atividade

jurisdicional criaria uma contradição com esse monopólio, o que resultaria em inconstitucionalidade.

Particularmente, em princípio, não entendemos dessa forma. Primeiramente, devemos distinguir entre conceito de poder e conceito de exercício de poder. O primeiro significa a capacidade abstrata ou potencial de emitir normas que devem ser obedecidas sob pena de sanção, e o segundo diz respeito ao momento da realização do poder. Um indivíduo pode ser titular de poderes e não ter seu exercício, ou delegá-los a terceiro. Dessa forma, mesmo que o Estado seja o titular, pode delegar a agentes privados, seu exercício, para por exemplo instituir a arbitragem. Não se trata de recusar a jurisdição. Não há negação do monopólio da titularidade da jurisdição do Estado, este apenas delega ao árbitro o exercício do poder e não sua titularidade que continua sendo privativa do Poder Público.

A respeito do caráter jurisdicionalizante que foi emprestado ao instituto da arbitragem, dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96: "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário". Essa matéria deve ser analisada pelo ângulo constitucional dos direitos e garantias fundamentais, enfocando principalmente a norma que veda a exclusão da apreciação do Poder Judiciário no que concerne a ameaça ou lesão a qualquer direito (CF, art. 5, XXXV), denominada por Pontes de Miranda de princípio da ubiqüidade da justiça, bem como a impossibilidade de alguém vir a ser processado ou sentenciado, a não ser pela autoridade competente (CF, art. 5, LIII) e por juiz natural (CF, art. 5, XXXVII), em sintonia com o devido processo legal (CF, art. 5, LIV) e o acesso à via recursal (CF, art. 5, LV).

Críticas a respeito do artigo 31 da LA foram feitas no sentido de entendê-lo como inconstitucional pelo fato de o mesmo suprimir do Estado-juiz o controle jurisdicional por intermédio da homologação da decisão, cuja redação é a seguinte: "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".

Não há que se falar em qualquer afronta ao princípio do juiz natural ou do controle do juízo

arbitral pelo Poder Judiciário, porque tal circunstância não ocorreu no regime da Lei 9.307/96.

Ao se falar sobre arbitragem, não se pode esquecer que, como jurisdição privada espontaneamente escolhida pelas partes contratantes, como livre manifestação de vontade das mesmas, acaba por esse motivo, tendo natureza contratual jurisdicionalizante, sendo o compromisso arbitral, como bem dito por Arruda Alvim, "um negócio jurídico de direito material, significativo de uma renúncia à atividade jurisdicional do Estado". Os contratos são dessa forma, regidos pelo princípio da autonomia da vontade das partes. Afinal às partes é concedido o poder de optar ou não pela jurisdição Estatal para resolver seus conflitos ou ainda para a revisão sobre o mérito da decisão arbitral.

Cabe ressaltar que a constitucionalidade das transações nunca foi questionada, e no fundo, não existe diferença ontológica entre optar pela jurisdição privada e a disposição de bens ou direitos de natureza privada de forma direta ou por meio de outorga a terceiros. Dessa maneira, se ao jurisdicionado é facultado dispor de seus bens particulares, nada proíbe que ao menos possa dispor das respectivas formas de tutela.

A instituição do Juízo arbitral não é imposta de maneira absoluta aos jurisdicionados, e sim é uma opção concedida às partes litigantes para resolverem seus conflitos. Ocorreria inconstitucionalidade, nesse caso, apenas se os jurisdicionados estivessem sempre obrigados a resolverem seus conflitos de natureza patrimonial por meio do juízo arbitral, o que resultaria na inadmissível exclusão, o que verdadeiramente infringiria o disposto pelo artigo 5, XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

A arbitragem é espécie de jurisdição privada, e na medida em que o árbitro é juiz de direito e de fato (artigo 18 LA), apesar de não integrar o Poder Judiciário, de certa forma, no sentido lato, ele exerce jurisdição por sua atividade contribuir para que se atinja o tão almejado fim da pacificação social ao dirimir conflitos de interesse.

Conforme o disposto no artigo 5, inciso XXXV, de nossa Magna Carta, é assegurado a

todos indiscriminadamente o acesso ao Judiciário, como uma de nossas garantias fundamentais, no sentido de termos a possibilidade de pedir-lhe a tutela jurisdicional para nos defendermos de ameaça ou real lesão a direitos. Segundo algumas opiniões isoladas, a arbitragem violaria esse direito. Acreditamos que isso não ocorra. Para tal assertiva, é possível tomar por base o artigo 33 da LA, onde o acesso à jurisdição estatal está assegurado expressamente, tornando juridicamente possível à parte interessada e prejudicada que se utilizou da arbitragem a propositura de demanda anulatória da sentença arbitral ou embargos à execução (artigo 33, parág. 3, c/c artigo 741, CPC) sempre que houver algum tipo de nulidade (art. 32) ou ainda algumas das circunstâncias elencadas no artigo 20, parágrafos 1 e 2.

Cabe salientar que a execução forçada da sentença arbitral apenas será efetivada por provocação da jurisdição estatal. Isso ocorre pelo fato de que aquela decisão tem força de título executivo judicial, conforme preceitua o artigo 584, III, do CPC, c/c art. 41 da LA.

A opção concedida às partes de poder utilizar-se do Juízo arbitral para solucionar seus conflitos de interesses fora do Judiciário, não fere qualquer direito individual, já que apenas os atos executórios é que poderão causar algum tipo de lesão ao litigante sucumbente, sendo que nessa hipótese, a execução é privativa do Poder Judiciário, passando necessariamente pelo crivo de sua apreciação.

Nos casos de superveniência de controvérsia durante o desenvolvimento da arbitragem, referente a direitos indisponíveis e entendendo-se que da sua existência ou não irá depender o julgamento, ou não, o árbitro ou o tribunal arbitral encaminhará as partes à autoridade competente do Poder Judiciário. Ocorrendo tal situação, o processo arbitral será suspenso, voltando a desenvolver-se normalmente, somente quando a questão prejudicial for resolvida e transitar em julgado. Toda essa situação será provada pela juntada dos autos da sentença ou do acórdão respectivo (art. 25 e parágrafo único).

Outro fato de extrema importância que não pode ser esquecido, é que sempre incumbirá ao Poder Judiciário resolver sobre a instituição do juízo arbitral, quando houver cláusula compromissória e resistência de um dos litigantes (art. 7).

No que concerne, ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, conforme o disposto pela referida lei (arts. 483 e 484 do CPC c/c arts. 34 e 35 da LA), as mesmas obrigatoriamente deverão sujeitar-se à homologação pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto a cláusula arbitral, o compromisso arbitral e a decorrente instituição do juízo arbitral, são opções oferecidas às partes litigantes. Optando pelo Juízo arbitral, faz-se a escolha por ter seus conflitos de interesses relativos a direito patrimonial disponível apreciados não pelo Estado juiz, mas pelo árbitro. Entretanto, a escolha pelo juízo privado não retira do Judiciário a função de guardião da estrita observância do devido processo legal constitucional, o que também ocorre com suas atuações relativas à coerção, execução ou anulação de decisões arbitrais.

A matéria a respeito da constitucionalidade da Lei 9.307/96 está sendo analisada pelo Supremo Tribunal Federal, de forma incidental, no processo de Sentença Estrangeira 5206-8/246, proveniente do Reino da Espanha, em recurso de agravo regimental.

O Ministério Público Federal, por entender no mesmo sentido do pensamento desenvolvido no parecer do Procurador Geraldo Brindeiro, declarou que o agravo regimental deveria ser provido, e o julgamento fosse no sentido da constitucionalidade da Lei 9.307/96. Sobre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, foi explicitado que ele "não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados - diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que têm gerado a lentidão das demandas judiciais - abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam

idênticos àqueles das decisões prolatadas pelo Poder Judiciário".

"E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direito, é de se observar que a Lei 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus artigos 6, 7, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário aqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem". ("", partes do parecer do Procurador Geraldo Brindeiro).

Apesar de aceitar o pedido de homologação da sentença arbitral espanhola, o Ministro Pertence, por meio de ofício, manifestou-se pela inconstitucionalidade dos artigos 6, 7, 41 e 42, constantes da Lei de arbitragem, e em decorrência disso, a matéria encontra-se, sub examine perante a Corte Suprema.

Por todas as premissas já levantadas, deve-se descartar a tese de inconstitucionalidade do artigo 18 da LA, referente à irrecorribilidade da sentença arbitral.

Não há nesse caso, afronta ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, ou do princípio do duplo grau de jurisdição. Além do que, o duplo grau de jurisdição para alguns doutrinadores, nem mesmo chega a ser realmente um princípio, por, segundo tal opinião, não ter previsão constitucional expressa, o que permitiria haver limitações em hipóteses definidas em normas infraconstitucionais.

A afirmação de que a nóvel Lei de Arbitragem tende a enfraquecer o Poder Judiciário deve ser afastada completamente, por todos os motivos já expostos. Ocorre, na realidade, exatamente o contrário. Concedida ao jurisdicionado a opção de poder escolher entre a jurisdição estatal ou privada, conforme o que mais lhe for conveniente, para solucionar seus conflitos de interesse de natureza patrimonial disponível, houve um grande avanço. Além do que, o Estado juiz tende a fortalecer-se paulatinamente, à medida que for necessariamente provocado quando o conflito dispuser a respeito de

direitos indisponíveis, nos quais sua atuação se faz imprescindível por causa da natureza da relação conflituosa no plano material.

Conclusão:

A arbitragem, com sua nova roupagem, apresenta-se como meio alternativo de solucionar conflitos, e acabará, segundo a opinião de eminentes doutrinadores, sendo acolhida por nossa cultura jurídica e difundida aos jurisdicionados. Disso, possivelmente resultará a redução do volume de demandas patrimoniais, que como é notório estão maculadas pela burocracia que as fazem complexas em demasia em todos os sentidos, principalmente no probatório, além de seu alto custo. O instituto da arbitragem, quando bem utilizado, seria instrumento viável para se diminuir o número de demandas na jurisdição estatal, o que faria com que os magistrados tivessem mais tempo para se dedicar as demais demandas que devam apreciar.

Deve-se acabar de vez com o pensamento deveras equivocado, de que a institucionalização da jurisdição privada significaria um retrocesso à época romana ou uma maneira de enfraquecer e desestabilizar o Poder Judiciário. Na realidade, retrógrada é essa forma de pensar. Diante de toda essa crise tão séria pela qual nosso Judiciário passa, a atitude mais correta e inteligente é buscar soluções viáveis, mas para tanto não se pode fazer pré-julgamentos discriminatórios. As reformas processuais das quais somos testemunhas têm como objetivo principal a busca de adequação do nosso direito instrumental aos novos tempos, marcadamente influenciados pela chamada "globalização". Há então uma certa exigência de aproximarmos normativamente nossa legislação interna com a dos outros países. Isso faria com que houvesse uma diminuição significativa entre os sistemas de "civil e common law".

A satisfação plena do jurisdicionado ao ter realizada a tutela de seu direito material violado ou ameaçado deve ser entendida como nosso objetivo maior, para que ocorra a tão almejada efetivação do processo devidamente amparada pelo "due process of law".

É necessário ter muita cautela na apreciação de caso de resistência de uma das partes que optaram

por fazer pacto diante de determinada cláusula arbitral, e que na ocorrência de certa situação conflituosa, demonstra desistência, não aceitando firmar o compromisso com o intuito de obstar a instituição da arbitragem. Conforme orientações preceituadas no Protocolo de Genebra de 1923, a reformada Lei de Arbitragem determina que a cláusula compromissória não necessita de ato subsequente - o compromisso arbitral - o que a torna capaz de instituir a arbitragem por si só, que será possível de ser verificada mediante requerimento da parte interessada, direcionado ao Estado-juiz, que por meio de sentença terá capacidade para substituir o compromisso, o que fará com que o contrato deixe de ter a característica de contrato particular. Sendo assim, quando diante de um compromisso arbitral, houver ausência de acordo, começa a figurar como contrato imposto por sentença judicial, o que faz com que seja uma forma de executar um provimento estatal com eficácia constitutiva.

A posição dominante é pelo entendimento da inexistência de violação ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional preceituado pelo inciso XXXV do artigo 5 da CF. Mesmo porque, só haverá instituição compulsória do juízo arbitral após a devida comprovação da cláusula arbitral acordada entre as partes. Cabe ressaltar, que essa substituição compulsória ocorrerá após várias tentativas de conciliação e composição conforme o explicitado pelos parágs. 2 e 3 do art. 7 da LA.

O legislador pátrio optou por equiparar os efeitos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral, quando criou meios capazes de instituir compulsoriamente a arbitragem, mesmo diante da objeção injustificável de um dos contratantes firmadores do contrato portador de convenção direcionada a submeter litígio futuro relacionado com o próprio contrato à arbitragem. A vontade é realmente manifesta das partes, tendo a obrigatoriedade de ser na forma escrita (art 4, par. 1).

Concluindo, diante do disposto pela Lei 9.307/96, é possível verificar claramente a renúncia voluntária à jurisdição estatal que ocorre desde o momento em que as partes acordam e convencionam a cláusula compromissória, funcionando o

compromisso arbitral como mecanismo capaz de regulamentar os termos da convenção e quais os limites da matéria que será objeto da arbitragem (art 520 do CPC), conferindo apenas o efeito devolutivo ao recurso de apelação interposto da sentença de procedência de instituição de arbitragem.

Não há razão para afirmar-se que a nova lei de arbitragem seja inconstitucional. Tendo em vista o escopo da celeridade e efetividade e a crise pela qual a nossa Justiça passa, é inconcebível que ainda existam mentalidades retrógradas que só contribuem para que não se alcance o tão almejado acesso à ordem jurídica justa. Na medida em que a tendência do processo civil contemporâneo tem se voltado à efetividade e efetivação do processo, deve-se possibilitar a arbitragem atuar plenamente no sentido de ao menos minorar a problemática da justiça por todos nós sentida.

A arbitragem proporciona maior grau de Justiça, na solução dos conflitos particulares. Isso ocorre pela premissa de ter ligação direta com os

interessados, que podem escolher as normas e os árbitros para a resolução de seus problemas.

Bibliografia consultada:

1. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias, Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996 / São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
2. ROCHA, José de Albuquerque, A Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.9.1996) uma avaliação crítica, São Paulo, Malheiros, 1998
3. LIMA, Cláudio Vianna de, Arbitragem - A Solução - Rio de Janeiro, Forense, EMERJ, 1994.
4. MARQUES, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, São Paulo, Saraiva, 1987.
5. PLÁCIDO E SILVA, De. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
6. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96, 1998.
7. CRUZ, José Raimundo Gomes da. A arbitragem na Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros.