



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DE SANTA CRUZ – UESC
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCIJUR
CURSO DE DIREITO**

ADRIEL SANTOS SANTANA

**O PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM:
UMA ABORDAGEM JURÍDICA E ECONÔMICA**

**ILHÉUS
2012**

ADRIEL SANTOS SANTANA

**O PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM:
UMA ABORDAGEM JURÍDICA E ECONÔMICA**

Monografia apresentada como exigência para
obtenção do grau de Bacharelado em Direito
da Universidade Estadual de Santa Cruz –
UESC.

Área de concentração: Direito Público e
Privado

Orientador: Luis Carlos do Nascimento

**ILHÉUS
2012**

ADRIEL SANTOS SANTANA

**O PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM:
UMA ABORDAGEM JURÍDICA E ECONÔMICA**

Ilhéus-BA, ____ de dezembro de 2012.

Luis Carlos do Nascimento
UESC
(Orientador)

Fernanda Viana Lima
UESC

Antônio Carlos Alves Macêdo
UESC

DEDICATÓRIA

Ao Instituto Ludwig von Mises Brasil por disponibilizar gratuitamente as obras de grandes mestres responsáveis pelo meu despertar do “sono estatista”.

AGRADECIMENTO

À minha mãe e meu pai, pela paciência e dedicação durante esses anos. Aos irmãos, Caio e Karen, pela tolerância.

Ao professor Luis Carlos do Nascimento, por esforçar-se diuturnamente e através de todas as formas para que o ensino de qualidade torne-se uma verdadeira ferramenta da realização dos sonhos de milhares de estudantes, inclusive os meus. Aos professores Antônio Carlos Alves Macêdo e Fernanda Viana Lima, por acreditarem neste trabalho e contribuírem para sua construção.

Aos colegas Laís e Marcel pela confiança depositada. Aos amigos Guilherme e Deborah pelo apoio com material bibliográfico e análise de gráficos e Yasmin e Jéssica pelos incentivos constantes.

Para cada mil homens dedicados a cortar as folhas do mal, há apenas um atacando as raízes.

Henry David Thoreau

O PODER JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM: UMA ABORDAGEM JURÍDICA E ECONÔMICA

RESUMO

Compara a estrutura organizacional e atuação do Poder Judiciário com a arbitragem sob uma análise econômica e jurídica, as quais estão baseadas em dados estatísticos coletados nos últimos anos por órgãos oficiais e nos postulados da Escola Austríaca de Economia. A arbitragem é um instituto cuja origem precede a Justiça estatal, fato este bastante ignorado por muitos juristas, os quais tendem a ver o sistema jurídico como tendo sido umbilicalmente ligado ao Estado durante a história. A utilização da arbitragem como meio comum de resolução de conflitos sempre foi visto como algo comum no exterior, em especial na Europa e nos EUA. O Brasil finalmente só adequou de forma coerente o instituto, do ponto de vista normativo, com as legislações vigentes internacionalmente com a promulgação da Lei nº. 9.307/96. Desde então, o uso da arbitragem tem crescido bastante nos últimos anos. Por sua vez, a Justiça estatal continua sendo marcada por privilégios, desconfiança da população e geradora de injustiças com seus altos custos e demasiada demora para julgar suas causas. A grande procura por esse meio alternativo ao Judiciário deve-se em muito aos problemas recorrentes e históricos deste Poder, como a morosidade e as custas processuais, mas também as vantagens inerentes ao modelo arbitral, o qual vem se mostrando cada vez mais capaz de atender aos anseios daqueles que a ele recorrem, tanto judicialmente como economicamente, do que o atual sistema jurisdicional estatal. Uma reflexão profunda quanto ao fomento e ampliação das áreas de atuação do modelo arbitral e quanto a sustentabilidade do sistema judicial em sua forma atual são consequências lógicas dos resultados obtidos e apresentados neste trabalho.

Palavras-chave: Arbitragem – Poder Judiciário – Análises comparativas – Vantagens Jurídicas – Superioridade Econômica

THE JUDICIARY POWER AND THE ARBITRATION: A LEGAL AND ECONOMIC APPROACH

ABSTRACT

Compare the organizational structure and action of the Judiciary Power with arbitration under a legal and economic analysis, which is based on statistical data collected in recent years by official agencies and the postulates of the Austrian School of Economy. The arbitration is a institute whose origins precedes the statal Justice, fact quite ignored by many jurists, which tends to see the juridic system as having been umbilically bonded to the State during history. The use of arbitration as a mean of resolution of conflicts was ever seen as usual overseas, in special Europe and the USA. Brazil finally adequates coherently the institute, from the normative perspective, with the international legislations since the promulgation of the Law nº. 9.307/96. Since, the use of arbitration is rising fairly in the last years. In turn, the state Justice remains marked by privilege, distrust of the population and generating of injustices with their high costs and excessive delays to judge their causes. The great pursuit for this alternative mean to the Judiciary is due in great part to the recurring and historical problems of this Power, as the morosity and processual costs, but also to the inherent vantages of the arbitral model, which has been proving more and more capable of attending the aspirations from those who appeal to, both judicially and economically, than the current system. A deep reflection on the development and expansion of the areas of the operation from the model arbitral as the sustainability of the judicial system in its current form are logical consequences of the results obtained and presented in this paper.

Keywords: Arbitration – Judiciary Power – Comparative Analysis – Juridical Vantages – Economical Superiority

SUMÁRIO

Resumo.....	VII
Abstract.....	VIII
1 INTRODUÇÃO	9
2 ARBITRAGEM E JUSTIÇA	12
2.1 Conceito de Arbitragem	15
2.2 História da Arbitragem	16
2.3 Objeto da Arbitragem	19
2.4 Partes.....	21
2.5 Convenção de Arbitragem	24
2.5.1 Cláusula Compromissória.....	25
2.5.2 Compromisso Arbitral	27
2.6 Árbitro	29
2.7 Procedimento Arbitral.....	32
2.8 Sentença Arbitral.....	33
3 JUDICIÁRIO E ARBITRAGEM: DADOS COMPARATIVOS.....	36
3.1 Celeridade/Morosidade	37
3.2 Custas Processuais	42
3.3 Adequação	45
3.4 Efetividade	46
4 O JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM A LUZ DA TEORIA ECONÔMICA	50
4.1 Monopólio Legal e Concorrência.....	51
4.2 Presença e/ou Ausência de Incentivos	56
4.3 O Problema do Cálculo Econômico	59
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário há muito tempo vem tendo que lidar com o aumento desenfreado da demanda de ações, muito em face da combinação entre o surgimento de vários direitos sociais garantidos pela Constituição de 1988 e a crescente conscientização da população sobre os mesmos, o que a tem levado a solicitar com maior frequência a prestação jurisdicional para resolução de qualquer conflito.

Ligado a esse aumento extraordinário, tem se constatado que o sistema jurídico não tem conseguido atender, em um prazo razoável e de maneira eficaz, toda essa demanda processual. A situação é tão gravosa que parte da doutrina já trata o atual estado da Justiça como uma crise sistêmica.

A busca por soluções para esta crise do Poder Judiciário, mesmo tendo ocorrido algumas reformas nos últimos anos para amenizar tal situação, inevitavelmente desembocou na utilização e fomentação dos meios alternativos de resolução de conflitos, dentre os quais tem se destacado a arbitragem.

O instituto da arbitragem somente foi definitivamente regulamentado no Brasil com o advento da Lei n. 9.307/96, a qual lhe conferiu sua forma, requisitos e os procedimentos necessários para instituí-lo e aplicá-lo. Importante ressaltar que mesmo tendo se passado quase duas décadas do surgimento desse novo diploma legislativo, ainda há bastante dúvida e desconfiança quanto ao seu funcionamento prático, isso para não revisitarmos os questionamentos doutrinários e legais, os quais inclusive provocaram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade examinada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2001.

Faz-se necessário neste trabalho delinear não somente o conteúdo normativo desta lei, destrinchando seus principais artigos, como também apresentar dados e números objetivos quanto à maneira que os tribunais nacionais, nas suas mais diversas instâncias, além da sociedade em geral, têm interagido com a arbitragem nestes últimos anos. Para tanto será utilizada uma ampla gama de dados que gerará uma imagem mais próxima do possível da atual situação do Poder Judiciário e da arbitragem no cenário nacional.

Esta monografia busca responder, principalmente, dentre vários questionamentos, a seguinte indagação: as características estruturais do instituto da arbitragem são determinantes para a qualidade da prestação dos seus serviços

quando comparadas às do sistema jurídico estatal e a eficácia do mesmo na resolução de conflitos?

As justificativas são várias para este trabalho. A realização dessa pesquisa fornecerá à academia nacional um maior conhecimento sobre o desenvolvimento do mecanismo da arbitragem no decorrer dos séculos, além de possibilitar uma compreensão maior das vastas qualidades, práticas e teóricas, desse instituto no nosso país, ao compará-lo com o sistema jurídico nacional, de cunho historicamente estatal.

Dessa forma, demonstrar que serviços de justiça podem não apenas ser realizados pela iniciativa privada, como também argumentar porque este funcionaria de maneira mais eficiente e adequada que o atual sistema possibilitará uma revolução conceitual de raríssimos precedentes nos cânones e postulados do Direito, fazendo florescer um novíssimo campo de estudos, ao menos em países desprovidos de experiências sociais com o direito privado, como é o caso do Brasil até recentemente.

Os objetivos deste trabalho são os de especificar as principais características do sistema arbitral atual, no Brasil, além da relação desse instituto com o sistema judiciário. Também o é o de analisar, por meio de postulados da teoria econômica da Escola Austríaca e da doutrina jurídica especializada, os principais aspectos da justiça estatal que os responsabilizam pelos problemas fundamentais que esta enfrenta.

A pesquisa realizada será de natureza qualitativa, focando-se nos dados fornecidos pelo levantamento bibliográfico e análise de exemplos. O método de abordagem escolhido para esse projeto será o dialético, permitindo uma análise comparativa entre os elementos essenciais dos sistemas pesquisados. A técnica de coleta selecionada é o da documentação indireta, dado que posta à natureza do problema, optou-se pela realização de pesquisas documentais, como leis, e bibliográficas, como livros, artigos e periódicos.

No primeiro capítulo, o instituto da arbitragem é conceituado, é exposto um breve resumo histórico, e são analisados em detalhes como o mesmo funciona no Brasil, segundo o que prevê a Lei nº. 9.307/96.

No segundo capítulo, por meio de bibliografia especializada, é realizada uma análise comparativa entre o Judiciário e a arbitragem, sob uma ótica jurídica,

buscando demonstrar as vantagens desta última sobre o primeiro sobre determinados critérios.

No último capítulo, agora conforme postulados da Escola Austríaca de Economia, a comparação entre o instituto da arbitragem e o sistema judiciário visará estabelecer os motivos da eficiência do primeiro sobre o último, por meio de uma compreensão sob uma análise econômica.

A tese defendida se sustentará na ideia de que a arbitragem, dado a sua maior flexibilidade para alterações em seu procedimento e de seu quadro de funcionários, além da necessidade financeira de satisfazerem de forma eficaz seus clientes quanto aos conflitos nos quais estes estejam envolvidos, deve sua maior eficiência ao fato de se submeter, ao contrário do sistema jurídico em vigor, às regras do livre mercado.

Portanto, este trabalho pretende determinar as vantagens jurídicas e econômicas da arbitragem quando comparadas à estrutura normativa e organizacional do Poder Judiciário.

2 ARBITRAGEM E JUSTIÇA

O sentido de toda ação humana consciente reside no desejo de satisfazer a vontade pessoal. Dessa forma, visando melhorar sua própria situação atual, o homem age de determinada maneira, que acredita ser a via pela qual alcançará o fim pretendido. Por conseguinte, pode-se concluir que não há ação onde há plena satisfação individual.

Como afirma Ludwig von Mises:

O incentivo que impele o homem à ação é sempre algum desconforto. Um homem perfeitamente satisfeito com a sua situação não teria incentivo para mudar as coisas. Não teria nem aspirações nem desejos; seria perfeitamente feliz. Não agiria; viveria simplesmente livre de preocupações.¹

É possível extrair dessa conclusão que o fim de toda ação humana é a felicidade. Assim sendo, a máxima de que todo homem busca ser feliz² não poderia ser mais próxima da realidade. É importante destacar, contudo, que não é possível apontar com essa afirmação o que tornaria uma pessoa mais feliz, dado que “o que faz alguém sentir-se desconfortável, ou menos desconfortável, é estabelecido a partir de critérios decorrentes de sua própria vontade e julgamento, de sua avaliação pessoal e subjetiva”³.

No intento de realizar suas vontades e, porventura, alcançar um estado de felicidade maior que o de momento, o homem colabora com outros homens, a fim de conseguir dessa forma satisfazer seus objetivos racionalmente estabelecidos. O resultado dessa cooperação mútua é a sociedade, que nada mais é que o conjunto intrincado de todas as relações humanas em um determinado espaço geográfico.⁴

Consecutivamente se pode afirmar que a “sociedade é divisão de trabalho e combinação de esforços” individuais.⁵ Portanto, não há porque se falar da sociedade como uma entidade apartada do indivíduo, mas sim como produto direto das ações individuais agindo de maneira cooperativa.

As ações humanas em sociedade podem ser resumidas naquelas que se

¹ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Tradução de Donald Stewart, 3ª ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 38.

² UEL. Universidade Estadual de Londrina. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.uel.br>>. Acesso em: 15 set. 2012.

³ MISES, op. cit. p. 38.

⁴ Idem. Ibid. p. 201.

⁵ Idem. Ibid. p. 183.

caracterizam pela cooperação e nas que prevalecem à concorrência.⁶ Consoante a lição dada por Paulo Nader:

Na cooperação as pessoas estão movidas por um mesmo objetivo e valor e por isso conjugam o seu esforço. A interação se manifesta direta e positiva. Na competição há uma disputa, uma concorrência, em que as partes procuram obter o que almejam, uma visando a exclusão da outra. Uma das grandes características da sociedade moderna, esta forma revela atividades paralelas, em que cada pessoa ou grupo procura reunir os melhores trunfos, para a consecução de seus objetivos. A interação, nesta espécie, se faz indiretamente e, sob muitos aspectos, positiva.⁷

Mesmo se afirmando que a sociedade é, de maneira geral, fruto da cooperação mútua dos indivíduos, não se pode ignorar que ocasionalmente haverá conflitos entre os membros que a compõe. Essas contendas podem ter várias origens, mas em regra surgem quando os interesses dos indivíduos terminam por colidir.

É importante notar que a maior parte dos conflitos em potencial existentes no âmbito social costuma ser resolvida graças a regras de comportamento interiorizadas pelos indivíduos ao longo da vida. O processo de interiorização dessas normas se dão por meio do convívio das pessoas nos mais variados círculos sociais, como a família, a escola e o local de trabalho. Assim, o indivíduo “cresce e vive no meio social, e sofre, de logo, o influxo socializador desse meio em que se vai formando a sua personalidade”⁸

A questão com qual se defronta qualquer grupamento humano em determinado momento é que somente essa modalidade de normas sociais não se mostram suficientes por si só para solucionar todos os conflitos que ocorrem entre seus membros. Para lidar com esse problema se fez necessário adotar um conjunto específico de regras, estas quais são conhecidas como normas jurídicas.⁹

Essas normas jurídicas se diferenciam das demais pelo seu caráter cogente, sendo conseqüentemente heterônomas¹⁰, impondo seu preceito normativo independente da vontade dos seus destinatários, as quais ficam sujeitos a penalidades em caso de descumprimento.

Conforme Hans Kelsen:

Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses [...]. Como as posses lhe são

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p 11.

⁷ NADER, 2006 apud CAVALIERI FILHO, 2007, p. 12.

⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 142.

⁹ EHRLICH, Eugen. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz, Brasília: Universidade de Brasília, 1986, p. 39.

¹⁰ SABABELL, Ana Lucia. **Manual de Sociologia Jurídica: Uma Introdução a uma Leitura Externa do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. [...] Uma ordem social que busca efetuar nos indivíduos a conduta desejada através da decretação de tais medidas de coerção é chamada de ordem coercitiva.¹¹

O conjunto de normas coercitivas existentes numa sociedade é denominado Direito. Além do componente da coerção, uma característica fundamental do Direito é que suas normas são prescritivas, ao contrário daquelas surgidas naturalmente na sociedade que se designam como descritivas, posto determinarem quais atos individuais são permitidos legalmente e de que forma podem estes ocorrer.¹² Importante também observar que o Direito invariavelmente buscará resguardar determinados bens jurídicos de grande relevância para a sociedade em questão.¹³

Posto que a existência do Direito faz-se necessária em sociedade, o grande problema que se enfrenta reside sobre a questão de quem será o responsável por aplicá-lo a todos os integrantes daquela comunidade. Historicamente, esse papel coube a uma organização específica denominada Estado.

Na lição dada por José Carlos Moreira Alves, a ligação umbilical existente atualmente entre a Justiça e o Estado foi um processo histórico longo e tortuoso, que pode ser separado em quatro etapas distintas:

- a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entra a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado – então incipiente – intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;
- b) na segunda, surge, o arbitramento facultativo: a vítima, ao invés de usar da vingança individual ou coletiva [obtida com auxílio do que grupo que a vítima pertence] contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;
- c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso, o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e
- d) finalmente na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e, por funcionários seus, resolve os conflitos de interesse surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a sentença.¹⁴

O fato histórico observável nesse processo é que a humanidade progrediu

¹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 26.

¹² HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade, Vol. I: Normas e Ordem**. Traduzido por Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges, São Paulo: Visão, 1985, p. 90.

¹³ ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradutor André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 17-19.

¹⁴ MOREIRA ALVES, 1971 apud ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, ps. 17-18.

lentamente entre o uso costumeiro da violência visando resolver seus conflitos para a subordinação, voluntária ou não, a um árbitro que atuaria na resolução da lide. Configura-se assim a passagem, na história da justiça, da autotutela para a tutela de um terceiro imparcial.¹⁵

Nesse sentido, explicita Luiz Roberto Nogueira Pinto:

Não obstante o direito haver surgido junto com a organização jurídica da sociedade como forma de resolução dos conflitos, a arbitragem é um instituto, historicamente comprovado e largamente utilizado por vários povos como forma pacífica de mediação, apto a solucionar os litígios, evitando assim, o recurso da guerra.¹⁶

Por isso que se faz importante esclarecer que a monopolização da coerção¹⁷ vinculada à unicidade orgânica para ser o tomador da decisão final sobre as controvérsias existentes entre os indivíduos que estejam dentro do território de um Estado, se deu de maneira gradual no decorrer do tempo, tendo existido momentos onde o sistema jurídico predominante em determinado local e em certo momento histórico era totalmente desvinculado das funções estatais, como é o caso da arbitragem.¹⁸

2.1 Conceito de Arbitragem

Antes de realizarmos uma breve abordagem histórica e analisarmos as principais características do instituto arbitral no Brasil, conforme a Lei de Arbitragem, é importante primeiramente conceituar o próprio instituto que, infelizmente, ainda é pouco conhecido no país, tanto por parte da população como pela maior parte dos juristas e acadêmicos da área de direito.

Conforme leciona Irineu Strenger, a arbitragem pode ser conceituada como “instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais”.¹⁹

¹⁵ NOGUEIRA PINTO, Luiz Roberto. **Arbitragem: a Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário**. São Paulo: Arte e Ciências, 2003, p. 19.

¹⁶ Idem. Ibid. p. 39.

¹⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva, Volume 2**. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 525-526.

¹⁸ FERNANDES DE OLIVEIRA, Fernando Henrique. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2011. Dissertação de Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2011, p. 30. Disponível em: <<http://www.bdt.d.ucb.br>> Acesso em: 21 set. 2012.

¹⁹ STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 214.

Para Carreira Alvim, a arbitragem é “instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis”.²⁰

Já segundo Carlos Alberto Carmona, a arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.²¹

Por fim, de acordo com José Cretella Jr., a arbitragem pode ser definida como:

Sistema especial de julgamento, com procedimento técnico e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.²²

Pode-se observar que os conceitos de arbitragem conferidos pelos estudiosos nacionais são bastante similares, mesmo contendo algumas pequenas diferenças semânticas e doutrinárias. De fato, o objetivo principal dessa variedade é de garantir meramente ao autor um conceito próprio sobre a matéria.

2.2 História da Arbitragem

A arbitragem é um instituto cuja origem se confunde com o próprio surgimento da justiça como sistema organizado, podendo-se afirmar inclusive que antecede o Estado em seu papel de pacificar os conflitos sociais existentes. Justamente por isso é impossível precisar com absoluta certeza onde ela se originou. Há registros esparsos de sua utilização que remontam há milhares de anos, tendo existido em versões rudimentares em lugares como a Babilônia²³, Egito, Assíria, Judéia e Grécia²⁴.

Contudo, mesmo com esses dados históricos que comprovam a utilização

²⁰ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 14.

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

²² CRETELLA JÚNIOR, José. **Da Arbitragem e seu Conceito Categorial**, p. 137. In: Revista de Informação Legislativa, a. 25, n. 98. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br>> Acesso em: 19 set. 2012.

²³ SODRÉ, Antonio. **Curso de Direito Arbitral**. Leme: J.H. Mizuno, 2008, p. 106.

²⁴ JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: Questionamentos e Perspectivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 9.

desse instituto há bastante tempo, é possível afirmar com segurança, que a forma mais aparelhada e formal da arbitragem teve início de fato somente em Roma, tendo tido previsão normativa inicial com as Leis das XII Tábuas.²⁵ Reforça-se que a arbitragem se tornou um meio interessante de resolução de disputas dentro do Império Romano dado que a composição populacional do mesmo era bastante diversificada, englobando povos europeus, africanos e árabes.²⁶

Já no período denominado de Idade Média, a arbitragem ganha novo fôlego, se expandindo pela Europa, graças em especial ao incremento da atividade mercante, está qual dá origem a modalidade comercial do instituto da arbitragem. Importante destacar que existem duas correntes nacionais que explicam a efervescência da arbitragem nesse período.

A primeira corrente, que é a majoritária e é liderada por Carlo Alberto Carmona, defende que as causas para o crescimento da arbitragem na Idade Média foram a insuficiência de garantias jurisdicionais, a fraqueza dos Estados e os conflitos entre Estado e Igreja e a abundância de ordenamentos jurídicos. A segunda por sua vez, capitaneada por Guido Fernando Silva Soares, aponta que as razões para esse desenvolvimento se alicerçam sobre a própria estrutura social da época (hierarquizada e imóvel) e a prática recorrente do instituto dentro da Igreja e por parte de municípios que evitavam a jurisdição do Sacro Império Romano-Germânico.²⁷

Entre os séculos XVI e XVIII, a arbitragem começa a passar por fases de valorização e desvalorização, tendo atingindo seu ponto mais baixo de utilização após a criação do Código Civil de Napoleão, este qual não só inspirou as legislações de mesmo cunho normativo na Europa e na América Latina, como praticamente eliminou o emprego do instituto no âmbito individual, sobrevivendo somente na esfera internacional envolvendo conflitos entre Estados.²⁸

A arbitragem, como leciona Luiz Roberto Nogueira Pinto, só tem sua aplicabilidade restaurada a partir do século XIX quando:

Gradativamente, readquiriu sua importância como expressão legal na aplicação da justiça, nas questões litigiosas para os Estados, os indivíduos e as instituições, através da adoção de regulamentação específica nos

²⁵ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007, p. 18.

²⁶ NOGUEIRA PINTO, Luiz Roberto. **Arbitragem: a Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário**. São Paulo: Arte e Ciências, 2003, p. 21.

²⁷ FERNANDES DE OLIVEIRA, Fernando Henrique. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2011. Dissertação de Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2011, pp. 39-40. Disponível em: <<http://www.bdtd.ucb.br>> Acesso em: 21 set. 2012.

²⁸ Idem. Ibid. p. 25.

diferentes ordenamentos jurídicos, sejam privados ou públicos, domésticos ou internacionais, buscando todos a resolução dos conflitos de interesses através da aplicação da justiça de maneira ágil e menos processual.²⁹

No Brasil, o instituto da arbitragem obteve previsão normativa desde a sua primeira constituição, no período do Império, em 1824³⁰, além de ter sido estipulada de forma obrigatória pelo Código Comercial de 1850 para os casos que envolvessem locação mercantil, direito marítimo e falência³¹. Por sua vez, a constituição de 1891, a primeira da República, foi a única da histórica constitucional a não fazer qualquer tipo de referência ao instituto³². A partir de então, a cada nova constituição promulgada, é possível notar avanços e retrocessos quanto ao uso da arbitragem³³.

Em suas formas mais completa, a arbitragem só foi abordada mais adequadamente por meio dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Contudo, estes estipulavam alguns empecilhos que dificultavam a aplicação do instituto, como era o caso da necessidade de homologação do laudo arbitral por parte de um juiz togado³⁴.

Notadamente, o instituto finalmente conquistou relevância jurídica prática no Brasil somente após a promulgação da Lei nº 9.307/96, conhecida como a Lei de Arbitragem, que regulamentou o instituto de forma a lhe dar liberdade plena de atuação³⁵. A expansão da utilização da arbitragem no país ganhou maior força após o Supremo Tribunal Federal ter declarado a constitucionalidade da lei de arbitragem em 2001³⁶ e após a alteração, no mesmo ano, da Lei das Sociedades por Ações, que estabeleceu a previsão de arbitragem entre acionistas e companhias em casos de divergência³⁷.

²⁹ NOGUEIRA PINTO, Luiz Roberto. **Arbitragem: a Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário**. São Paulo: Arte e Ciências, 2003, p. 25.

³⁰ FERNANDES DE OLIVEIRA, Fernando Henrique. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2011. Dissertação de Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2011, pp. 39-40. Disponível em: <<http://www.btdtd.ucb.br>> Acesso em: 21 set. 2012.

³¹ NOGUEIRA PINTO, op. cit. p. 28.

³² SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 20.

³³ NOGUEIRA PINTO, op. cit. p. 28.

³⁴ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 28-29.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 2-3.

³⁶ RIBEIRO, Ibid. p. 32-33.

³⁷ BRASIL. Lei nº 10.303/2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10303.htm>. Acesso em: 21 set. 2012.

2.3 Objeto da Arbitragem

De acordo com a Lei nº. 9.307/96, somente direitos patrimoniais disponíveis pode ser objeto do instituto arbitral. Assim, segundo o que prescreve o art. 1º da referida lei, "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."³⁸

Cumpra porventura explicar que direitos patrimoniais disponíveis são todos aqueles em que as partes podem negociar livremente, sem que existam impedimentos legais que tornem nula esta transação. Destarte, direitos indisponíveis seriam aqueles pelos quais as partes não podem por lei convencionar livremente, pois estes estariam protegidos pela intervenção estatal em nome do interesse público.

Como preceitua Carlos Alberto Carmona:

[Se] diz que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.³⁹

Importante destacar que, de acordo com o art. 852 do Código Civil, a arbitragem poderá ser utilizada para todos os litígios que "tenham caráter estritamente patrimonial".⁴⁰ Por conseguinte, em demandas que envolvam, por exemplo, direito penal, direito das sucessões ou direito de família encontra-se obstado o uso desse instituto, por se tratarem de matérias fora do escopo da autonomia da vontade das partes; contudo, frisa-se aqui, como afirma Carmona⁴¹, que "as consequências patrimoniais [desses processos] podem ser objeto de solução extrajudicial".

Conforme José Maria Rossani Garcez:

No direito brasileiro, são hoje legalmente indisponíveis, em virtude de lei, os direitos que se refiram a litígios que dependam exclusivamente de sentença judicial, como é o caso do inventário de bens localizados no Brasil (art. 89 do CPC), os relativos aos processos de insolvência, ao estado e capacidade das pessoas (art. 92 do CPC), que tenham natureza alimentar, falimentar, fiscal, causas de interesse da Fazenda Pública, relativas a acidentes de trabalho e a resíduos (§ 1º do art. 3º da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis e Criminais), que façam parte de litígios em que,

³⁸ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998. p. 14.

³⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p 38.

⁴⁰ Idem, Ibid. p. 39.

⁴¹ Idem, Ibid. p. 38-39.

necessariamente, interfira o Ministério Público, como nas questões de interesses de incapazes, relativas ao estado das pessoas, pátrio poder, tutela, curatela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposição de última vontade, ou que se relacionem a ações envolvendo litígios coletivos pela posse de terra rural, ou naquelas em que haja interesse público evidenciado pela natureza da lide ou pela qualidade da parte (art. 82 do CPC).⁴²

Uma das questões mais controversas sobre a possibilidade de utilização da arbitragem reside sobre matérias envolvendo direito do trabalho. Não se discute a legitimidade do uso desse instituto quando findada a relação trabalhista, posto que o que estaria em discussão nesta hipótese seriam meramente as verbas de caráter indenizatório.⁴³

Mesmo havendo forte desconfiança por parte dos juristas da área laborista sobre o emprego da arbitragem⁴⁴, os tribunais têm, de forma majoritária, reconhecido os laudos proferidos por câmaras arbitrais mesmo existindo vínculo empregatício, desde que o dissídio ocorra em âmbito coletivo, sendo os trabalhadores representados por sindicatos; portanto, tem se vedado a arbitragem como instrumento legítimo para solucionar conflitos individuais entre empregador e empregado.⁴⁵ Faz-se oportuno salientar que existe doutrina⁴⁶ e decisões⁴⁷ em corrente oposta, admitindo o uso do instituto inclusive em casos de dissídios individuais.

Outra matéria geradora de intensos debates é o da aplicabilidade da arbitragem em casos em que esteja envolvido o Estado, direta (União, Estado e Municípios) ou indiretamente (autarquias, fundações, empresas públicas e de sociedade mista, além de parcerias público-privadas). O argumento contrário ao seu uso, em regra, baseia-se na noção de que, por se tratar de entes estatais, o interesse em litígio será sempre público, o que afastaria por completo a possibilidade do emprego da arbitragem. Contudo, não tem sido esse o entendimento adotado por parte da doutrina⁴⁸ e da jurisprudência nos tribunais superiores⁴⁹.

⁴² GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 51-52.

⁴³ MARRONI, Fernanda. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **TST: Arbitragem nos conflitos trabalhistas**. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

⁴⁴ GARCEZ, op. cit. p. 65.

⁴⁵ CONSULTOR JURÍDICO. **TST é contra arbitragem em dissídios individuais**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 16 ago. 2012.

⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 40-44.

⁴⁷ VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. **Não há lei que proíba arbitragem em questões trabalhistas**. Consultor Jurídico, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>> Acesso em: 16 ago. 2012.

⁴⁸ CARMONA, op. cit. p. 45-52.

⁴⁹ Idem. Ibid. p. 45.

De acordo com Carmona, a arbitragem é aplicável nas relações públicas:

Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada - onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancorados no direito público. Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza a sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, “tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza”.⁵⁰

Por fim, encerrando o tópico das controvérsias envolvendo os objetos passíveis de serem decididos por arbitragem, cabe informar que no âmbito das relações consumeristas, segundo o previsto na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), não é autorizado a existência de cláusulas que prevejam a aplicação da arbitragem de forma compulsória, conforme descrito no art. 51, VII⁵¹. O objetivo aqui foi evitar que nos contratos de adesão (em que uma das partes não pode discutir as cláusulas do contrato, em regra o consumidor) se proliferassem cláusulas que instituíssem obrigatoriamente a arbitragem⁵². Entretanto, nada impedirá que o consumidor e o fornecedor possam celebrar compromisso arbitral caso surja uma controvérsia posterior à realização do negócio.⁵³

2.4 Partes

Um dos requisitos essenciais para se empregar o instituto da arbitragem é que as partes envolvidas sejam capazes de contratar, como está previsto no art. 1º da Lei n. 9.307/96. A capacidade é um elemento constituinte da personalidade, esta qual toda pessoa, seja ela natural ou jurídica, detém, conforme prescreve o Código Civil de 2002 em seu art. 1º, toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

Porventura, faz-se mister conceituar no âmbito jurídico os termos pessoa e

⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, 45-46.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 8.078/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

⁵² CARMONA, op. cit. p. 17.

⁵³ Idem. Ibid. p. 52-53.

personalidade. Assevera Maria Helena Diniz que o conceito de pessoa confunde-se com o de sujeito, que é aquele que é portador “de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica”⁵⁴. Por sua vez, prelecionam Stolze e Pamplona que “personalidade [...], para a Teoria Geral do Direito Civil, é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”⁵⁵.

Posto isto, é importante assentar que existem dois tipos de capacidade: a de direito e a de fato. A capacidade prescrita no Código Civil de 2002 é a de direito, dado que nem todas as pessoas possuem a aptidão para exercer seus direitos por meio da prática de atos jurídicos.⁵⁶

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

Capacidade é a medida da personalidade. A que todos possuem (art. 1º) é a capacidade de direito (de aquisição ou de gozo de direitos). Mas nem todos possuem a capacidade de fato (de exercício do direito), que é a aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil, também chamada de “capacidade de ação”. (...) *Quem tem as duas espécies de capacidade, tem capacidade plena*. Quem só tem a de direito, tem capacidade limitada e necessita de outra pessoa que substitua ou complete a sua vontade. São, por isso, chamados de “incapazes”. (grifa-se)⁵⁷

Nesse mesmo diapasão, afirmam Stolze e Pamplona:

Adquirida a personalidade jurídica, toda pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações. Possui, portanto, *capacidade de direito ou de gozo*. Todo ser humano tem, assim, capacidade de direito, pelo fato de que a personalidade jurídica é atributo inerente à sua condição. [...] Nem toda pessoa, porém, possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas. Se puderem atuar pessoalmente, possuem, também, *capacidade de fato ou de exercício*. Reunidos os dois atributos, fala-se em *capacidade civil plena*. (grifos originais dos autores)⁵⁸

Ressalta-se aqui a diferença entre capacidade e legitimidade, dado que não é porque uma pessoa é plenamente capaz que ela estará legitimada para praticar atos jurídicos previstos em lei. Delineando esses conceitos com maior profundidade, argumenta Sílvio Venosa:

Não se confunde o conceito de capacidade com o de legitimidade. A legitimação consiste em se averiguar se uma pessoa, perante determinada situação jurídica, tem ou não capacidade para estabelecê-la. A legitimação é uma forma específica de capacidade para determinados atos da vida civil.

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 518.

⁵⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, Volume I. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 80.

⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

⁵⁷ Idem. Ibid. p. 49-50.

⁵⁸ GAGLIANO, op. cit. p. 88.

O conceito é emprestado da ciência processual. Está legitimado para agir em determinada situação jurídica quem a lei determinar.⁵⁹

Superado quaisquer dúvidas ligadas a estes conceitos, fica evidente que as pessoas absolutamente e relativamente incapazes não podem ser, em regra, partes em processos arbitrais. Contudo, é fundamental observar que se eles estiverem, respectivamente, representados ou assistidos devidamente, a nulidade legal que afligiria qualquer contrato ou compromisso que estabelecesse a arbitragem como forma de resolução de um determinado litígio se tornaria sanável.⁶⁰

Adriana Pucci lista aqueles que, além dos incapazes em face da ausência de capacidade plena, não possuem legitimidade para atuar como parte na arbitragem:

Os procuradores fiscais e judiciais das pessoas jurídicas de direito público interno; os representantes do Ministério Público; a pessoa casada sem consentimento do cônjuge, desde que a transação seja relativa a bens imóveis; o sócio que não tem a administração da sociedade; o inventariante, no caso, do art. 992, II, do CPC; o síndico sobre dívidas e negócios da massa, salvo autorização judicial e audiência do falido, os pródigos (art. 459 do CCB).⁶¹

Cabe finalmente ressaltar que as pessoas jurídicas podem ser partes em processos arbitrais, como aponta Pucci, “sempre que seus representantes legais, mandatários ou procuradores estiverem suficientemente autorizados para tanto, mediante poderes especiais”⁶².

Todos esses requisitos que se exigem para que uma pessoa possa compor um procedimento arbitral é fruto direto da total autonomia que é conferida as partes pela Lei 9.307/96 neste tipo de processo⁶³. Inclusive, se pode afirmar que a essência da arbitragem é o princípio da autonomia das partes. Este princípio define que as partes são livres para pactuar, estabelecer, celebrar ou firmar contratos ou acordos jurídicos envolvendo determinados direitos ou bens disponíveis, desde que não atentem contra o que a lei veda⁶⁴. Dessa forma, se afirma que quando as partes optam pela arbitragem para resolver seus litígios estas estão renunciando a jurisdição estatal⁶⁵ em prol do exercício da jurisdição por árbitros privados⁶⁶.

⁵⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, Volume 1. São Paulo: Atlas, 2001, p. 139.

⁶⁰ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 30.

⁶¹ PUCCI, 1997 apud SANTOS SILVA, 2005, p. 31.

⁶² PUCCI, 1997 apud SANTOS SILVA, 2005, p. 31.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 122.

⁶⁵ A adoção da arbitragem não afasta completamente o que prevê o direito estatal, em especial a Constituição Federal, dado que as partes não podem dispor sobre suas garantias processuais básicas (ampla defesa, contraditório, imparcialidade, igualdade das partes e livre convencimento do árbitro).

⁶⁶ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, Volume 1. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p. 84.

Justamente por ser a base principiológica da arbitragem que a lei permite tamanha liberdade as partes que nela pactuam quanto ao conteúdo do contrato ou acordo que a estabelece. Essa liberdade, estabelecida na Lei de Arbitragem, confere as partes a possibilidade de:

Escolher o direito [...] aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio. [...] Faz-se mister frisar que as “regras de direito”, a que se refere o art. 2º, § 1º, são tanto de direito material quanto processual: quanto às regras de direito processual, nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até mesmo adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro.⁶⁷

Salienta-se que as normas processuais e de direito que forem adotadas pelas partes, dado ser uma das faculdades delas, não podem atentar contra os bons costumes e a ordem pública, nem permitir a execução de atos considerados ilícitos pelo ordenamento pátrio.⁶⁸

2.5 Convenção de Arbitragem

No capítulo II da Lei 9.307/96, em seu art. 3º, é previsto que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.⁶⁹

Como foi explicado em tópico anterior, a arbitragem sempre será uma alternativa para que as partes possam dirimir seus conflitos jurídicos sem terem que recorrer a prestação jurisdicional fornecida pelo Estado.

Conforme Alex Rodrigues Lima:

Define-se o compromisso como um ato bi ou multilateral de vontade, em que as partes desistem do poder jurisdicional pátrio e optam por deixar sua controvérsia nas mãos de árbitros. O começo da arbitragem ocorre através da convenção arbitral, definida na cláusula compromissória. Nesse sentido, compromisso e cláusula compromissória são sinônimos de convenção de

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 15.

⁶⁸ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 17.

⁶⁹ BRASIL. **Lei Nº 9.307/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 12 out. 2012.

arbitragem.⁷⁰

A convenção de arbitragem, que não passa de uma ficção jurídica⁷¹, é o termo pela qual a lei, inspirada no diploma normativo francês sobre o tema⁷², engloba as duas formas possíveis pela qual as pessoas podem manifestar sua vontade de utilizar-se do juízo arbitral: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral⁷³.

2.5.1 Cláusula Compromissória

A Lei de Arbitragem afirma em seu art. 4º que “a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.⁷⁴ Nesse sentido, de acordo com Alex Rodrigues Lima, “tecnicamente, a cláusula compromissória indica que as partes, na ocorrência de alguma controvérsia, podem dar início à arbitragem”.⁷⁵ Prossegue nesse mesmo diapasão o autor:

A cláusula compromissória é norma inserida em contrato, prevendo que as partes, em surgindo alguma divergência posterior, *poderão* recorrer à solução arbitral, porquanto se trata do ajuste celebrado em conflito, optando pela arbitragem como meio ideal de buscar a solução da pendência que está estabelecida. (grifa-se)⁷⁶

Importante notar que mesmo o autor tendo usado o verbo “poderão”, a cláusula possui efeito vinculante, obrigando as partes a instituírem a arbitragem, mesmo que futuramente, quando a cláusula for invocada, uma delas se recuse. Justamente por isso, havendo resistência para firmar o compromisso arbitral, a lei permite que a parte contrária utilize-se do Poder Judiciário para obrigar a outra a cumprir o previsto na cláusula compromissória (art. 7º).⁷⁷

Adriana dos Santos Silva observa ainda que a cláusula compromissória não precisa ser incluída necessariamente no contrato que será objeto de um possível processo arbitral. Sendo assim, esta pode muito bem ser adicionada posteriormente

⁷⁰ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 18.

⁷¹ BARRAL, Welber, 2000 apud SANTOS SILVA, 2005, p. 31.

⁷² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 16.

⁷³ LIMA, op. cit. p. 18.

⁷⁴ Idem. Ibid. p. 18.

⁷⁵ Idem. loc. cit.

⁷⁶ Idem. Ibid. p. 26.

⁷⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. 6ª ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 88

em outro documento, desde que se faça menção direta ao conteúdo do contrato que se pretende acobertar pela cláusula (art. 4º, § 1º).⁷⁸

Exemplifica nesse sentido Carlo Alberto Carmona:

Nesta [...] hipótese, a cláusula será convencionada através da troca de cartas, telegramas, telex, ou mesmo facsímiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem. Não descarto, outrossim, a possibilidade de validar-se a cláusula estipulada por troca de mensagens eletrônicas.⁷⁹

A autonomia da cláusula compromissória é prevista no art. 8º da Lei de Arbitragem. Essa autonomia se configura quando o contrato detiver vícios sanáveis⁸⁰, que não se comuniquem com a cláusula⁸¹. Quando isso ocorrer, como está assegurado no parágrafo único do supracitado artigo, “caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia [...] do contrato que contenha a cláusula compromissória”⁸². Configura-se dessa maneira a prevalência do princípio *kompetenz-kompetenz*⁸³.

Antes do atual mandamento legal, a cláusula compromissória era tratada pelo ordenamento jurídico como um pré-contrato de compromisso arbitral, dado que não tinha força para obrigar a parte a cumpri-lo, sendo necessário que um novo compromisso formal fosse firmado entre as partes posteriormente ao surgimento do impasse jurídico, para que só assim a arbitragem pudesse finalmente se iniciar.⁸⁴

Justamente em face dessa força legal conferida pela Lei nº 9.307/96 à cláusula compromissória, que o referido diploma tratou também, em seu artigo 7º, no § 4º, sobre a hipótese de uma *cláusula compromissória vazia*, aquela em que não são estipulados pelas partes detalhes sobre como se executará a arbitragem prevista pela cláusula.

Carlos Alberto Carmona preleciona o que deve ocorrer nestas situações:

Nesta hipótese, os poderes do juiz serão bastante amplos, não só para a nomeação de árbitro (o § 4º do artigo já referido dispõe que o juiz **poderá** nomear árbitro único, ficando, entretanto, a seu critério a nomeação de um colegiado), mas também para a fixação de outros elementos necessários ou úteis ao desenvolvimento do processo arbitral, tais como a indicação precisa das questões a serem resolvidas, prazo de apresentação do laudo e local

⁷⁸ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 34.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

⁸⁰ Idem. Ibid. p.18-19.

⁸¹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 26.

⁸² Idem, Ibid. p. 27.

⁸³ CACHAPUZ, 2000 apud SANTOS SILVA, 2005, p. 35.

⁸⁴ CARMONA, op. cit. p. 16-17.

de realização dos atos da arbitragem. (grifo original do autor)⁸⁵

Portanto, resumindo esse tópico, para que um contrato possa acarretar em arguição frente a um árbitro ou órgão arbitral faz-se preciso estipular explicitamente, no próprio contrato ou em outro documento que a ele faça alusão, que as partes nele envolvidas solucionarão quaisquer conflitos entre elas pela via da arbitragem, podendo esta cláusula compromissória ser cheia (definindo quem atuará como árbitro e qual será o direito aplicável) ou vazia, como explicado anteriormente.

2.5.2 Compromisso Arbitral

Nelson Nery Júnior conceitua o compromisso arbitral como “negócio jurídico celebrado entre partes capazes, que se obrigam a aceitar a sentença do juiz não togado por elas escolhido, para dirimir o conflito de direito disponível que se formou entre elas”.⁸⁶

O art. 9º da Lei de Arbitragem define o compromisso arbitral como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”⁸⁷. Note-se, por conseguinte, que enquanto a cláusula arbitral é promessa, firmada em contrato, da vontade de solucionar um eventual futuro litígio por meio da arbitragem, o compromisso arbitral por sua vez é “presente e específico, pois diz respeito a um litígio já existente, atual e definido”⁸⁸. Pode também ser interpretada como a própria “efetivação da cláusula arbitral”⁸⁹.

Já Magalhães e Baptista distinguem os dois institutos, a cláusula e o compromisso, afirmando que:

Enquanto a cláusula arbitral constitui mera obrigação de fazer, o compromisso é contrato perfeito, que regula a instituição do juízo arbitral, com a nomeação dos árbitros, o estabelecimento de regras do procedimento e ser adotado ou a previsão da competência dos árbitros para

⁸⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 17-18.

⁸⁶ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 107.

⁸⁷ BRASIL. **Lei Nº 9.307/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

⁸⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. 6ª ed., Curitiba: Juruá, 2006, p. 88-89, 91.

⁸⁹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: Iglu, 1998, p. 21.

definir tais normas.⁹⁰

Importante asseverar que, conforme o previsto no artigo supracitado, são dois os tipos de compromisso arbitral: o judicial e o extrajudicial. O primeiro “celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda”. Já o segundo pode ser “celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas ou por instrumento público”.⁹¹

Ao contrário da cláusula arbitral, que pode ser vaga e imprecisa, o compromisso arbitral, por ser a consubstanciação do momento em que se inicia a arbitragem, exige a presença de certos requisitos, alguns obrigatoriamente e outros facultativamente. Estes elementos estão listados, respectivamente, nos artigos 10⁹² e 11⁹³ da Lei de Arbitragem. Destaca-se que a ausência dos requisitos obrigatórios incidirá na nulidade do compromisso arbitral.⁹⁴

Os elementos previstos em lei para validar o compromisso arbitral também são observados em relação aos laudos arbitrais estrangeiros. Ao menos, este tem sido o entendimento do STF e STJ em suas decisões mais importantes:

O STF, no caso SEC 5573-França, determinou que o requerente provasse a existência somente da convenção de arbitragem, de forma a deferir o reconhecimento do laudo arbitral estrangeiro. Em dezembro de 1999, o Ministro Maurício Correa indicou expressamente num pedido de homologação que, de acordo com os termos da lei de arbitragem, um laudo estrangeiro pode ser homologado sem que tenha sido homologado previamente pelos tribunais do país onde foi proferido, o que era uma exigência bizantina da regulamentação anterior. O Supremo também tem afirmado repetidamente que somente requerimentos formais podem ser analisados quando da homologação de um laudo arbitral estrangeiro. [...] Na legislação anterior, a parte brasileira deveria ser citada por carta rogatória, a fim de que o laudo pudesse ser posteriormente homologado. A nova lei expressamente modificou este entendimento, trazendo legitimidade à citação por correio regular. Foi assim que, no caso SEC 5847-Reino Unido, o Supremo decidiu que se a parte havia contestado o pedido diante o tribunal arbitral, a citação havia sido legítima, malgrado a ausência de uma carta rogatória. Após a transferência da competência para a homologação

⁹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 25.

⁹¹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: Iglu, 1998, p. 28.

⁹² Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I – o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II – o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III – a matéria que será objeto da arbitragem; e I

V – o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

⁹³ Art. 11. Poderá ainda o compromisso arbitral conter:

I – local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II – a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III – o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV – a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V – a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI – a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

⁹⁴ TOMIATTO, Valdeine. **A Arbitragem como Mecanismo de Desenvolvimento Socioeconômico**. 2011. Dissertação de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 125. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br>> Acesso em: 13 out. 2012.

de laudos arbitrais estrangeiros para o STJ, somente uma decisão foi proferida. Uma empresa brasileira contestou a homologação de um laudo da Liverpool Cotton Association, argumentando que não havia expressamente concordado com a cláusula compromissória. O tribunal, contudo, decidiu que a contestação fora apresentada, por correio, ao tribunal arbitral, e que aquele ato legitimaria a jurisdição arbitral. Em consequência, o STJ homologou o laudo, citando as obrigações assumidas pelo Brasil pela Convenção de Nova Iorque.⁹⁵

Para concluir este tópico, cabe comentar sobre as três possibilidades de extinção do compromisso arbitral, conforme disposição normativa. Elas estão elencadas na Lei 9.307/96 em seu artigo 12:

Extingue-se o compromisso arbitral:

- I – escusando-se qualquer dos árbitros antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
- II – falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem expressamente, não aceitar substituto; e
- III – tendo expirado o prazo a que se refere-se o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de 10 (dez) dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.⁹⁶

As hipóteses são, portanto, taxativas. Se forem observadas quaisquer dessas causas de extinção em um compromisso arbitral, a arbitragem será declarada extinta e as partes estarão livres para outorgar a resolução do seu conflito ao juízo estatal.⁹⁷

2.6 Árbitro

O conceito de árbitro, sua qualificação e seu papel no procedimento arbitral são estabelecidos no capítulo III da Lei de Arbitragem, a partir do art. 13 e indo até o art. 18.

No art. 13 é firmado a única qualificação necessária para ser árbitro: ter capacidade plena.⁹⁸ Essa afirmação fica evidente na leitura do artigo, que diz que “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”⁹⁹. Portanto, não poderão atuar como árbitros aquelas pessoas elencadas nos arts. 3º e

⁹⁵ BARRAL, Welber. Evolução Recente da Arbitragem no Brasil. In: **Arbitraje y Mediación em las Américas**. Santiago: CEJA, UANL, VIANCOS, Juan E. Vargas; GÓMEZ, Francisco J. Gorjón (Orgs.), 2007, p. 70-71.

⁹⁶ BRASIL. **Lei Nº 9.307/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 out. 2012.

⁹⁷ BARROS, Marcela Menezes. **A Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Direito – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2006, p. 45. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br>> Acesso em: 14 out. 2012.

⁹⁸ O tema da capacidade necessária para fazer parte do processo de arbitragem foi abordado no tópico 2.4, nas páginas 19-20.

⁹⁹ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 32.

4º do Código Civil, ou seja, os absolutamente e relativamente incapazes.

Também não podem ser árbitros o analfabeto, por não ter como proferir sua decisão por escrito, o que é um elemento indispensável no processo arbitral. O estrangeiro que não dominar a língua portuguesa, sendo incapaz de proferir laudo arbitral em português, também fica incapacitado de atuar como árbitro. Os magistrados e representantes do Ministério Público também fica impossibilitados, em razão da atividade que exercem, de exercer o papel de árbitro.

Assim, sendo plenamente capaz, qualquer pessoa pode atuar como árbitro, não sendo necessário que esta seja sequer bacharel em direito. Salienta-se que somente pessoas naturais podem atuar como árbitros, conforme informa Alex Rodrigues Lima:

O árbitro deve ser pessoa física, isto porque a arbitragem, mesmo que seja efetuada por um árbitro pertencente aos quadros de um Tribunal Arbitral, será sempre uma pessoa física, que deve possuir a confiança das partes, embora possa ser indicada, por delegação, pela entidade escolhida pelas partes. São também requisitos do árbitro: imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.¹⁰⁰

Entretanto, ao contrário das demais situações em que se deduz do texto legal a impossibilidade de atuação de certas pessoas em face dos requisitos necessários para exercer a função, a lei veda expressamente em seu art. 14, a atuação de determinados indivíduos:

Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, alguma das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no CPC.¹⁰¹

Essa vedação deve-se ao fato que o árbitro é equiparado no art. 18 da lei ao “juiz de fato e de direito”,¹⁰² por conseguinte também deverá obedecer aos critérios da imparcialidade e da independência, como qualquer magistrado.

Portanto, o árbitro estará *impedido* de atuar em um processo arbitral, como previsto no art. 134 do Código de Processo Civil, quando for parte no compromisso, ou se seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o segundo grau for advogado de uma das partes ou ser uma das partes na arbitragem.

¹⁰⁰ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 33.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei Nº 9.307/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 14 out. 2012.

¹⁰² Idem. Ibid. Acesso em: 14 out. 2012.

A *suspeição* do árbitro, cujas hipóteses estão elencadas no art. 135 do CPC, ocorrerá, por sua vez, quando este for amigo íntimo ou inimigo de uma das partes, credor ou devedor das partes ou de seus cônjuges ou parentes, herdeiro presuntivo, donatário ou integrar a direção da empresa, ou ter interesse no julgamento da causa, o que comprometeria sua isenção.

Lembrando que o árbitro deve se declarar impedido ou suspeito antes de aceitar a função para julgar determinado processo, como faz previsão o art. 14, § 1º da Lei de Arbitragem.

Quanto à escolha dos árbitros, preleciona Adriana dos Santos Silva:

Os árbitros são nomeados pelas partes e devem ser em número ímpar (parágrafo 1º, art. 13). Se assim não for, os árbitros nomeados poderão nomear mais um árbitro e, se não houver acordo, as partes requererão ao órgão do Poder Judiciário responsável pelo julgamento da causa, originariamente, a nomeação do árbitro (parágrafo 2º, art. 13). O processo de escolha pode ser estabelecido de comum acordo, ou ser adotado um órgão, ou entidade arbitral, específico. O presidente do tribunal, quando houver vários árbitros, será escolhido entre eles. Não havendo consenso, será designado como presidente o árbitro mais idoso. E será este quem designará, se conveniente, um secretário, que pode ser um dos outros árbitros. A escolha do presidente tem grande importância para o procedimento arbitral, pois em caso de empate na decisão, segundo o que dispõe o art. 24 da Lei, o voto do presidente, não havendo acordo, é o que prevalecerá.¹⁰³

Quanto à recusa do(s) árbitro(s) pelas partes, afirma a referida autora que:

Só se dará após sua nomeação, sendo permitida, no entanto, a recusa por motivo anterior nos casos expressos nas alíneas “a” e “b” do parágrafo 2º do art. 14. Essa recusa deve ser feita por meio de exceção, conforme o art. 20, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo-se suas razões e apresentando-se as provas pertinentes. Aceita a exceção, o árbitro será afastado, assumindo em seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver; esse procedimento também é adotado se o árbitro vier a falecer. No caso de não haver substituto designado pelas partes, conforme o parágrafo 1º do art. 16, “aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem”, para solucionar o inconveniente. Não havendo consenso, a Lei autoriza a solução por via judicial. Isso só será possível, no entanto, se as partes tiverem convencionado não aceitar substituto.¹⁰⁴

Assevera-se que para efeitos penais, o árbitro, conforme estabelecido no art. 17 da lei, fica equiparado aos funcionários públicos. Dessa forma, poderá o árbitro cometer e ser processado pelos crimes contra a administração pública, tipificados no Código Penal, entre os artigos 312 e 325, além do artigo 344 (que faz referência

¹⁰³ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 37.

¹⁰⁴ Idem. Ibid. p. 38.

explícita ao juízo arbitral).¹⁰⁵ A responsabilidade da qual estará investido o árbitro em face do compromisso arbitral, termina com o laudo arbitral e seu encaminhamento pelos meios devidos aos interessados.¹⁰⁶

2.7 Procedimento Arbitral

O procedimento arbitral é abordado no capítulo IV da Lei nº 9.307/96, nos artigos 19, 20 e 21. O início do procedimento ocorre quando o árbitro ou tribunal nomeado pelas partes aceita sua nomeação, seja de forma tácita ou expressa.¹⁰⁷

Os artigos 19 e 20 se limitam a, respectivamente, estipular quando se inicia o procedimento e sobre a imperiosidade de se arguir previamente questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro, além das que envolvam nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem.¹⁰⁸

De fato, o principal artigo da lei a tratar do tema deste tópico é somente o 21, o qual expõe diretamente como se dará o funcionamento do procedimento arbitral. *In verbis*:

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 podem 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.¹⁰⁹

É fundamental esclarecer algumas questões fundamentais sobre esse tema. A primeira delas é que a vontade das partes, por maior que seja nesta modalidade de

¹⁰⁵ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 46-49.

¹⁰⁶ BARROS, Marcela Menezes. **A Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Dissertação de Direito – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2006, p. 51. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/mmba.pdf>> Acesso em: 14 out. 2012.

¹⁰⁷ LIMA, op. cit. p. 52.

¹⁰⁸ Idem. Ibid. p. 53.

¹⁰⁹ BRASIL. **Lei Nº 9.307/1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 14 out. 2012.

resolução extrajudicial, não é ilimitada, encontrando barreiras “na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei”.¹¹⁰

A segunda é que medidas de caráter coercitivas ou cautelares tomadas em âmbito arbitral só podem ser executadas por meio do Judiciário, dado não ter legalmente a arbitragem poder de executar suas decisões.¹¹¹

2.8 Sentença Arbitral

A arbitragem encontra seu fim com a sentença ou laudo proferido pelo(s) árbitro(s). São dois os capítulos que tratam do tema na Lei de Arbitragem, o V e VI, que englobam desde o artigo 22 até o 33.

Uma definição para a sentença arbitral é a dada por José de Albuquerque Rocha:

Sentença arbitral é a decisão pela qual o árbitro ou o tribunal arbitral, com base nos poderes que lhes confere a convenção de arbitragem, resolve as questões litigiosas civis sobre direitos patrimoniais disponíveis que lhes são submetidas pelas partes. É o ato final do procedimento arbitral, através do qual os árbitros esgotam sua função jurisdicional, salvo o poder de corrigir, esclarecer ou integrar a sentença.¹¹²

Existem três formas de classificar uma sentença arbitral. Uma classificação é a que a divide em terminativa e definitiva. A sentença é considerada terminativa quando põe termo ao processo, sem julgamento do mérito e definitiva quando define o direito aplicável ao caso concreto, sendo, portanto, uma decisão de mérito.

Outra classificação é a que distingue as sentenças entre finais, que julgam o litígio por inteiro, e parciais, que deliberam somente sobre parte dele. Já a última é a que conceitua a sentença arbitral em meramente declaratórias, positivas ou negativas; constitutivas; condenatórias; e declaratórias negativas de pretensão das partes.¹¹³

Como qualquer juiz de direito, o árbitro, de acordo com o art. 22, terá poderes para determinar a realização de provas e perícias que considerar necessárias, ouvir

¹¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

¹¹¹ Idem. Ibid. p. 24.

¹¹² TOMIATTO, Valdinei. **A Arbitragem como Mecanismo de Desenvolvimento Socioeconômico**. 2011. Dissertação de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011, p. 125. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br>> Acesso em: 13 out. 2012.

¹¹³ CARMONA, op. cit. p. 337.

as testemunhas e as partes, sendo estas duas últimas informadas previamente sobre o local, dia e hora em que seus depoimentos serão tomados (§ 1º). Frisa-se que o proferimento da sentença arbitral não será obstaculizada em caso de revelia de uma das partes (§ 3º).

Uma das previsões mais importantes estabelecidas pelo art. 23 é a que estabelece o prazo máximo de seis meses (podendo este ser prorrogado de forma consensual pelas partes e o árbitro) para que a sentença arbitral seja proferida dando fim ao procedimento arbitral. Este prazo poderá ser maior ou menor a depender do que as partes convencionaram no compromisso arbitral.

O art. 24 estabelece a obrigatoriedade de que a sentença arbitral seja dada por escrito, o que se torna uma das causas que impedem que analfabetos possa atuar como árbitros¹¹⁴. Seus parágrafos 1 e 2 instituem que nos procedimentos em que são múltiplos os árbitros, a decisão será tomada por maioria simples; não havendo maioria, o presidente do tribunal arbitral dará o voto final. Na hipótese de maioria, o árbitro divergente da maioria poderá declarar seu voto separadamente.¹¹⁵

Os requisitos obrigatórios da sentença arbitral estão elencados no artigo 26. São eles: o relatório; os fundamentos da decisão, tanto os de fato como os de direito; resumo da decisão onde estará presente o prazo para cumpri-la; data e local na qual foi proferida a sentença; e a(s) assinatura(s) do(s) árbitro(s).¹¹⁶ A pena pelo descumprimento de quaisquer destes requisitos é a decretação de nulidade.

A responsabilidade quanto às custas e despesas decorrentes do processo também deverão constar na sentença arbitral, além de verbas oriundas da litigância de má-fé, quando houver, conforme previsto no art. 27. Considera-se litigância de má-fé o uso deliberado de meios e artifícios que ocultem a verdade durante o procedimento arbitral.

Quanto ao artigo 30, diz Adriana dos Santos Silva:

A Lei estipula um prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, para que a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, peça correção de qualquer erro material da sentença arbitral ou esclarecimento de alguma obscuridade, dúvida ou contradição dessa sentença, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão¹¹⁷

¹¹⁴ Este tema foi abordado no tópico 2.6, na página 24.

¹¹⁵ LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Iglu, 1998, p. 64-65.

¹¹⁶ Idem. Ibid. p. 67.

¹¹⁷ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 40.

No artigo 31 é definida a equiparação entre a sentença arbitral e a sentença judicial, sendo que em caso de condenação, constituirá um título executivo, apto a ser executado no Judiciário se a parte derrotada não cumprir a voluntariamente. Destaca-se que, em regra, não há possibilidade de recurso contra sentença arbitral, sendo possível recorrer ao Judiciário da decisão proferida pelo juízo arbitral somente para alegar sua nulidade.

No artigo 32 estão listadas as causas que redundam na nulidade da sentença arbitral. Estando presentes qualquer uma das hipóteses previstas em lei, poderá a parte interessada recorrer ao Judiciário, como prevê o art. 33. O prazo para impugnar sentença arbitral nula é de 90 dias, conforme estabelecido no Código de Processo Civil, para as ações autônomas de impugnação¹¹⁸.

Com base nessa previsão normativa, conclui Fredie Didier Jr.:

A decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada material. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo nonagesimal, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta dessa circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autogoverno (autonomia privada).¹¹⁹

Os artigos 34 a 40 que compõe o capítulo VI, que aborda exclusivamente sobre o reconhecimento e a execução dos laudos ou sentenças arbitrais estrangeiras, tornaram mais prático à aceitação destas sentenças em território nacional.¹²⁰

¹¹⁸ BRASIL. **Lei Nº 5.869/1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 out. 2012.

¹¹⁹ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, Volume 1. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009, p. 83.

¹²⁰ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 41.

3 JUDICIÁRIO E ARBITRAGEM: DADOS COMPARATIVOS

O Judiciário jamais foi tão acessível à população brasileira como tem sido desde o advento da Constituição Federal de 1988, que garantiu, além de vários direitos individuais e sociais, a gratuidade das custas processuais para os indivíduos que não podem arcar com as mesmas, conforme prevê os incisos XXXIV e LXXIV, do art. 5º. Contudo, a efetivação deste direito só ocorreu por meio da promulgação das leis dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais (Lei nº 9.099/95) e Federais (Lei nº 10.259/01), as quais já tinha previsão constitucional no art. 98, inc. I e no § 1º.

Mesmo levando-se em conta todo esse processo de democratização da Justiça nas últimas décadas, os problemas do Judiciário são bastante conhecidos, tanto pela população como pelos juristas. Em 1993, o Ibope realizou uma sondagem entre a população brasileira a fim de conhecer a opinião que esta detinha sobre a Justiça. As perguntas e os resultados foram estes apresentados no Quadro 1¹²¹:

Quadro 1: Como o brasileiro vê a justiça (%)

	Concorda	Discorda	Não sabe
O problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça que é lenta	87%	8%	5%
No Brasil, existem certas pessoas que mesmo que façam coisas erradas nunca são punidas pela Justiça	86%	10%	4%
No Brasil, a grande maioria das pessoas que desobedecem à lei é punida	37%	57%	6%
No Brasil, as leis só existem para os pobres	80%	17%	3%
A Justiça brasileira trata os pobres e os ricos do mesmo modo	16%	80%	4%
De maneira geral, as sentenças dos juizes são justas	53%	37%	10%

Fonte: Ibope, 1993, in Faerman (1998).

Uma pesquisa no mesmo sentido divulgada pela Escola Paulista de Magistratura, em 1994, mostrava que a população brasileira definia a Justiça nacional como:

Velha e antiquada, distante do povo, elitista, refletindo privilégios, não confiável, lenta acomodada, cerceada, não acessível, não transparente, burocrática, não informatizada, desatualizada, ineficiente, desrespeitosa ao cidadão, instrumento eficaz de punição apenas contra os pobres.¹²²

Uma das alternativas para solucionar os problemas pelos quais vem passando o Poder Judiciário é o reforço à utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos. Dentre estes meios, destaca-se a arbitragem. Infelizmente, esses meios

¹²¹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Disponível em: <<http://www.iets.inf.br>>. Acesso em: 29 out. 2012

¹²² TEIXEIRA, 1994 apud SANTOS SILVA, 2005, p. 109.

alternativos ainda provocam bastante desconfiança, não somente entre a população geral como na própria classe dos operadores do Direito.

Conforme pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) entre os seus associados, para 89,8% dos magistrados entrevistados a prestação jurisdicional deve ser feita exclusivamente pelo Judiciário e para 79,6% todas as formas alternativas de resolução de conflitos devem estar subordinadas a Justiça.¹²³ Vê-se dessa maneira que reside nessas posições contrárias às alternativas extrajudiciais existentes tanto um misto de desconfiança como de receio da perda de importância do papel do Judiciário na sociedade.

O fato é que quando colocados lado a lado, o instituto da arbitragem (o meio alternativo de resolução destacado neste trabalho) e o Poder Judiciário apresentam, de forma bastante nítida, suas principais diferenças. Essas distinções se consubstanciam quando são analisadas as características desses dois modelos de resoluções de conflito.

Para a doutrina especializada, enquanto o Poder Judiciário se caracteriza pela sua coercibilidade, publicidade, lentidão e extrema formalidade e rigidez das regras processuais, além da uniformidade dos magistrados quanto a sua formação, a arbitragem se destaca por ser voluntária, confidencial, célere, bem menos formal que a Justiça comum quanto ao procedimento, e pelos árbitros terem, em regra, conhecimento técnico sobre o tema em litígio.¹²⁴

Cabe neste momento realizar uma análise comparativa sob uma ótica jurídica desses dois modelos de resolução de litígios, buscando, por meio de quatro aspectos bem definidos e distintos, sinalizar qual deles se sobrepõe sobre o outro como meio mais célere, barato, adequado e eficaz para alcançar o objetivo que ambos propõe em sua essência: solucionar o conflito entre as partes.

3.1 Celeridade/Morosidade

O objetivo primordial de qualquer processo, seja ele judicial ou extrajudicial, é resolver o litígio que lhe é apresentado. Contudo, essa resolução não pode nem

¹²³ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2005**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

¹²⁴ CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. **Arbitragem e Mediação**. Roteiro de Curso, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009, p. 5. Disponível em: <<http://academico.direito-rio.fgv.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

deve se postergar demasiadamente no tempo, dado que as partes necessitam de uma resposta quanto a sua pendenga legal da forma mais veloz possível. Inclusive, a duração razoável do processo é a essência do Princípio da Tempestividade da Tutela Jurisdicional, o qual está previsto na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004.¹²⁵

Mauro Cappelletti e Bryant Garth analisam da seguinte forma o problema do tempo no processo:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a quem teriam direito. A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais reconhece explicitamente, no artigo 6º, parágrafo 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de "um prazo razoável" é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.¹²⁶

Um dos maiores problemas do Poder Judiciário brasileiro, se não o maior deles, é a morosidade, ou seja, o tempo delongado entre a abertura de um processo e a execução de uma sentença transitada e julgada. Estima-se que o prazo médio de um processo judicial no Brasil seja de oito anos, somando-se as fases de conhecimento e de execução.¹²⁷

Em 2005, a AMB conduziu uma pesquisa de opinião entre todos os seus membros. Um dos dados levantados evidencia como os seus associados, magistrados aposentados e na ativa, avaliavam o Poder Judiciário quanto à agilidade¹²⁸. Os resultados são estes apresentados na Tabela 1:

Tabela 1: Avaliação do Judiciário em termos de agilidade, em %

	Bom/Boa*	Regular	Ruim**	NR/Sem Opinião
Judiciário	9,9	38,7	48,9	2,5
Justiça Estadual	17,2	34,9	44,6	3,3
Justiça do Trabalho	29,3	29,0	16,8	24,9
Justiça Federal	14,5	27,1	39,5	18,9
Justiça Eleitoral	64,8	17,1	6,9	11,2
Justiça Militar	13,6	17,2	9,9	59,3
TST	12,0	22,5	22,2	43,3
STJ	18,0	33,7	33,4	14,9
STF	13,1	29,3	45,3	12,3

*soma das notas "muito bom" e "bom" **soma das notas "ruim" e "muito ruim"

Fonte: Pesquisa AMB, 2005

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Volume 1. 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 57.

¹²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 20.

¹²⁷ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Política Econômica. **Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo**. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

¹²⁸ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2005**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 30 out. 2012.

É evidente que nem mesmo entre os magistrados o Judiciário é bem avaliado quanto a sua celeridade, dado que para quase 50% dos entrevistados pela pesquisa, nesse quesito em especial ele é ruim ou muito ruim. Sendo ainda que a Justiça Estadual, a Federal e os tribunais superiores (Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal) são aqueles que lideram a pesquisa no que tange a morosidade.

Importante observar que tamanha preocupação com o problema do tempo necessário para que o litígio seja resolvido, tem como fundamento o fato de que este pode ser nocivo à pretensão que as partes buscam ver satisfeita por meio do processo. Cândido Rangel Dinamarco expõe três hipóteses doutrinárias onde o tempo poder agir como um “fator de corrosão dos direitos”¹²⁹ dentro do processo judicial:

A primeira hipótese é a do processo que chega ao fim e o provimento de mérito é emitido, quando o mal temido já está consumado e nada mais se pode fazer [...]. O segundo grupo de situações é representado pela tutela jurisdicional demorada que chega depois de uma espera além do razoável e muito sofrimento e privações impostas ao titular de direitos [...]. O terceiro caso é o do processo que deixa de dispor dos meios externos indispensáveis para sua correta realização ou para o exercício útil da jurisdição [...]. No primeiro caso, o processo não terá produzido tutela jurisdicional alguma, porque sem a efetiva oferta do bem a que o sujeito tem direito não se pode falar em verdadeira tutela jurisdicional; no segundo, a tutela jurisdicional se realiza mas não é tempestiva, sendo ilegítimo e injusto sujeitar o titular de um direito a tanta espera. No terceiro, o processo mal aparelhado terá sido incapaz de oferecer a tutela justa ao sujeito que tiver razão [...].¹³⁰

No caso do Poder Judiciário, uma das formas encontradas pelo legislador nacional para mitigar os efeitos do tempo sobre o direito ou bem discutido no processo foi a utilização de medidas cautelares e antecipatórias de tutela.¹³¹ Pode-se arguir também que os atuais Juizados Especiais, tanto os estaduais como os federais, ajudaram não apenas a desafogar a Justiça Comum como permitiram que processos cujo procedimento necessário para solucionar a lide fossem mais simples, pudessem ser decididos em tempo mais hábil para as partes.¹³²

Contudo, ambas as medidas tem gerado apenas efeitos paliativos sobre o problema da morosidade no Judiciário, o que pode ser constatado pelo aumento significativo de processos judiciais a serem julgados na década passada, conforme

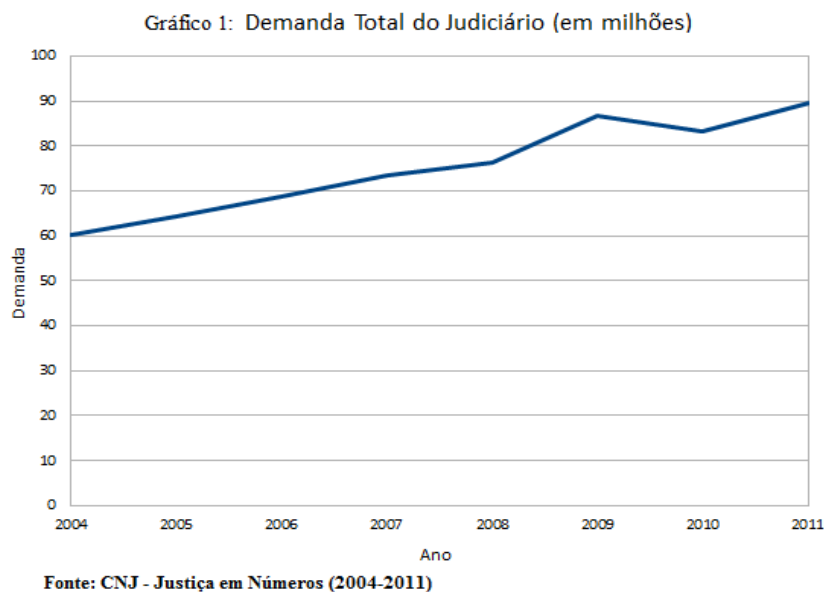
¹²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 55.

¹³⁰ Idem. Ibid. p. 56-57.

¹³¹ Idem. Ibid. p. 57-59.

¹³² CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma Abordagem Crítica**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3-6.

apresenta a Gráfico 1:



Note-se que até 2010, a quantidade de processos tramitando no Poder Judiciário alcançou o estratosférico valor 83,4 milhões (que mesmo assim foi menor que o volume do ano anterior), destes os quais 71% correspondiam a processos que ingressaram na Justiça nos anos anteriores.¹³³ A tendência crescente apenas se confirmou no ano de 2011, quando essa cifra atingiu o volume total de 89,5 milhões de processos em tramitação.¹³⁴

Um argumento bastante utilizado para explicar a morosidade judicial é o de que esta se deve ao fato de que o número de magistrados e serventuários da Justiça são relativamente baixos, o que conseqüentemente os sobrecarrega face a quantidade de trabalho exigida.

Em 2009, a AMB realizou uma pesquisa com 1.228 magistrados ativos, questionando-os quanto às condições de trabalho em seus tribunais. No que tange a quantidade de funcionários, para quase metade dos entrevistados (47%), o número é insuficiente, de acordo com o que aponta o Quadro 2:

¹³³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2010: Resumo Executivo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

¹³⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2011**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

Como o(a) Sr.(a) avalia a atual estrutura de pessoal - no que se refere à quantidade de pessoas trabalhando - se for levada em consideração a desejável celeridade no andamento dos processos de sua unidade?(%)

Quadro 2

	TOTAL	REGIÃO				
		NORTE	NORDESTE	CENTRO-OESTE	SUDESTE	SUL
ÓTIMA / BOA	18	14	10	18	19	28
REGULAR	35	38	32	36	36	38
RUIM / PÉSSIMA	47	49	58	47	45	34

Fonte: AMB (2009)

Contudo, nos últimos anos, segundo dados fornecidos pelo CNJ, o número de magistrados e serventuários do Judiciário tem se mantido em um ritmo de crescimento, ainda que com algumas variações¹³⁵. No ano de 2011, o número total de magistrados no Brasil atingiu a quantidade de 16.918 e o de servidores alcançou a marca de 366.428 em atuação.¹³⁶ Portanto, não é apenas a quantidade de funcionários que explica a morosidade da Justiça no país.

O problema da morosidade do Poder Judiciário contrasta com a celeridade observável nos juízos arbitrais. Conforme prelecionado anteriormente neste trabalho, o prazo estipulado em lei para que uma sentença arbitral seja proferida é de seis meses, exceto se as partes convencionarem outro prazo.¹³⁷ Inclusive, é considerada nula a sentença arbitral proferida fora do prazo estipulado.¹³⁸

Outros dois fatores fundamentais que reforçam a celeridade do processo arbitral são a irrecorribilidade das decisões arbitrais, sejam elas interlocutórias ou sentenças, e, ao menos no Brasil após o advento da Lei de Arbitragem, a desnecessidade de homologação das decisões arbitrais perante um juiz togado.¹³⁹

Portanto, a arbitragem, quando analisada legalmente, leva uma enorme vantagem sobre o Judiciário no que concerne ao tempo despendido para a resolução da lide entre as partes.

¹³⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

¹³⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2011**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

¹³⁷ Este tema foi abordado no tópico 2.8, na página 28.

¹³⁸ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 149.

¹³⁹ Idem. loc. cit.

3.2 Custas Processuais

A morosidade do Judiciário encontra-se refletida na rigidez do processo judicial, o que, em face do enorme volume de processos, termina por prolongar demasiadamente o desfecho para o litígio. Fica ainda patente que essa morosidade acaba por se manifestar nas custas judiciais presentes em um processo na Justiça Comum, que costumam ser bastante elevados.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth prelecionam de maneira contundente a situação perniciosa que as despesas processuais provocam:

Causas que envolvem somas relativamente pequenas são mais prejudicadas pela barreira dos custos. Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade. [...] Na Alemanha, por exemplo, as despesas para intentar uma causa cujo valor corresponda a US\$ 100, no sistema judiciário regular, estão estimadas em cerca de US\$ 150, mesmo que seja utilizada apenas a primeira instância, enquanto os custos de uma ação de US\$ 5.000, envolvendo duas instâncias, seriam de aproximadamente US\$ 4.200 – ainda muito elevados, mas numa proporção bastante inferior, em relação ao valor da causa.¹⁴⁰

Importante explicar que o termo custas processuais refere-se a todas as despesas e encargos decorrentes do processo. Assim sendo, o pagamento de taxas, de honorários advocatícios, dos gastos com recursos, com o pagamento de peritos não oficiais, de diligências e toda e qualquer despesa pecuniária que advenha do decorrer do processo, estará englobado pelas custas embutidas em um processo.

No Brasil, a situação das custas processuais não é diferente da descrita por Cappelletti e Garth. Pesquisas indicam que os custos de um processo no país também têm reflexo sobre o objeto em litígio. Um estudo em 2003 realizado por Pedro Fachada, Luiz Fernando Figueiredo e Eduardo Lundberg a pedido do Banco Central detalhando de maneira comparativa as despesas processuais (custas, advogados, oficial de justiça, peritos, entre outros) arcadas pelas partes em uma ação que passasse por todas as fases processuais da Justiça.¹⁴¹

Um dos resultados desse estudo pode ser conferido abaixo na Tabela 2:

¹⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988, p. 19-20.

¹⁴¹ FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. **Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil**. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, nº 35, maio, 2003, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

Tabela 2 – Custo e Prazo Estimados de Recuperação de Contrato de Crédito

Processo	Prazo de Tramitação	Valor do Contrato			
		R\$ 500	R\$ 1.000	R\$ 5.000	R\$ 50.000
Extrajudicial Simples	até 1 ano	R\$ 216 43,2%	R\$ 320 32,0%	R\$ 997 19,9%	R\$ 8.502 17,0%
Judicial	até 8 anos				
Fase do Conhecimento	até 3 anos	R\$ 486 97,2%	R\$ 779 77,9%	R\$ 3.018 60,4%	R\$ 28.122 56,2%
Fase da Execução	até 5 anos	R\$ 500 100,0%	R\$ 967 96,7%	R\$ 3.989 79,8%	R\$ 37.946 75,9%

Fonte: Fachada, Figueiredo e Lundberg, 2003, in Secretaria da Reforma do Judiciário (2004).

Percebe-se que segundo os cálculos dos autores, no ano de 2003, ações no valor de até R\$ 1.000 acabavam, no procedimento judicial, sendo praticamente igualadas pelas custas envolvidas no processo, enquanto que ações em que o crédito era de R\$ 50.000, o valor a ser recuperado, findado o processo, era de menos de 25% da quantia.

A questão das custas judiciais também é percebida pelos magistrados como um dos problemas que se detecta no Judiciário, ainda que estes se dividam entre considerar o estado desse empecilho ruim e regular, como assinala a Tabela 3:

Tabela 3 - Avaliação do Judiciário em termos de custas, em %

	Bom/Boa*	Regular	Ruim**	NR/Sem Opinião.
Judiciário	14,0	37,6	40,9	7,5
Justiça Estadual	15,0	33,6	44,1	7,3
Justiça Trabalho	30,4	23,1	13,0	33,5
Justiça Federal	22,3	27,5	19,3	22,9
Justiça Eleitoral	49,4	13,6	4,4	32,6
Justiça Militar	13,7	13,6	5,1	67,6
TST	15,8	19,6	11,0	53,6
STJ	17,4	26,9	15,6	40,1
STF	15,7	26,2	17,9	40,2

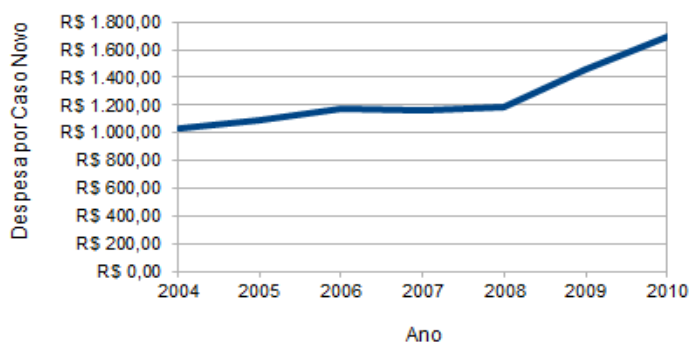
*soma das notas "muito bom" e "bom" **soma das notas "ruim" e "muito ruim"

Fonte: Pesquisa AMB, 2005

Se por um lado as custas pelas partes geram barreiras econômicas de acesso a Justiça, os gastos do Poder Público com o sistema jurídico segue uma constante substancial de aumento.

De acordo com os dados do Conselho Nacional de Justiça, desde 2003, quando o primeiro levantamento da série Justiça em Números foi realizado, as despesas processuais do Judiciário por caso novo cresceram anualmente de forma considerável, atingindo já em 2011 o valor de R\$ 1.920.¹⁴² O Gráfico 2 demonstra como se deu este crescimento entre os anos de 2004 e 2010:

¹⁴² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2011**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

Gráfico 2: Despesas do Judiciário por Caso Novo

Fonte: CNJ - Justiça em Números (2004-2010)

O grande desafio que o Judiciário enfrenta na busca pela prestação jurisdicional deve-se em muito a quantidade de direitos que foram criados via atividade legislativa no decorrer das últimas décadas. Como estes novos direitos devem ser protegidos pelo Estado, o modelo de monopólio do exercício da jurisdição tem demonstrando claramente não ter condições de suportar a demanda de processos que lhe é dada.

No que se refere as custas processuais, a arbitragem costuma dividir os especialistas. Selma Ferreira Lemes, professora da Fundação Getúlio Vargas (FGV), em sua tese de doutorado, chegou a comparar, através de um caso hipotético, o processo judicial com o processo arbitral. O resultado do levantamento realizado por ela apontou que a economia processual na arbitragem era de até 58% dos custos quando comparado ao processo judicial, já considerados os custos de transação e também o custo de oportunidade.¹⁴³

Entretanto, mesmo que se admita que os valores pagos em um processo arbitral sejam, em média, altos, quando se compara suas custas as da Justiça Comum, os benefícios são evidentes. Preleciona nesse sentido Adriana Santos Silva:

A arbitragem possui custas, e elas podem ser altas, mas, se comparadas às custas de uma decisão definitiva do Judiciário, ainda são vantajosas. Isso porque aos custos de uma decisão final por via tradicional são contabilizados os honorários, as taxas, o preparo para o recebimento de um recurso, o que resulta em um montante relativamente maior que as custas de um litígio solucionado por via arbitral, além do tempo muito mais dilatado para que uma decisão definitiva seja proferida no Judiciário.¹⁴⁴

¹⁴³ BRAGHETTA, Adriana. et al. **Arbitragem e Poder Judiciário**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

¹⁴⁴ SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005, p. 151.

Em face da relativa redução das custas processuais combinadas com a enorme celeridade para resolução do mérito do processo arbitral quando comparada com o processo judicial comum, não surpreende, por conseguinte, que entre 2006 e 2009, em cinco grandes centros de arbitragem no Brasil, tenham sido postos em litígio por meio de procedimentos arbitrais valores da ordem de R\$ 2,5 bilhões.¹⁴⁵

3.3 Adequação

Outra vantagem que se apresenta do processo arbitral frente ao processo judicial, além da possibilidade das partes determinarem quais são as normas processuais que serão aplicadas ao caso concreto como já foi explicado em capítulo anterior, é o fato de que, por não precisar ter formação jurídica, pode ser escolhido para atuar como árbitro um especialista na área do litígio, o que poderia tornar dispensável a necessidade de se contratar um perito para analisar as provas apresentadas pelas partes.

Portanto, o princípio da adequação é completamente fortalecido no procedimento arbitral, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco:

A busca da *tutela adequada*, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao seu conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem terem, eles próprios, familiaridade com a matéria.¹⁴⁶ (grifo original do autor)

Todavia, para alguns, a especialização do árbitro não é considerada uma vantagem no momento de julgar uma matéria, segundo assinalou uma pesquisa conduzida pela AMB, em 2006, envolvendo o tema da arbitragem entre seus membros.

A pesquisa demonstrou que para a maioria dos magistrados (54,9%) a especialização ou qualificação do julgador no tema suscitado judicialmente não é importante ou relevante para a tomada de uma decisão, bem como demonstra a Tabela 4:

¹⁴⁵ DURAN, Camila Villard. **Para onde vai a Arbitragem no Brasil?** Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 32.

Tabela 4 - O(A) Sr.(a) concorda com a afirmação segundo a qual questões de direito devem ser resolvidas pelo Poder Judiciário, mas questões fáticas com complexidade técnica seriam mais adequadamente tratadas por arbitragem?

Inteiramente de acordo	11,1%
De acordo	24,6%
Indiferente	6,2%
Contrário	31,5%
Inteiramente contrário	23,4%
Sem opinião	3,1%
Fonte: Pesquisa AMB 2006	

O que a princípio pode gerar dúvidas quanto a uma possível contradição por parte dos magistrados, dado que estes estariam ignorando a sua própria realidade quanto atuam em seus tribunais necessitando muitas vezes do trabalho de peritos, é mais bem compreendido quando se analisar outro dado levantado pela mesma pesquisa. Segundo ela, para 83,8% dos magistrados as consequências sociais de suas decisões judiciais, juntamente com as normas legais, devem servir de orientação preponderante no momento de julgar.¹⁴⁷

Portanto, a valorização excessiva dos magistrados a parâmetros sociais como guia para definir como julgar cada caso, ao contrário de se aterem exclusivamente ao que estabelece a lei e as provas do processo, permite compreender porque a especialização do julgador, o que estaria atrelado ao princípio da adequação, como acontece na arbitragem, é um fator considerado irrelevante pelos mesmos.

3.4 Efetividade

Um dos princípios constitucionais mais fundamentais do processo é o da efetividade, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, o qual preleciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁴⁸ Este princípio visa resguardar que o direito ou bem ameaçado ou lesionado, após ter sua condição jurídica reconhecida no processo, gere efeitos práticos no mundo exterior. Portanto, seu foco é mais no resultado da tutela jurisdicional do que no

¹⁴⁷ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2006**. Disponível em: <<http://www.amb.com.br>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

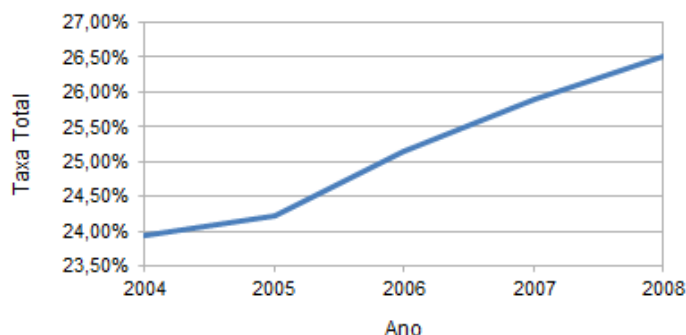
¹⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 2 nov. 2012.

reconhecimento do direito em si.

O número elevado de recursos previstos no ordenamento jurídico pátrio é um dos principais fatores responsáveis pela morosidade do Judiciário, a qual termina influenciando diretamente na ausência de efetividade prática das decisões judiciais, o que por consequência coloca em descrédito o próprio sistema judicial. Somente no âmbito do processo civil, estão previstos em lei os recursos de apelação, agravo de instrumento, agravo retido, embargos de divergência, embargos de declaração, embargos infringentes, embargo de execução, impugnação à execução, recurso ordinário constitucional, recurso especial e recurso extraordinário.

Conforme o quadro do Judiciário que vem sendo traçado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio de seus levantamentos anuais intitulados Justiça em Números¹⁴⁹, a quantidade de processos em que uma das partes recorre da sentença ou da decisão interlocutória proferida em determinada instância tem crescido de forma desenfreada ao longo dos últimos anos. O Gráfico 3 apresenta claramente esse aumento:

Gráfico 3: Taxa de Recorribilidade (Interna e Externa)



Fonte: CNJ - Série Histórica 2004 a 2008 (2008)

A tendência de ascendência nos processos em que há recursos é observada tanto na Justiça Estadual, como na Federal e do Trabalho. A conclusão lógica que se extrai dessa informação é que enquanto existirem meios legais de se postergar a efetividade de uma decisão judicial a parte perdedora se valerá deles.

Os dados levantados pelas pesquisas que analisam o Judiciário apontam que, dentro do sistema bifásico¹⁵⁰ que vigora no Brasil, o grande responsável reside

¹⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

¹⁵⁰ O processo civil brasileiro é composto, no mínimo, de duas fases: a fase de conhecimento (na qual o juiz diz quem tem direito, quem tem razão) e a fase de execução (em que o patrimônio do devedor é transferido para o patrimônio do credor).

justamente no processo de execução. Isso porque no país, em regra, os processos não são finalizados.

De acordo com uma pesquisa conduzida pelo Banco Mundial, no caso dos tribunais do estado de São Paulo, “70% dos processos de execução simplesmente desapareceram, uma parte devido a acordos extra judiciais ou ao pagamento, mas a maior parcela porque o credor não encontrou bens e desistiu”.¹⁵¹ Ainda segundo a mesma pesquisa, metade dos processos de execução simplesmente fica parada porque o devedor não é encontrado para ser devidamente citado quanto à existência de um processo contra o mesmo no Tribunal.

Já no âmbito da arbitragem, a efetividade da tutela buscada pelas partes é garantida de forma vigorosa. Isso ocorre dado que a redução do tempo do processo termina por mitigar os riscos da litigância de má-fé, na qual uma das partes busca se beneficiar da lentidão processual adiando ao máximo a eficácia de uma sentença desfavorável.

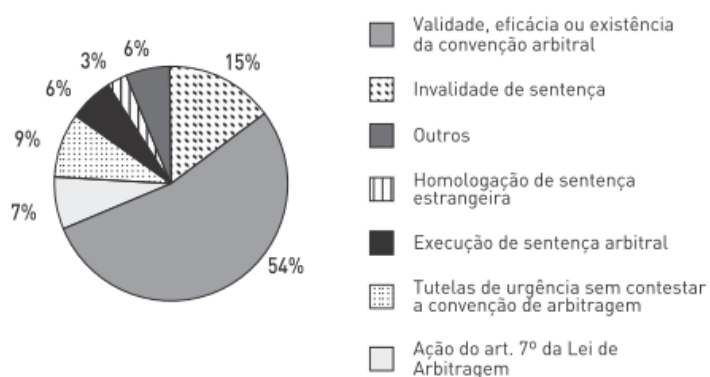
O principal e praticamente único empecilho com o qual se defronta a arbitragem no Brasil no que tange a efetividade das suas sentenças é que esta só pode ser executada por meio da Justiça Comum. A ausência da possibilidade de execução da sentença arbitral pela via privada só não provoca demasiada preocupação pelo fato de que, costumeiramente, a parte perdedora no procedimento arbitral cumpre voluntariamente o que foi determinado pelo árbitro, o que diminui consideravelmente a quantidade de sentenças arbitrais que precisam ser executadas no Judiciário.

Este costume de respeito a sentença arbitral é bem apresentada pelo dado obtido em uma pesquisa realizada pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) com o intuito de analisar como o Judiciário estava analisando ações que envolvessem arbitragem¹⁵².

O Gráfico 4 evidencia que a quantidade de processos que abordavam exclusivamente a execução da sentença arbitral é bastante ínfima:

¹⁵¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Judiciário e Economia**. Disponível em: <<http://www.oja.ufpa.br>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

¹⁵² BRAGHETTA, Adriana. et al. **Arbitragem e Poder Judiciário: uma Radiografia dos Casos de Arbitragem que chegam ao Judiciário Brasileiro**. Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Gráfico 4: Decisões Classificação Temática

Fonte: FGV (2009)

Conclui-se, por conseguinte, que mesmo não dispondo de meios de coagir as partes a cumprirem a sentença, a própria forma como o processo arbitral é instituído acaba por provocar um cumprimento voluntário entre as partes, algo pouco comum nos processos judiciais que tramitam no Judiciário.

4 O JUDICIÁRIO E A ARBITRAGEM A LUZ DA TEORIA ECONÔMICA

Em geral, os juristas que se debruçam sobre a história dos sistemas jurídicos notam que, em regra, as obras do gênero preferem se focar exclusivamente naqueles em que a Justiça se confunde com o próprio sistema estatal. Os períodos históricos das nações em que seus sistemas jurídicos eram amplamente desvinculados das funções do Estado ou em que vigoravam um modelo de Justiça mista, em que o Estado e entes privados estavam encarregados da função jurisdicional, costumam ser frontalmente ignorados por essas obras.¹⁵³

Por isso que se faz importante esclarecer que a monopolização da coerção vinculada à unicidade orgânica para ser o tomador da decisão final sobre as controvérsias existentes entre os indivíduos que estejam dentro do seu território, se deu de maneira gradual no decorrer do tempo, tendo existido momentos onde o sistema jurídico predominante em determinado local e em certo momento histórico era totalmente desvinculado das funções estatais, predominando um modelo judicial estritamente privado, como é o caso da arbitragem.¹⁵⁴

Contudo, a importância da arbitragem não se limita a história da Justiça. Ela está em pleno vigor nos dias de hoje, sendo utilizada tanto no interior de territórios nacionais, atuando lado a lado com o sistema jurídico estatal do país, como no âmbito internacional, seja por entidades privadas como por organizações governamentais, inclusive por Estados-nacionais, que recorrem a ela para dirimir seus conflitos.¹⁵⁵

A necessária utilização dos meios alternativos de resolução, dentre eles notadamente a arbitragem, se fundamenta em vários fatores, alguns os quais já foram analisados no capítulo anterior. A celeridade, o custo minorado, a flexibilização do processo, a relativa informalidade, a confiabilidade, a especialização do árbitro, além do sigilo dos processos, são algumas das vantagens que a arbitragem oferece àqueles que a ela recorrem, convertendo-a em um método eficaz e seguro de resolução de litígios.

Em geral, por ser abordada em livros e artigos por indivíduos ligados a área

¹⁵³ LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-Europeus**. Tradução de Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1-677.

¹⁵⁴ MOREIRA ALVES, 1971 apud ALVIM, J. E. Carreira, 2007, p. 17-18.

¹⁵⁵ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 5-11.

jurídica, um tipo de análise que não costuma ser comum quando se comparam o instituto da arbitragem com o Poder Judiciário é o de ordem econômica. Praticamente não se encontra em material especializado em arbitragem uma visão fundada sobre alguma teoria econômica que demonstre ou explique os motivos que tornam este instituto mais eficaz do que o sistema estatal de justiça.

Neste capítulo, por meio do conhecimento desenvolvido pela centenária Escola Austríaca de Economia¹⁵⁶, são sobrepostas as características estruturais que definem diretamente como se dá o funcionamento de ambos os modelos de resolução de conflitos do ponto de vista da teoria econômica.

4.1 Monopólio Legal e Concorrência

A peculiaridade fundamental do sistema jurídico estatal é o monopólio da jurisdição. Conforme prelecionado por José Carlos Moreira Alves, esse processo de monopolização da Justiça por parte do Estado foi um processo gradual e bastante longo, que se alastrou por toda a história da humanidade.¹⁵⁷

A jurisdição pode ser definida como a “atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”.¹⁵⁸ A marca da jurisdição pública ou estatal é a imposição, independente da vontade das partes, de uma decisão para solucionar os conflitos de interesses entre elas. Segundo Ovidio A. Baptista da Silva, o exercício jurisdicional é caracterizado por dois elementos essenciais, os quais são:

a) o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, no caso pelo juiz, que o realiza por dever de função; o juiz, ao aplicar a lei ao caso concreto, pratica essa atividade como finalidade específica de seu agir [...]; b) o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de *terceiro imparcial* em que se encontra o juiz em relação ao interesse sobre o qual recai sua atividade. Ao realizar o ato jurisdicional, o juiz mantém-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que tutela por meio de sua atividade.¹⁵⁹

Uma histórica controvérsia na doutrina jurídica é se a arbitragem possui ou não

¹⁵⁶ FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000, p. 28-50.

¹⁵⁷ Para observar essa citação, reveja o capítulo 2, página 8.

¹⁵⁸ CINTRA, Antônio C. de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, Volume 1. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

jurisdição. Para Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, somente quem estivesse investido na autoridade do cargo de juiz poderia exercer a jurisdição, conforme o que prevê o art. 93, inciso I da Constituição Federal de 1988, além de que o papel do árbitro não está fundamentando sobre o princípio do juiz natural e este é incapaz de executar suas sentenças.¹⁶⁰

Alexandre Câmara rebate estes argumentos afirmando que a jurisdição, no ordenamento jurídico nacional, não é função exclusiva do Judiciário, sendo que a arbitragem nada mais seria do que “um tipo especial de jurisdição privada”¹⁶¹. Também aponta que a Lei de Arbitragem prevê que o árbitro atuará de forma independente e imparcial em relação as partes e o processo. Por fim, ainda argumenta a questão da incapacidade de executar as sentenças é um problema de incompetência, não de jurisdição. Lembra ainda o autor que também existem juízes estatais que são incompetentes para executar suas sentenças, como é o caso dos que atuam na esfera penal.¹⁶²

Independente de qual posicionamento doutrinário está correto, o fato incontestável é que o monopólio jurisdicional ainda é do Poder Judiciário, ainda que o Estado autorize que outros órgãos estatais e entes privados possam, em determinadas matérias e obedecendo alguns critérios legalmente estabelecidos, exercer jurisdição. Afinal, ainda que na arbitragem as partes possam adotar qual será a norma de direito material aplicável e estabelecer que o julgamento se dará com base nos princípios gerais de direito, nos usos, e costumes, os quais servirão de fundamento ao árbitro para sua decisão, somente o Estado está autorizado a legislar, ou seja, determinar de forma impositiva o que é a norma jurídica, o que é legal ou ilegal.

Antes de prosseguirmos, faz-se necessário firmar neste trabalho um conceito claro de monopólio. Um desses conceitos é dado por Israel Kirzner, segundo qual:

Monopólio significa a posição de um produtor que está imune à ameaça de que outros empresários façam o que ele faz. [...] sua posição é, certamente, favorecida na medida em que sua imunidade se estende até bloquear outras atividades que, embora não sejam exatamente iguais "ao que ele faz", são suficientemente semelhantes para constituir um perigo perceptível.¹⁶³

¹⁶⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**, Volume 1. 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 84.

¹⁶¹ Idem. Ibid. p. 84

¹⁶² Idem. loc. cit.

¹⁶³ KIRZNER, Israel M. **Competição e Atividade Empresarial**. Tradução de Ana Maria Sarda, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1986, p. 123.

Importante observar que essa posição de imunidade, a qual Kirzner se refere, é só e somente só garantida pelo Estado por meio de suas legislações. Na observação acertada de Ubiratan Jorge Iorio, “a definição mais realista de monopólio é a que estabelece que só [...] existem monopólios em decorrência da concessão de privilégios, diretos ou indiretos.”¹⁶⁴

Monopólios, portanto, são fenômenos decorrentes das legislações estatais que implementam medidas de caráter restritivo a determinados setores. Como preleciona Ludwig von Mises:

A característica específica de uma medida restritiva consiste no fato de que o desvio da produção é o objetivo intencional da autoridade que implementou a medida. Toda intervenção, necessariamente, também desvia o consumo do curso que seguiria numa economia de mercado não obstruída. [...] Uma política de medidas restritivas favorece os produtores, enquanto uma política que não interfere no funcionamento do mercado favorece os consumidores. [...] Na realidade, o que se pode afirmar com certeza é que quase toda medida restritiva traz vantagens para um limitado grupo de pessoas, enquanto afeta negativamente todas as outras ou, pelo menos, a grande maioria. a intervenção, portanto, pode ser considerada como um privilégio concedido a alguns em detrimento dos demais.¹⁶⁵

Os problemas dos monopólios são bastante conhecidos. O ente monopolista, além de ser o único que oferece determinado bem ou presta um serviço específico, tem total controle sobre os preços que poderão ser cobrados e está livre de se preocupar com a qualidade do produto ou do serviço que fornece, dado que os seus consumidores não possuem a possibilidade de recorrer a outras opções.

No caso do Judiciário, os efeitos do seu monopólio de decidir sobre vários ramos do Direito refletem-se na forma como a população brasileira o tem avaliado. São várias as pesquisas nos últimos anos que apontam o descontentamento daqueles que utilizam a Justiça com a qualidade dos serviços prestados.

De acordo com os relatórios do Índice de Confiança na Justiça no Brasil, levantamento promovido pela Fundação Getúlio Vargas trimestralmente, a confiança dos entrevistados no Judiciário, entre os anos de 2010¹⁶⁶ e 2011¹⁶⁷, foi bastante baixa, ainda que tenha ocorrido um leve aumento na última sondagem. De qualquer forma, a nota está dentro da média histórica, conforme apontam os Gráficos 5 e 6:

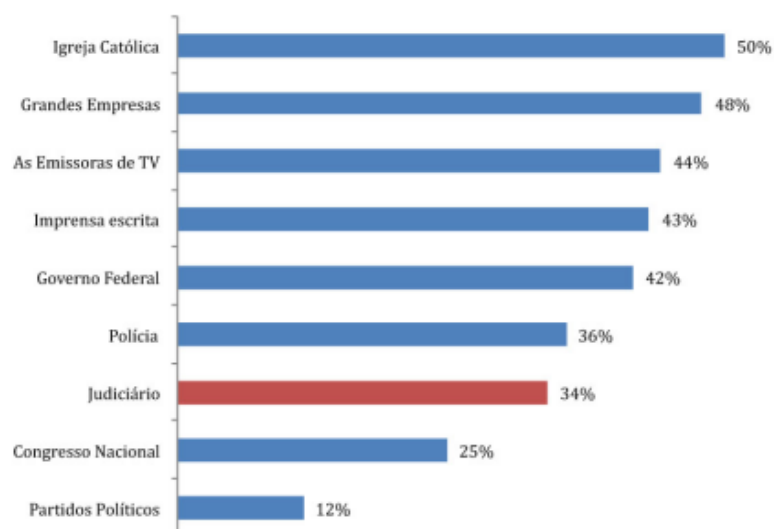
¹⁶⁴ IORIO, Ubiratan Jorge. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 85.

¹⁶⁵ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Tradução de Donald Stewart, 3ª ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 37 e 39.

¹⁶⁶ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil 2º Trimestre/2010 - 1º Trimestre/2011**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

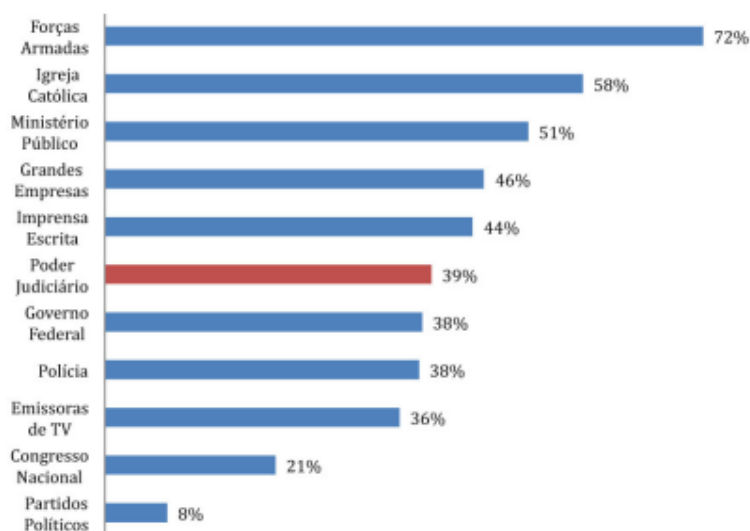
¹⁶⁷ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil 4º Trimestre/2011**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Gráfico 5: CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES



Fonte: FGV (2010)

Gráfico 6: CONFIANÇA NAS INSTITUIÇÕES



Fonte: FGV (2011)

Na teoria econômica austríaca, a concorrência, por sua vez, é um estado onde os empresários precisam superar uns aos outros pela oferta de serviços e produtos que sejam, numa relação inversamente proporcional, de qualidade cada vez mais superior e mesmo tempo cada vez mais barato. Assim como a Econômica Clássica, a Escola Austríaca defende o fim de toda e qualquer medida restritiva que impeça que todos sejam livres para competir em determinado segmento econômico. O argumento é que qualquer medida nesse aspecto simplesmente protege o empreendimento menos eficiente contra um oponente mais bem preparado para

ofertar um bem ou serviço superior aos consumidores.

Cabe aqui desmistificar uma alegação bastante comum de que um monopólio pode ser possível de surgir em um estado de livre concorrência, sem a necessidade de interferência estatal. Essa é uma afirmação que ignora vários elementos econômicos que, numa situação onde o Estado não intervenha, atuam como “fatores anti-monopolísticos”¹⁶⁸.

São eles, conforme Ubiratan Jorge Iorio:

(a) a elasticidade da demanda, que tende a aumentar à medida que o livre mercado se desenvolve e que surgem substitutos para os produtos; (b) a concorrência potencial, que se estabelece quando um negócio é bem sucedido; (c) o fator competitivo permanente, isto é, o fato de que todos os produtores (de todos os produtos) competem ininterruptamente pelo dinheiro dos consumidores; (d) os limites existentes à expansão do tamanho das empresas, impostos pela dificuldade de realização de todos os cálculos econômicos inerentes aos processos de mercado, que é tanto maior quanto mais extensos são os mercados; (e) a lei dos rendimentos decrescentes, que impõe uma dimensão ótima às estruturas de custos das empresas, além da qual os rendimentos passam a ser decrescentes à medida que as empresas se expandem, o que limita a formação dos tão temidos “cartéis”, pelas perdas que lhes acarretariam e (f) a abertura econômica, que se constitui em fator bastante limitativo à formação de “preços de monopólio”, dado que aumenta sensivelmente as possibilidades de escolha dos consumidores, aumentando assim a elasticidade da demanda.¹⁶⁹

Ao contrário do Poder Judiciário, a arbitragem, por ser estritamente privada e, de acordo com a lei nº 9.307, por estar aberta para qualquer pessoa, desde que respeitados os requisitos mínimos para atuar como árbitro ou ser parte num processo arbitral¹⁷⁰, está em quase¹⁷¹ completo acordo com a situação de concorrência prevista na teoria econômica austríaca.

Justamente por ser aberta a concorrência, que é possível aos que atuam na arbitragem se amoldar as condições de mercado que se apresentam em determinado momento ou as vontades dos seus consumidores. Dessa forma, por exemplo, existem câmaras arbitrais que prestam seus serviços a preços mais altos, mas garantindo uma qualidade técnica do julgamento maior, e outras câmaras ou até mesmo indivíduos que cobram preços mais baratos para atuarem como árbitro, oferecendo como vantagem um tempo menor de duração do processo.

Em qualquer dessas hipóteses, a câmara arbitral buscará sempre se amoldar a sua clientela, porque sabe que se não a satisfazê-la, estará correndo o risco de

¹⁶⁸ IORIO, Ubiratan Jorge. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 85.

¹⁶⁹ Idem. Ibid. p. 85.

¹⁷⁰ Observar os tópicos 2.3. e 2.5 deste trabalho, que detalham as qualificações exigidas para parte e para o árbitro.

¹⁷¹ Observar o tópico 2.2, que limita a arbitragem aos casos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

perdê-la para a concorrência. Afinal, em um mercado livre, da mesma forma que os consumidores dependem dos ofertantes para adquirir um bem ou se utilizar de um serviço, os ofertantes dependem dos consumidores para garantir seus investimentos e lucros.¹⁷²

4.2 Presença e/ou Ausência de Incentivos

A questão dos incentivos tem um peso considerável na análise econômica empreendida pela Escola Austríaca. Como se extrai do significado comum ao termo, os incentivos são todos os fatores que influem na tomada de decisão de um indivíduo. Compreender o papel dos incentivos na economia é de extrema importância dado que são eles que influenciarão os agentes envolvidos nos processos de mercado a agir de determinada maneira ao invés de outra.¹⁷³

Um das principais instituições geradoras de incentivos é o modelo de propriedade em vigor. Em regra, são dois os modelos existentes: o público e o privado. Cada um destes modelos cria um grupo diferente de incentivos sobre os agentes que com eles estão envolvidos.

A arbitragem, como já foi dito anteriormente, é um sistema totalmente privado, e como tal, responde a cadeia de incentivos que emana deste modelo. Podem ser sintetizados em quatro os tipos de incentivos que um modelo privado produz sobre os agentes que atuam na arbitragem.

O primeiro incentivo é o da boa manutenção da propriedade onde a câmara arbitral se localiza. Um local agradável e bem preservado valoriza a propriedade, aumentando seu valor. O segundo incentivo é o da utilização do bem de forma produtiva, dado que os proprietários possuem motivos para trabalhar suas habilidades com determinação o suficiente para aumentar suas rendas; ou seja, quanto maior a quantidade de empreendimento empregado, maiores as chances de retorno financeiro. O terceiro incentivo é o de ter que servir da melhor forma possível terceiros, o que no caso da arbitragem seriam os clientes. Como todo o lucro do negócio virá dos consumidores da câmara arbitral, a qualidade do serviço, por meio

¹⁷² PERINGER, Mariana M. **O Livre Mercado e o Crescimento Econômico**. 2003. Dissertação de Ciências Econômicas – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 12. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

¹⁷³ Idem. Ibid. 22-24.

da profissionalização e qualificação dos árbitros, é fortemente incentivada. O quarto e último incentivo é que este promove a colaboração voluntária, fazendo com que os envolvidos com a câmara arbitral, tanto os árbitros como as partes dos processos, colaborem de forma tal com o serviço que não só ajam com boa-fé como respeitem a decisão tomada no procedimento arbitral.¹⁷⁴

Já o Poder Judiciário é caracterizado pelo modelo de propriedade pública. O grupo de incentivos que este modelo produz é completamente diferente do anterior. Contudo, antes de adentrar na questão dos incentivos deste modelo, cabe explicar porque os serviços jurisdicionais são tratados, tanto por juristas como por economistas, como “bens coletivos”.

O conceito de bens públicos é explicado da seguinte forma por Friedrich A. Hayek:

Há vários tipos de serviço que os homens desejam, mas que, se fornecidos, não poderão ser limitados aos que se dispõem a pagar por eles; assim, só podem ser fornecidos se os recursos forem compulsoriamente arrecadados. Desde que exista um aparelho de coerção, e em especial se lhe for dado o monopólio da coerção, é óbvio que ele também será incumbido de suprir meios para o fornecimento de tais 'bens coletivos', como os economistas chamam esses serviços que só podem ser prestados a todos os membros de vários grupos. [...] Um interesse coletivo só se tornará um interesse geral na medida em que todos se considerem que a satisfação de interesses coletivos de grupos particulares, com base em algum princípio de reciprocidade, redundará para eles num ganho maior que o ônus que deverão suportar.¹⁷⁵

Contudo, existem vários problemas relacionados ao conceito de bens públicos. O primeiro deles é que não há de fato como alegar que um determinado bem, por gerar externalidades a não-consumidores, sejam elas positivas ou negativas, deva necessariamente ser fornecido pelo Estado; E mesmo que se admitisse que há uma lógica nessa correlação, não há como afirmar que o Estado poderia fornecer esse bem ou serviço, de forma compulsória, tão bem quanto a iniciativa privada.¹⁷⁶ De fato, é justamente isso que se percebe no caso do Poder Judiciário e da arbitragem.

O segundo problema é que existem muitos bens e serviços que hoje são categorizados como públicos que são parcialmente ou totalmente fornecidos pela iniciativa privada, como é o caso dos serviços jurisdicionais prestados pela

¹⁷⁴ PERINGER, Mariana M. **O Livre Mercado e o Crescimento Econômico**. 2003. Dissertação de Ciências Econômicas – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 23-24. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 4 nov. 2012..

¹⁷⁵ HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Liberdade e Legislação: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política, Vol. II**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, São Paulo: Visão, 1985, p. 6.

¹⁷⁶ HOPPE, Hans-Hermann. **Uma Teoria sobre o Socialismo e o Capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p 189-190.

arbitragem. Aliás, a própria história comprova que, no caso da Justiça, a prestação desse serviço já foi totalmente privada, sendo que apenas nos últimos séculos foi que o sistema jurídico se tornou praticamente estatal.

O terceiro problema com a teoria dos bens públicos é o de ordem ética, conforme aponta Hans-Hermann Hoppe:

A norma requerida para alcançar a conclusão acima é a seguinte: sempre que de algum modo se possa provar que a produção de um bem ou serviço particular tem um efeito positivo para alguém, mas não seria produzido por ninguém, ou não seria produzido em uma quantidade ou qualidade definidas a menos que outros participassem de seu financiamento, então o uso de violência agressiva contra estas pessoas é permitido, seja direta ou indiretamente com a ajuda do estado, e estas pessoas podem ser forçadas a compartilhar da necessária carga financeira. Não é necessário muito comentário para mostrar que o caos resultaria da implementação desta regra.¹⁷⁷

Apontado estes problemas envolvendo a teoria dos bens públicos, podemos por fim adentrar na questão dos incentivos que este modelo provoca. O que fica evidente a primeira vista é que, ao contrário de um sistema privado, quando o bem é público, o incentivo que haveria para preservação dele acaba se dissipando sobre todos os supostos proprietários, no caso a população. Acontece que como cada um deles entende que, independente da forma como este busque preservar o bem, não há como obrigar que outros também o preservem ou impedir que este seja danificado.

Outro incentivo que se perde na propriedade pública é que os agentes que nela atuam não recebem diretamente os benefícios dos esforços que dedicam àquele bem. Dessa maneira, é possível entender porque tanto magistrados como servidores públicos não possuem razões para se preocupar com a qualidade do serviço que prestam, afinal seus vencimentos são irredutíveis, conforme preveem, respectivamente, o Art. 95 da CF/88 e o Art. 41, § 3º da Lei nº 8.112/90, não tendo ligação com o nível do serviço prestado.

Por fim, o último incentivo que um bem público termina por aniquilar é que independente da qualidade do serviço ou bem que seja fornecido, o sistema público não sofrerá perdas econômicas dado que continuará a ser financiado por impostos. Esse argumento pode ser confirmado quando analisado os dados relativos as receitas do Poder Judiciário nos últimos anos e compará-las com as verbas do orçamento da União que lhe é destinado. Enquanto as verbas aumentaram

¹⁷⁷ HOPPE, Hans-Hermann. **Uma Teoria sobre o Socialismo e o Capitalismo**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 193.

continuamente, indo de mais de R\$ 22 bilhões em 2003 para mais de R\$ 49,1 bilhões em 2010, as receitas variaram no mesmo período de R\$ 40 bilhões para R\$ 17,5 bilhões.¹⁷⁸

Preleciona nesse sentido Murray N. Rothbard:

As firmas privadas só podem obter fundos dos consumidores e dos investidores; podem obter fundos, em outras palavras, somente das pessoas que valorizam e compram seus serviços e dos investidores que estão dispostos a arriscar investir os fundos poupados em previsão do lucro. Em suma, pagamento e serviço estão, mais uma vez, indissoluvelmente relacionados no mercado. O governo, por outro lado, não tem freios que o impeçam de agir, isto é, não precisa responder ao teste de lucros e prejuízos do serviço na avaliação dos consumidores para obter fundos. A empresa privada só pode obter fundos dos consumidores satisfeitos e que valorizam o produto, e de investidores guiados pelos lucros e prejuízos. O governo pode conseguir fundos praticamente quando desejar.¹⁷⁹

Portanto, fica evidenciado como uma estrutura de incentivos é fundamental para permitir não somente uma boa prestação do serviço jurisdicional, como explica os motivos que levam a baixa produtividade no setor público e as constantes reclamações feitas pelos consumidores em direção ao Judiciário.

4.3 O Problema do Cálculo Econômico

Na teoria econômica austríaca, o cálculo econômico é o resultado entre as valorações individuais realizadas pelos agentes que atuam como consumidores no mercado, definindo quais produtos são mais desejados que outros, e os preços que são estipulados pelos empresários de quanto seu bem ou serviço custa. Dessa maneira, segundo a teoria, essa relação permite ao empresário, em posse dessa informação valorativa fornecida pelos seus consumidores, tomar decisões futuras quanto ao seu empreendimento, determinando quanto deve ser ou não produzido ou investido nas futuras operações econômicas, sempre objetivando dessa forma ampliar os seus lucros.¹⁸⁰

Um dos debates mais interessantes da ciência econômica no século XX foi quanto a possibilidade da realização do cálculo econômico em uma estrutura social

¹⁷⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

¹⁷⁹ ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito; Alessandra Lass, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012, p. 194.

¹⁸⁰ SOTO, Jesús Huerta de. **A Escola Austríaca**. Tradução de André Azevedo Alves, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 96-97.

que não tivesse propriedade privada, notadamente uma sociedade onde vigora-se o socialismo/comunismo.¹⁸¹ Foi Ludwig von Mises, em sua obra intitulada *Socialism: An Economic and Sociological Analysis*, de 1922, o primeiro a defender que, ao contrário do que apregoavam os economistas clássicos e modernos, o cálculo econômico no socialismo é impossível.¹⁸²

O argumento de Mises sobre a impossibilidade do cálculo econômico numa estrutura desprovida de propriedade privada e sendo totalmente compulsória (estatizada) pode ser resumido da seguinte forma:

Se a liberdade econômica (propriedade privada) é condição necessária para a existência da economia de mercado, se a economia de mercado é condição necessária para a formação de preços, se a formação de preços é condição necessária para o cálculo econômico, então, se não existe liberdade econômica, não pode realizar o cálculo econômico, isto é, não permite que se averigüe, entre os múltiplos métodos de produção colocados para opção, o que apresenta menores custos. Isto inviabiliza o sistema socialista enquanto sistema econômico, porque nesse sistema não há como existir preços, o que há são pseudo-preços, que nada mais são do que números estabelecidos pelas autoridades planejadoras, sem qualquer significado econômico.¹⁸³

O problema do cálculo econômico se faz presente no Poder Público como um todo, inclusive no Judiciário. A questão é que, diferente do sistema de livre mercado, os negócios empreendidos pelo Estado não podem ser valorados quantitativamente, dado que a alocação dos recursos é estabelecida em orçamento. Assim sendo, o Estado é obrigado a gastar os recursos conforme previsto em lei, sem saber ao certo se o investimento realizado é de fato o necessário para satisfazer a demanda existente.¹⁸⁴

Justamente por não poder se orientar pelo sistema de preços, o qual surge da vontade expressa pelos consumidores no mercado, que o orçamento estabelecido pelo Estado para cada setor sobre sua responsabilidade é guiada exclusivamente pelas despesas que este supostamente terá no exercício daquele ano.

De fato, segundo dados oficiais, entre os anos de 2003 e 2011, as despesas com o Judiciário aumentaram continuamente, sendo que a maior parte do orçamento historicamente é destinado a arcar com os custos com pessoal. Não surpreende,

¹⁸¹ BARBIERI, Fabio. **História do Debate do Cálculo Econômico Socialista**. Dissertação de Economia - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004, p. 26-272. Disponível em: <<http://www.mises.org.br>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

¹⁸² FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000, p. 98.

¹⁸³ IORIO, Ubiratan Jorge. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 41.

¹⁸⁴ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Tradução de Donald Stewart, 3ª ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 369-370.

portanto, que a média de gastos do Judiciário somente com recursos humanos, durante o mesmo período, seja de 90,36% do orçamento total.¹⁸⁵

Mises expõe ainda, em seu raciocínio, a diferença entre uma gestão empresarial, que visa o lucro, e uma burocrática, aquela que visa aplicar os objetivos impostos pela lei ou por uma autoridade superior:

Nos negócios com objetivo de lucro, a liberdade de ação dos gerentes e subgerentes é limitada por considerações de lucro e perda. A motivação pelo lucro é a diretriz necessária e suficiente para submetê-los aos desejos dos consumidores. Não há necessidade de limitar sua liberdade de ação por instruções detalhadas e minuciosas. [...] A única instrução necessária é evidente em si mesma e nem precisa ser explicada: procure obter lucro. Na administração pública, na condução dos negócios do governo, as coisas são diferentes. Neste campo, a liberdade de ação dos governantes e de seus auxiliares não é limitada por considerações de lucro e perda. [...] Ficam assim obrigados a cuidar de suas tarefas, obedecendo estritamente a essas regras e regulamentos. Sua liberdade para ajustar seus atos ao que lhes parece à solução¹⁸⁶ mais apropriada de um problema concreto é limitada por essas normas.

Portanto, enquanto um negócio se guiar pela busca pelo lucro, sua gestão jamais se tornará burocrática. Contudo, a substituição dessa motivação no empreendimento pela simples prestação do serviço inevitavelmente levará, por consequência, a transferência do emprego de métodos empresariais por burocráticos naquele empreendimento.¹⁸⁷

Como se não bastasse à ausência do cálculo econômico no setor público, existe também o fator problemático dos serviços públicos “gratuitos”, ou seja, aqueles onde os consumidores supostamente não precisam arcar com nenhuma das custas que lhes seriam cobradas numa situação de livre mercado.

Quanto a este tema, argumenta Murray N. Rothbard no seguinte sentido:

Proteção policial ou militar, combate aos incêndios, educação, suprimento de água não são e não podem ser realmente gratuitos. Um bem gratuito não seria um bem e, portanto, não seria um objeto da ação humana, existiria em abundância para todos. Se um bem não existe em quantidade abundante para todos, então o recurso é escasso, e oferecê-lo custa à sociedade a perda de outros bens. Por isso, tal bem não pode ser gratuito. Os recursos necessários para abastecer o serviço gratuito governamental são retirados do remanescente da produção. O pagamento é realizado, contudo, não pelos usuários com base nas compras voluntárias, mas por uma imposição aos pagadores de impostos. Uma divisão básica é realizada entre pagamento e recebimento do serviço.¹⁸⁸

¹⁸⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

¹⁸⁶ MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Tradução de Donald Stewart, 3ª ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010, p. 370-371.

¹⁸⁷ Idem. Ibid. p. 371.

¹⁸⁸ ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito; Alessandra Lass, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012, p. 192.

A consequência mais direta dos serviços públicos “gratuitos” é o estímulo ao crescimento descontrolado da demanda, o que gera um descompasso entre a oferta disponível e a demanda pelo serviço. É justamente por isso que são tão comuns no setor público os problemas de superlotação de um serviço ou insuficiência de um bem. No caso do Judiciário, que prevê a gratuidade das custas a quem se declarar pobre¹⁸⁹, o exemplo mais perceptível deste fenômeno são as campanhas de incentivo a conciliação entre as partes, cujo real objetivo é desafogar a demanda de processos pendentes.¹⁹⁰

Outro fenômeno que tem como origem essa situação é que, como a demanda será continuamente superior a oferta existente, a solução mais comum dada pelo governo é de que sempre se faz necessário mais investimentos nesses setores, ou seja, gastar mais dinheiro. Como o governo por meio dos seus negócios não produz lucros, a forma mais conhecida de aumentar a quantidade de verbas é elevando os tributos pagos pela população.¹⁹¹

No campo da arbitragem, por sua vez, o cálculo econômico é não apenas totalmente possível, como é fundamental para orientar aqueles nele atuam a ter a informação necessária sobre quanto investir no negócio. Esse investimento deve aqui ser compreendido tanto na ampliação da estrutura física onde a arbitragem ocorre como no número de árbitros necessários para suprir a demanda existente, além, é claro, dos preços cobrados pelos procedimentos arbitrais.

Justamente por está aberta ao teste dos lucros e prejuízos, aqueles que atuam na arbitragem possuem meios de conhecer e saber como satisfazer os anseios dos seus consumidores. Essa satisfação com os serviços fornecidos pela arbitragem é perceptível com a busca crescente da população por este tipo de solução de litígios, a qual se mostra uma tendência praticamente irreversível face ao agravamento do estado em que se encontra a Justiça estatal.

¹⁸⁹ BRASIL. **Lei Nº 1.060, de 5 de Fevereiro de 1950.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 5 nov. 2012.

¹⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 5 nov. 2012.

¹⁹¹ ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal.** Tradução de Márcia Xavier de Brito; Alessandra Lass, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012, p. 194.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho demonstrou que a arbitragem é um instituto que não apenas funciona como uma alternativa segura e eficaz ao Judiciário, mas o suplanta em vários aspectos sob uma ótica jurídica e econômica. Os fundamentos teóricos da arbitragem, sob os dois aspectos pelos quais foram analisados, mostraram-se, para além de extremamente válidos, uma forma racional e incentivadora do apaziguamento de litígios entre as partes. Por isso, tem sido salutar perceber o ritmo acelerado da sua expansão no país desde a entrada em vigor da Lei de Arbitragem.

Ressalta-se também que a forma como o instituto foi adotado no Brasil tem permitido o surgimento de um ambiente mais propício para realização de negócios econômicos, posto que grande parte daqueles que se utilizam da arbitragem são justamente empresários e pessoas jurídicas, sedentas por escapar da habitual demora da prestação jurisdicional prestada pelo Estado. Em uma economia globalizada como a brasileira, esse aspecto é bastante salutar.

O trabalho deixou evidente que as diferenças entre o Judiciário e a arbitragem se devem a fatores estruturais de ambos os sistemas, os quais geram consequências bastante específicas em cada um deles. Ficou inclusive demonstrado que, no caso do sistema arbitral, o fator voluntariedade conectado com uma gestão empresarial, mais um conjunto de regras que autorizam uma grande flexibilidade legal quanto ao modo de agir das partes, produz efeitos benéficos que vem se traduzindo no aumento da procura desse tipo de solução extrajudicial. Em suma, o modelo de mercado apresentou-se mais eficaz, jurídica e economicamente, ao modelo estatal de Justiça.

Quanto ao Poder Judiciário, seu atual estado cambaleante caminha progressivamente para a consequência inevitável da lógica econômica que nele vigora. A dependência flagrante da Justiça de recursos do orçamento da União para arcar com os seus custos, os quais não conseguem ser repostos pela receita gerada pela mesma, além do descompasso entre gastos com pessoal e investimentos em infraestrutura, é uma situação que só tende a se agravar com o tempo.

Os grandes desafios da arbitragem atualmente e nos anos vindouros no Brasil residem na barreira cultural, onde tradicionalmente seu uso não é costumeiro, e no pouco conhecimento sobre o instituto entre a população e os próprios operadores do

Direito. Felizmente, os sinais são promissores e esses problemas estão sendo gradualmente superados, mesmo levando-se em conta o pequeno período de tempo que separa a Lei de Arbitragem do ano corrente. A consolidação do instituto poderá demorar mais alguns anos, mas é possível afirmar que, permanecendo a constante atual, será questão de tempo para que esta se dê.

Por isso, seria extremamente salutar não somente propiciar um ambiente mais favorável à utilização de meios alternativos de resolução, entre eles a arbitragem, como iniciar seriamente um debate no meio acadêmico e político sobre o aumento da área de atuação legal destes meios, indo além da restrição atual de direitos patrimoniais disponíveis.

Portanto, no âmago de efetivar o que está estabelecido no Art. 1º e 3º Constituição Federal de 1988, somente com a adoção em larga escala de meios alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem, haverá condições efetivas de assegurar a cidadania, a dignidade humana e alicerçar as bases para uma sociedade livre e justa no país.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral de Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BAPTISTA DA SILVA, Ovidio A. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, Volume 1. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARRAL, Welber. Evolução Recente da Arbitragem no Brasil. In: **Arbitraje y Mediación em las Américas**. Santiago: CEJA, UANL, VIANCOS, Juan E. Vargas; GÓMEZ, Francisco J. Gorjón (Orgs.), 2007

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais: Uma Abordagem Crítica**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil, Volume 1**. 18ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CINTRA, Antônio C. de A.; GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**, Volume 1. 11ª ed., Salvador: Juspodivm, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova Era do Processo Civil**. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

EHRLINCH, E. **Fundamentos da Sociologia do Direito**. Tradução de René Ernani Gertz, 1ª. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FEIJÓ, Ricardo. **Economia e Filosofia na Escola Austríaca: Menger, Mises e Hayek**. São Paulo: Nobel, 2000.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral**, Volume I. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem Nacional e Internacional: Progressos Recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Parte Geral**. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

HAYEK, Friedrich A. **Direito, Legislação e Liberdade: Normas e Ordem**, Vol. I. Traduzido por Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle, Manoel Paulo Ferreira e Maria Luiza X. de A. Borges, São Paulo: Visão, 1985.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, Liberdade e Legislação: Uma Nova Formulação dos Princípios Liberais de Justiça e Economia Política**, Vol. II. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, São Paulo: Visão, 1985.

HOPPE, Hans-Hermann. **Uma Teoria sobre Socialismo e Capitalismo**. Tradução de Klauber Cristofen Pires, 1ª. ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

IORIO, Ubiratan Jorge. **Economia e Liberdade: A Escola Austríaca e a Economia Brasileira**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Edgar A. de. **Arbitragem: Questionamentos e Perspectivas**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luís Carlos Borges, 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRZNER, Israel M. **Competição e Atividade Empresarial**. Tradução de Ana Maria Sarda, Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1986.

LIMA, A. O. R. **Arbitragem: Um Novo Campo de Trabalho**. 2ª. ed. São Paulo: Iglu, 1998.

LOSANO, Mario G. **Os Grandes Sistemas Jurídicos: Introdução aos Sistemas Jurídicos Europeus e Extra-Europeus**. Tradução de Marcela Varejão, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

MISES, Ludwig von. **Ação Humana: Um Tratado de Economia**. Tradução de Donald Stewart, 3ª ed., São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**, 1971. In: ALVIM, J. E. Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2007.

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

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

NOGUEIRA PINTO, Luiz Roberto. **Arbitragem: a Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário**. São Paulo: Arte e Ciências, 2003.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Curitiba: Juruá, 2006.

ROTHBARD, Murray N. **Governo e Mercado: A Economia da Intervenção Estatal**. Tradução de Márcia Xavier de Brito; Alessandra Lass, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2012.

ROXIN, Claus. **A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal**. Tradutor André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SABADELL, A. L. **Manual de Sociologia Jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS SILVA, Adriana dos. **Acesso à Justiça e Arbitragem: Um Caminho para a Crise do Judiciário**. São Paulo: Manole, 2005.

SODRÉ, Antonio. **Curso de Direito Arbitral**. Leme: J.H. Mizuno, 2008.

SOTO, Jesús Huerta de. **A Escola Austríaca**. Tradução de André Azevedo Alves, São Paulo: Instituto Ludwig von Mises, 2010.

STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio**. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva**, Volume 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, Volume 1. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIOS ELETRÔNICOS

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2005.**

Disponível em:

<<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa/PesquisaAMB2005.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2012.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **Pesquisa AMB 2006.**

Disponível em:

<<http://www.amb.com.br/portal/docs/pesquisa2006.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

BARBIERI, Fabio. **História do Debate do Cálculo Econômico Socialista.**

Dissertação de Economia - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/files/literature/TeseFB.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BARROS, Marcela Menezes. **A Arbitragem no Ordenamento Jurídico Brasileiro.**

Dissertação de Direito – Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/mmba.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2012.

BRAGHETTA, Adriana. et al. **Arbitragem e Poder Judiciário.** Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2009. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6542/Caderno%20Direito%20GV%20-%202032.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 1 e 2 nov. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 2 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 1.060/1950.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1060compilada.htm>. Acesso em: 5 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 5.869/1973.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 14 out. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.078/1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

BRASIL. **Lei nº 8.112/1990**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.099/1995**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 16 ago. e 29 out 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.307/1996**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 5 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.406/2002**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 4 nov. 2012.

BRASIL. **Lei nº 10.259/2001**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 16 ago. 2012.

CAVALCANTI, Fabiano Robalinho. Arbitragem e Mediação. Roteiro de Curso, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2009, p. 5. Disponível em:
<http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/2/28/Arbitragem_e_Media%C3%A7%C3%A3o.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Conciliação**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/campanhas-do-judiciario/conciliacao>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2010: Resumo Executivo**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/sum_exec_por_jn2010.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2011**. Disponível em:
<https://docs.google.com/uc?export=download&confirm=no_antivirus&id=0BxR2dZ_NKZKSR1o0VE9rUDhVTU0>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatórios**. Disponível em:
<<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>.

CONSULTOR JURÍDICO. **TST é contra arbitragem em dissídios individuais**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-13/tst-uso-arbitragem-dissidios-individuais>>.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Da Arbitragem e seu Conceito Categorial**. In: Revista de Informação Legislativa, a. 25, n. 98. Brasília: Senado Federal, abr./jun., 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/bitstream/id/181851/1/000437693.pdf>>.

UEL. Universidade Estadual de Londrina. **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/declaraindepeEUAHISJNeto.pdf>>.

DURAN, Camila Villard. **Para onde vai a Arbitragem no Brasil?** Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6970/Caderno%20DIR EITO%20GV%2034.pdf?sequence=1>>.

FACHADA, Pedro; FIGUEIREDO, Luiz Fernando; LUNDBERG, Eduardo. **Sistema Judicial e Mercado de Crédito no Brasil**. Notas Técnicas do Banco Central do Brasil, nº 35, maio, 2003. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/notastecnicas/port/2003nt35sistemajudicialmercadocred brasilp.pdf>>.

FERNANDES DE OLIVEIRA, Fernando Henrique. **O Brasil na Arbitragem Comercial Internacional: Teoria, História e Instituições Contemporâneas**. 2011. Dissertação de Direito - Universidade Católica de Brasília, Brasília/DF, 2011. Disponível em: <http://www.btdtd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1583>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil 2º Trimestre/2010 - 1º Trimestre/2011**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9282/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%204%C2%BA%20Trimestre%20-%202011.pdf?sequence=1>>.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Relatório ICJBrasil 4º Trimestre/2011**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/8740/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil%20Ano%20-%20-%20C2%BA%20Trimestre%202010%20-%201%C2%BA%20Trimestre%202011.pdf?sequence=1>>.

MARRONI, Fernanda. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. **TST: Arbitragem nos conflitos trabalhistas**. Disponível em:
<http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20110603085737146&mode=print>.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Secretaria de Política Econômica. **Reformas Microeconômicas e Crescimento de Longo Prazo**. Disponível em:
<http://www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf>.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Judiciário e Economia**. Disponível em:
<http://www.oja.ufpa.br/wp-content/uploads/2009/10/judiciario_economia1.pdf>.

PERINGER, Mariana M. **O Livre Mercado e o Crescimento Econômico**. 2003. Dissertação de Ciências Econômicas – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003. Disponível em:
<<http://www.mises.org.br/files/literature/MONOGRAFIA%20-%20MARIANA%20PERINGER.pdf>>.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Disponível em:
<http://www.iets.inf.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>.

TOMIATTO, Valdinei. **A Arbitragem como Mecanismo de Desenvolvimento Socioeconômico**. 2011. Dissertação de Direito – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011. Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2011-06-17T145520Z-1543/Publico/Valdinei.pdf>

VEIGA, Maurício de Figueiredo Corrêa da. **Não há lei que proíba arbitragem em questões trabalhistas**. Consultor Jurídico, São Paulo, 2012. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2012-set-26/mauricio-veiga-nao-lei-proiba-arbitragem-questoes-trabalhistas>>.