



Danielle Rodrigues de Sousa

A utilização da Arbitragem nos Contratos de Adesão: Um método promissor na solução de litígios

Trabalho apresentado como requisito à obtenção da aprovação no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Contratos e Responsabilidade Civil do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Professor (a): Paulo Roque Khoury

Brasília – DF
Fevereiro/ 2011

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| Introdução..... | 03 |
| Contratos De Adesão..... | 04 |
| Arbitragem no Brasil e no Mundo– Evolução..... | 06 |
| Realidade Prática Brasileira..... | 20 |
| Considerações Finais..... | 26 |
| Referências Bibliográficas..... | 27 |

INTRODUÇÃO

Busca-se mediante essas breves considerações apresentar a Lei nº 9.307/96, como sendo uma alternativa constitucionalmente válida a resolução de litígios e obtenção da justiça.

Para tanto, examina-se as razões pelas quais a referida Lei foi criada e promulgada, seus objetivos, suas implicações constitucionais, seu impacto social e jurídico na sociedade brasileira, no que se refere ao acesso e à efetividade da justiça privada no sistema da administração da justiça pública.

O presente estudo sugere que a arbitragem seja utilizada nos Contratos de Adesão, ou seja, nos instrumentos jurídicos que regulam as relações de massa na sociedade moderna.

Assim como a arbitragem, os contratos de adesão surgiram em momento bastante oportuno e o que se pretende com a análise do instituto da arbitragem e dos contratos de adesão é noticiar que a arbitragem está sendo utilizada por vários países do Mundo inteiro, especialmente na Europa e América do Norte há muitos anos, e não somente no âmbito das relações internacionais/comerciais, e entenda-se internacionais no âmbito público, mas também no âmbito particular/privado, ou seja, essa metodologia tem sido utilizada pelos cidadãos, para solucionarem suas eventuais avenças advindas de um contrato de adesão. Registre-se que a utilização da arbitragem é facultativa. Ademais, tem sido de grande valia tanto para o Contratante, quanto para o Contratado, o que infelizmente não é divulgado à população, e em especial à população brasileira.

Nesse contexto, apresenta-se de forma simples mas dinâmica os benefícios da utilização da arbitragem nos contratos de adesão, e sobretudo esclareceremos que a arbitragem é um meio constitucionalmente válido, como dito anteriormente, e por fim, que a arbitragem não pretende destituir o Judiciário de suas funções de analisar e julgar os conflitos, pelo contrário mostraremos que a arbitragem surgiu como meio de facilitar o acesso e o funcionamento do Judiciário, para que estes funcionem juntos e atendam de forma justa e eficaz as pretensões dos cidadãos brasileiros.

CONTRATOS DE ADESÃO

O invento da máquina a vapor, a descoberta e o domínio da energia elétrica, a invenção do telégrafo aliados com a melhoria nos transportes e os avanços da medicina, fizeram com que as pessoas vivessem mais e melhor.

A partir de então surgiu a produção industrial em escala que transformou toda a sociedade e o mercado. O consumo e a conquista de novos mercados passaram a ser o objetivo maior dos empresários e dos governantes. Nesse momento o mercado consumidor, tornou primordial e foi a partir da Revolução Francesa e do Iluminismo, que o Homem passou a ser o centro e o objetivo maior da sociedade.

Deste modo, paralelamente ao advento da Globalização e o crescente mercado de contratações de bens e serviços, as relações de consumo foram se intensificando de tal forma, que se fez necessário criar um mecanismo que atendesse à urgência em que os contratos eram firmados, além da resolver os conflitos de forma mais dinâmica.

E foi nesse cenário que surgiram os Contratos de Adesão, formulados unilateralmente por uma das partes – que é a parte Contratada/ Fornecedor. Esse tipo de contrato nada mais é do que um instrumento jurídico capaz de reger as relações de massa na sociedade moderna. A sua maior aplicação de fato é nas relações de consumo.

Vejamos a definição de Contrato de Adesão trazida pelo Código do Consumidor, em seu artigo 54:

“Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.”

Entretanto, por suas características impositivas, os contratos de adesão por vezes - e ainda hoje - foram utilizados como uma verdadeira arma contra os direitos dos consumidores, fazendo-se necessária a criação de um dispositivo que protegesse esses direitos, bem como que estabelecesse padrões de conduta, prazos, penalidades e ainda que disciplinasse as relações e as responsabilidades entre o fornecedor (e entenda-se tanto o fabricante de produtos quanto o prestador de serviços) e o consumidor final.

E assim nasceu a Lei Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, mais conhecida como o Código de Defesa do Consumidor – CDC, fruto de uma expressa determinação constitucional que buscou preencher uma lacuna no Direito American way of life, onde as relações comerciais, eram tratadas de forma muito arcaica pelo Código Comercial do século XX, além de não proteger o fornecedor e consumidor.

Mister salientar que tanto o Instituto da arbitragem quanto os contratos de Adesão estão alicerçados no Princípio da Boa-Fé contratual, o qual dispõe que os contratantes são obrigados a manter o respeito aos bons costumes, a ética e demais valores ligados à probidade e boa-fé, antes, durante e depois da execução do contrato.

Os contratos de adesão foram criados com o escopo de minimizar o trabalho do fornecedor em analisar a situação de cada contratante e também de discutir cláusula por cláusula durante a negociação de um bem ou serviço.

O mencionado contrato foi feito para atender um grande número de pessoas que necessitem consumir materiais ou serviços, e onde somente uma das partes dita as regras, não havendo uma negociação paritária ou individualizada.

A época em que contrato de adesão foi criado, a sociedade vivia o auge do liberalismo econômico e, portanto a intervenção do Estado nas relações individuais era praticamente inexistente, tudo era negociado através de contratos paritários e individuais e o contrato de adesão surgiu como uma ferramenta jurídica muito útil para aquela nova realidade.

Destacamos algumas vantagens da utilização desse novo método, a saber:

- a) possibilidade de atendimento rápido de uma grande massa de pessoas;
- b) praticidade e celeridade;
- c) possibilidade de representação à longa distância física do Contratado;
- d) uniformização administrativa e jurídica no tratamento dos contratos e
- e) baixo custo operacional;

Não se pode olvidar que para aquele momento histórico e dentro da visão liberal, o contrato de adesão surgiu como um instrumento adequado para o momento. Não se pode esquecer também que ainda hoje, o contrato de adesão é um instrumento jurídico muito valioso e poderoso tanto para o fornecedor, que alcança um número maior de consumidores, com todas as características já mencionadas, bem como para o consumidor que pela praticidade que o contrato trouxe lhe proporcionou um poder de compra maior do que em outras épocas/situações.

Entretanto, o contrato de adesão trouxe alguns descontentamentos aos fornecedores/ consumidores uma vez que por não tratar de forma tão individual cada consumidor acaba por ferir alguns direitos subjetivos e até mesmos objetivos destes, levando dos ao Judiciário constantemente, a fim de verem suas pretensões/ direitos respeitados e a sociedade em geral que sofre com o aglomerado de ações judiciais propostas diuturnamente.

E é nessa perspectiva que o presente estudo se apresenta, na intenção de apresentar e esclarecer a existência de um novo Instituto, contudo muito apropriado à nossa realidade fática, que é a utilização/ aplicação da Arbitragem nos Contratos de Adesão.

ARBITRAGEM NO BRASIL E NO MUNDO– EVOLUÇÃO

A presença da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro precede a civilizações e povos muito antigos.

Não obstante ter sido promulgada em 1996, a lei da arbitragem antecede o período em que ainda inexistia o Poder Público, como poder político. Esse instituto já aparecia no período dominado pela autocracia romana, regido pela Lei das XII Tábuas. Influenciou e participou da história da evolução de comunidades muito antigas, e principalmente, na evolução do conceito de direito como hoje é conhecido.

A arbitragem também era conhecida e utilizada na Grécia Antiga; Roma foi o berço desse Instituto; pelos Hebreus desde 1.300 a.C; na era do Direito Mosaico; no Novo Testamento e mais tarde a Igreja também começou a usá-la, na Idade Média; onde foi muito incentivada pela variedade de ordenamentos jurídicos. Entretanto, permaneceu a cargo do Direito Canônico, sua regulamentação.

O ex- Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira¹ descreve de forma sintetizada o fruto de estudo realizado sobre a presença da arbitragem em várias ordens jurídicas de povos antigos:

“Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio extraordinária* sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a

¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira- A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, V 737, p.39-48, jan. 1997

ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um iudex ou arbiter, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado arbiter, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.

Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.

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

Foi nesse contexto, como visto que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o Direito na solução dos litígios.

A arbitragem, que em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada.

Com as naturais vicissitudes e variações históricas, veio ela também a decair importância no Direito europeu-continental, ou civil-law, persistindo forte a técnica de composição puramente estatal dos conflitos. Mas subsistiu como técnica, em razoável uso, paralelamente à negociação e à mediação, no âmbito do common law, o direito anglo-americano - marcado por profunda influência liberal, fincada no empirismo de Francis Bacon e de juristas do porte de Blackstone, Madison, Marshall, Holmes e Cardozo, aos quais jamais seria infensa a utilização de válida forma de solução de litígios, como o arbitramento -, até chegar aos tempos contemporâneos, em que retoma força e passa a ser verdadeiro respiradouro da jurisdição estatal, como observou com a acuidade de sempre Sidnei Agostinho Beneti, para quem "a arbitragem vem sendo largamente utilizada no âmbito do comércio internacional, que dela atualmente não poderia prescindir 'em sua modalidade contratual, à vista da inexistência de jurisdição estatal que sobrepaire sobre as relações internacionais', experimentando-se desenvolvimento extraordinário do instituto no âmbito interno de cada país."²

Nesse sentido as experiências de utilização da arbitragem nos Estados Unidos, bem relatadas em coletânea de estudos especialmente a ela destinados pelo The Justice System Journal (1991, vol. 14, pág. 2.), a exibir as várias formas de arbitramento, inclusive as denominadas Court-Annexed Arbitration e Court Ordered Arbitration, vale dizer, com determinação judicial de uso do arbitramento, realizada pela própria Corte, em substituição ao próprio julgamento³. Daí, o rental judge ('juiz de aluguel'), a mostrar, segundo o relato norte-americano, o acerto das partes em torno da submissão do conflito ao julgamento de cidadão contratualmente investido na função de dirimir-lhes o conflito - atuando, ao que se noticia, nesses casos, profissionais respeitáveis do Direito, entre os quais advogados, promotores e juízes aposentados.

² Sidnei Agostinho Beneti. A Arbitragem: Panorama e Evolução. JTACSP, Lex, vol. 138, pág. 6

³ Sidnei Agostinho Beneti. A Arbitragem: Panorama e Evolução. JTACSP, Lex, vol. 138, págs. 10-11

Está-se, no âmbito do Direito anglo-americano, no campo da ADR (Alternative Dispute Resolution), isto é, mecanismos paraestatais de solução de controvérsias jurídicas ou, se se quiser o encaixe na pura doutrina processual de filiação peninsular, mecanismos paraestatais de composição da lide, já se falando até mesmo na substituição da expressão 'meios alternativos de soluções de conflitos' por 'meios propícios a soluções de conflito'⁴.

Pedro A. Batista Martins⁵, em exame também valioso sobre a prática da arbitragem no passado pelos povos antigos, afirma que ela foi "utilizada pelos povos desde a mais remota antigüidade, quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre os povos."

Pedro A. Batista Martins, concluindo essa parte dos seus estudos sobre o tema, assevera:

"Contudo, já no final do século XIX o interesse pela arbitragem é renovado, e sua utilização plenamente revigorada no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais."⁶

Contemporaneamente, destacamos a atuação positiva desse instituto em vários países, a exemplo na Argentina, em decorrência da vigência da Lei nº 24.573, há o estabelecimento da exigência da mediação, em caráter obrigatório, antes do ingresso de qualquer ação em sede civil ou comercial.

Saliente-se que o Código Processual Civil e Comercial da Argentina, em seus arts. 736 a 773, e os Códigos de Procedimentos Civil e Comercial de cada uma das Províncias Argentinas prevêm a arbitragem.

No Paraguai, a arbitragem está inserida no seu Código de Processo Civil, por via dos arts. 774 a 835.

Ainda na América do Sul, no Uruguai o Código Geral de Processo da República Oriental do Uruguai regula a arbitragem nos arts. 472 a 507.

José Maria Rossine Garcez ⁷, ao avaliar as regras de arbitragem do "American Arbitration Association - AAA" registrou:

"A prática da arbitragem se expandiu invulgarmente nos Estados Unidos graças ao trabalho que desenvolve naquele país a American Arbitration Association - AAA, que conta com um grupo de mais de 57.000 árbitros e 35

⁴ Judicial Reform Roundtable II. Williamsburg, Va., Estados Unidos, maio 1996

⁵ Pedro A. Batista Martins. A Arbitragem na Era da Globalização, págs. 35 e segs.

⁶ Idem, págs. 36-37

⁷ José Maria Rossine Garcez, em trabalho intitulado "Arbitragem Internacional", publicado na obra por ele coordenada "A Arbitragem na Era da Globalização", Forense, págs. 162 e segs.

sedes físicas que oferecem a logística adequada para o desenvolvimento dos procedimentos arbitrais em todos os estados norte-americanos.

A AAA é uma instituição privada, sem fins lucrativos, que oferece serviços ao público na administração de arbitragens, em que têm sido predominantes os casos laborais e de responsabilidade civil, além das disputas em questões internacionais de natureza comercial.

As regras de arbitragem internacional da AAA foram revisadas e se encontram em vigor desde 1º de março de 1992, dispondo, em 37 artigos, sobre os procedimentos a serem adotados nessas arbitragens.

No preâmbulo, o Regulamento recomenda que as partes que queiram submeter suas controvérsias às regras administradas pela AAA introduzam em seus contratos uma cláusula cuja redação indique, simplesmente, que se aplicam à solução controvérsias deles originadas as International Arbitration Rules of the America Arbitration Association. As partes, segundo sugere a AAA, podem ainda acrescentar: a) o número de árbitros que atuarão (um a três); b) o local onde a arbitragem se realizará (cidade e/ou país); c) a língua em que a arbitragem será expressada.

Sob as regras da AAA as partes acham-se livres para adotar qualquer acordo mutuamente aceitável para a indicação futura dos árbitros ou podem, desde logo, nomear tais árbitros. Podem as partes indicar também que a controvérsia será resolvida por um árbitro único ou por um tribunal de três ou mais árbitros, sempre em número ímpar. Elas também podem preferir que a AAA designe os árbitros, ou que cada parte escolha um árbitro e que estes, entre si, nomeiem um terceiro, verificando a AAA se o tribunal arbitral assim formado está conforme as regras aplicáveis. Podem também as partes ajustar que a AAA submeta a elas uma lista de árbitros, da qual elas retirarão os nomes que lhes pareçam inaceitáveis, ou, ainda, podem delegar à AAA a escolha dos árbitros, sem exigir lhes que seja submetida qualquer lista.

De acordo com o art. 2º das Regras da AAA, os procedimentos da arbitragem começam na data em que o requerimento da parte que deseja iniciá-lo é recebido pelo administrador da AAA, o qual enviará comunicado às partes a respeito, dando-lhes ciência deste início. A defesa deverá então ser apresentada nos 45 dias seguintes. Conforme o art. 15, o tribunal arbitral tem o poder de decidir sobre a existência ou validade da Convenção de Arbitragem, ou de determinar sobre a validade do contrato no qual a cláusula arbitral tenha sido inserida, dispondo ainda tal artigo que as objeções à arbitrabilidade de uma reclamação devem ser apresentadas num prazo não superior a 45 dias do início do procedimento arbitral.

No art. 28 encontra-se prevista a regra de que o tribunal (2) exporá as razões em que se baseia a decisão, exceto se as partes houverem convencionado que tais razões não devam ser reveladas e (3) somente tornará pública a decisão arbitral se as partes convencionarem neste sentido ou caso tal providência resultar da lei.

Conforme o art. 29 (1) o tribunal arbitral aplicará a lei substantiva que as partes tenham designado para a solução da controvérsia e na hipótese de não ter sido indicada qualquer lei ou caso o tenha sido feita imperfeitamente, o tribunal poderá aplicar a lei que julgar conveniente. De acordo com o mesmo artigo, no numeral 2, nas arbitragens envolvendo contratos o tribunal decidirá de acordo com os termos do contrato, levando em consideração a feição dos negócios ao mesmo aplicáveis. O tribunal não decidirá como compositor amigável (*amiable compositeur*) ou *ex aequo et bono* (3) exceto se as partes assim o autorizem.

Na conformidade do art. 31, dentro de 30 dias da ciência da decisão, a parte poderá requerer ao tribunal que a interprete ou que corrija algum defeito decorrente da atividade da secretaria, erro tipográfico ou de computação, ou que apresente uma decisão aditiva à mesma sobre pontos requeridos mas não abrangidos pela decisão.”

Corroborando com o conceito da arbitragem em países de grande influência no Mundo, o mesmo autor aponta nas folhas 171 e 172 da mencionada obra:

“Além da CCI e da AAA diversas outras entidades dedicadas à organização e administração de arbitragens podem ser citadas, como a London Court of Arbitration; a Câmara de Comércio de Estocolmo; a Câmara de Comércio de Tóquio; o Tribunal Arbitral da Bolsa de Comércio de Buenos Aires; a Câmara de Comércio, Indústria e Produção da República Argentina; o Tribunal Arbitral do Colégio Público de Advogados de Buenos Aires.

No Brasil se podem contar, dentre outras, a Comissão de Arbitragem da Associação Comercial do Rio de Janeiro; a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio do Paraná; a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (FIESP); a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Minas Gerais e a Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá).”

No ordenamento jurídico brasileiro verifica-se a presença da arbitragem desde o tempo em que o Brasil estava subordinado à colonização portuguesa, surgindo pela primeira vez em 22/03/1924, no artigo 160 da Constituição do Império, e constituía às partes à possibilidade de nomear juizes-árbitros, a fim de que esses decidissem suas avenças. Ademais, suas decisões seriam executadas sem recurso, se as partes, no particular, assim, convencionassem.

Tal previsão não foi verificada na primeira Carta Republicana, de 24 de fevereiro de 1895, porém a arbitragem voltou a ser aceita na Carta de 16 de julho de 1934, garantindo à União competência para legislar sobre as regras disciplinadoras do referido instituto.

A Constituição de 1937 e a Carta Magna de 1946, de 18 de julho tornaram a não mencionar e incentivar o instituto, não realizando qualquer referência à arbitragem privada, tendo o mesmo comportamento a Lei Maior de 1967.

A Carta de 1988, no seu preâmbulo 13 faz, a nível de princípio fundamental, homenagem à solução dos conflitos por meio de arbitragem, no pregar a forma pacífica de serem resolvidos, quer na ordem interna, quer na ordem internacional.

”Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na

harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Significativo o propósito do Constituinte, no preâmbulo, haver registrado que... “para instituir um Estado democrático... fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias...”

O jurista Pedro A. Batista Martins noticia que, em âmbito infraconstitucional, a arbitragem foi, pela primeira vez, inserida no Brasil, em 1831 e, em seguida, em 1837, para solucionar litígios concernentes à locação de serviços, em caráter impositivo ou obrigatório; informa ainda, a seguir, que ela foi regulada, em 1850, pelo Decreto nº 737, de 25 de novembro, para ser aplicada em dissídios existentes entre comerciantes, quando então foi consagrada no Código Comercial:

“Ainda nesse mesmo ano, o Código Comercial traz em seu bojo a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreve-o de modo obrigatório às questões (i) resultantes de contratos de locação mercantil, (ii) suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, (iii) de direito marítimo, no que toca a pagamento de salvados e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e (iv) relacionadas à quebra” (fl. 43).

No Código de Processo Civil de 1939, a arbitragem foi aceita com reprodução do Código de 1973, e foi com a Lei nº 9.307/96, a denominada Lei Marco Maciel, que ganhou roupagem específica.

A história registra que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, teve origem com o Projeto de Lei do Senado de nº 78, de 1992, proposta pelo então Senador Marco Maciel. Antes, três projetos tinham sido apresentados e foram arquivados. A aprovação da lei resultou de um movimento iniciado pela denominada operação Arbitrer, comandada pelo Instituto Liberal de Pernambuco, tudo coordenado pelo Dr. Petrônio Muniz, advogado.

A Lei 9.307/96 conhecida também como Lei Marco Maciel foi escrita por grandes advogados, especialistas e juristas brasileiros e estudiosos do tema, entre eles Carlos Alberto Camona, Pedro Batista Martins, e a Dra. Selma M. Ferreira Lemes. Para construção da Lei Marco Maciel o autor do projeto esclareceu, na exposição de motivos, que a proposta legislativa apresentada levava em conta diretrizes da comunidade internacional, especialmente as diretrizes fixadas pela ONU na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL.

A palavra que define a arbitragem é a neutralidade, razão pela qual tanto o comércio quanto o mercado internacional absorveram de maneira muito rápida e bastante natural a utilização desse instituto.

A utilização da arbitragem é bastante singela e acessível, e a convenção arbitral pode incidir de duas maneiras, quais sejam:

- a) Pelo compromisso arbitral, subespécie de arbitragem, que se constitui após a ocorrência do litígio, através da estipulação contratual no sentido de que o litígio será resolvido pela via arbitral.
- b) E também pela cláusula compromissória ou cláusula arbitral, onde essa cláusula é inserida no contrato ou em anexo deste, antes do nascimento do litígio, ficando acordado entre as partes que todos os eventuais conflitos e futuros litígios serão resolvidos por via arbitral.

Nos termos da Lei de Arbitragem, o litígio poderá ser objeto da prática de arbitragem no Brasil, quando se relacionar a uma matéria de direito patrimonial disponível, logo, em sendo matéria de direito patrimonial disponível, possível será o arbitramento dos litígios no juízo arbitral.

A Lei da Arbitragem delimitou o objeto da arbitragem, assim somente os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis são passíveis de serem submetidos a essa metodologia. O artigo 1º é claro e não dá margem a qualquer dúvida:⁸

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

Deste modo, fica excluída qualquer matéria que não seja pertinente à restrição imposta. O artigo 25 esclarece que, se no curso da arbitragem verificar o juiz arbitral ou tribunal arbitral que a matéria se refere a direitos indisponíveis, deverá remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo-se imediatamente o procedimento arbitral.⁹

“Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

⁸ Site do Palácio do Planalto – disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 23 de dezembro de 2010

⁹ Site do Palácio do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 23 de dezembro de 2010

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitado em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.”

De acordo com Clóvis Beviláqua Direito patrimonial é o conjunto de regras reguladoras das relações jurídicas que se referem a bens suscetíveis de formar o patrimônio da pessoa, e patrimônio, na linguagem jurídica, é o conjunto ou complexo das relações jurídicas suscetível de apreciação econômica, ficando assim excluídas as questões de família ou de estado, por exemplo, capacidade, filiação, pátrio poder, casamento e etc.

Em que pese vários países estrangeiros, como Portugal, França, Itália, Espanha e outros já mencionados, estarem em outro nível de discussão sobre a Arbitragem, não obstante as inovações e benefícios ofertados, o Brasil não recepcionou tão bem a arbitragem.

Vale lembrar que a arbitragem está inserida na redação das cartas magnas desde a primeira, a de 1824, onde, no art. 126, era prevista a instauração de juízo arbitral para a resolução de divergências civis, através de árbitros nomeados pelas partes. Dessa forma, depreende-se que a arbitragem não possuía uma legislação própria/ específica, o que só foi possível com a edição e promulgação da Lei n. 9307/96, que trouxe significativas mudanças com a introdução da execução compulsória da cláusula arbitral, a dispensa da homologação por juiz togado da decisão do árbitro e a irrecorribilidade da sentença arbitral, antes inexistente no ordenamento jurídico brasileiro.

Tais modificações reacenderam uma antiga discussão quanto à constitucionalidade deste instituto, trazendo à tona antigas discussões doutrinárias.

De acordo com a opinião dos contrários à implementação de qualquer modelo alternativo de resolução de conflitos, em especial a arbitragem, o instituto estaria em desconformidade com princípios constitucionais como o da inafastabilidade do controle judicial (CF art. 5º, XXXV), a garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LVI), o da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF art. 5º, LV), o princípio que impossibilita a criação de juízo ou tribunal de exceção (CF art. 5º, XXXVII) e, ainda, o do juiz natural (CF art. 5º, LIII).

Cabe registrar que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, inciso XXXV, expressa que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Assim, para que se possam interpretar com equidade os incisos

questionados, é imprescindível analisar primeiramente as razões históricas da colocação desses incisos em nosso ordenamento jurídico, a Constituição Federal.

O Brasil viveu por muito tempo sob o comando de ditadores, principalmente durante o governo de Getúlio Vargas, e o legislador visou alcançar e proteger a sociedade contra abusos cometidos pelos Poderes constituídos. Naquele momento histórico, o legislador nem pensava em outro meio de solução de conflitos, o que buscava era fornecer a possibilidade de todo cidadão ter acesso à Justiça, ter suas avenças analisadas por um representante legalmente constituído e preparado para tal, ter direito a recorrer de decisões arbitrárias.

Infere-se que o legislador ao dizer que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito, está vedando ao Poder Legislativo que impeça o acesso de qualquer cidadão ao Judiciário.

Diversamente do que se afirma, na arbitragem não ocorre esse suposto impedimento, uma vez que na ocorrência de eventual ilegalidade praticada pelo arbitro, nasce o direito da parte lesada, socorrer-se do Judiciário.

Ademais, para que a arbitragem tenha eficácia, é imprescindível que as partes, dentro de sua autonomia de vontade e liberdade, convençionem antes de contratar que em existindo litígio posterior, referente ao contrato firmado, serão resolvidos por um arbitro ou câmara arbitral escolhido pelas partes, logo não o que se falar em ofensa a princípio constitucional.

Com relação ao artigo 5º, inciso XXXVII, da Constituição Federal, que dispõe: “*Não haverá juízo ou tribunal de exceção*”, também existe a alegação de afronta a tal princípio uma vez que implica a instituição de uma instância jurisdicional fora das previstas na Constituição, e os órgãos judiciários são exclusivamente aqueles previstos pela Constituição, ou seja, o legislador não pode criar órgãos diferentes dos estabelecidos na Carta Magna.

Entretanto, o objetivo do legislador e também do juízo foi de garantir a imparcialidade e independência do magistrado estabelecida em benefício dos cidadãos, usuários dos serviços do Poder Judiciário, no sentido de que ninguém pode ser julgado senão pelos órgãos previstos na Constituição e com as garantias que lhe são inerentes.

Contudo, tão argumento é silenciado pelo fato da arbitragem ser um modelo de resolução de avenças, referente a direitos patrimoniais disponíveis - em que

prevalece o princípio da autonomia da vontade - colocado à disposição das partes, por lei. Ademais, esse meio é voluntário, depende da vontade das partes, sendo, portanto, facultativo, está afastada qualquer possibilidade de ofensa ao princípio da proibição do juízo ou tribunal de exceção.

Outra crítica apresentada à Lei de Arbitragem é que mesmo se admitindo recurso contra a decisão dos árbitros, o instituto feria a Constituição no que concerne ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Todavia, a própria Lei de Arbitragem, traz em seus artigos, um antídoto para essa questão, vejamos:¹⁰

“Art.7º. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Art.33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, a homologação do Supremo Tribunal Federal.”

Atualmente por força da EC nº 45, a homologação de sentença estrangeira será realizada pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

De sorte, essa discussão sobre a Lei n.9307/96, foi materializada e analisada por nossa Corte Suprema, e referia-se não propriamente à constitucionalidade da arbitragem que, apesar das já aludidas posições em contrário, hoje é considerado ponto pacífico de discussões, mas refere-se à constitucionalidade da principal inovação introduzida na legislação especial, qual seja, a executoriedade da cláusula arbitral prevista no parágrafo único do art. 6º e, no art. 7º, em seus sete parágrafos.¹¹

“Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

¹⁰ Site do Palácio do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 23 de dezembro de 2010

¹¹ Site do Palácio do Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em 23 de dezembro de 2010

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.”

Essa questão foi discutida como incidente de inconstitucionalidade no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206-8/247 do Reino da Espanha, pelo Supremo Tribunal Federal- STF, cuja decisão segue transcrita:¹²

“DECISÃO: O TRIBUNAL, POR UNANIMIDADE, PROVEU O AGRAVO PARA HOMOLOGAR A SENTENÇA ARBITRAL, VENCIDOS PARCIALMENTE OS SENHORES MINISTROS SEPÚLVEDA PERTENCE, SYDNEY SANCHES, NÉRI DA SILVEIRA E MOREIRA ALVES, NO QUE DECLARAVAM A INCONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º; DO ARTIGO 7º E SEUS PARÁGRAFOS; NO ARTIGO 41, DAS NOVAS REDAÇÕES ATRIBUÍDAS AO ARTIGO 267, INCISO VII, E AO ARTIGO 301, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL; E DO ARTIGO 42, TODOS DA LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. VOTOU O PRESIDENTE, O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO. PLENÁRIO, 12.12.2001.”

Em contrapartida, existem Autores que defenderam e defendem a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, afirmando que esta incentiva a pacificação social, além de solucionar os conflitos de interesses. Cândido Rangel Dinamarco, citado por Carlos Alberto Carmona ensina que:

“Justificava-se a rígida distinção entre arbitragem e jurisdição estatal, quando da jurisdição e do próprio sistema processual como um todo dizia-se que apenas tinham o mero e pobre escopo de atuação da vontade do direito ou de estabelecer a norma do caso concreto. Superada essa visão puramente jurídica do processo, todavia, e reconhecidos os escopos sociais

¹² Site do Supremo Tribunal Federal-STF. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>. Acesso em 23 de Dezembro de 2010.

e políticos muito mais nobres, cai por terra a premissa em que se legitimava a rígida distinção. Se o poder estatal é exercido, sub specie jurisdictionis, com o objetivo de pacificar pessoas e eliminar conflitos com justiça, e se afinal a arbitragem também visa a esse objetivo, boa parte do caminho está vencido, nessa caminhada em direção ao reconhecimento do caráter jurisdicional da arbitragem (ou, pelo menos, da grande aproximação dos institutos, em perspectiva teleológica”.¹³

Nilton César Antunes da Costa relembra-nos que:

“A constitucionalidade da arbitragem decorre da idéia básica da desmistificação do monopólio da justiça nas mãos do Estado-juiz, haja vista que a atividade jurisdicional não é de sua exclusividade, v.g., quando o Senado Federal julga o Presidente da República por crime de responsabilidade (art. 52, I, da CF), etc .

Com isso, os princípios da ubiqüidade da justiça e do juiz natural mantêm-se íntegros e ilesos com o advento da arbitragem facultativa em nosso ordenamento pátrio”.¹⁴

Nesse sentido, César Fiúza aponta que:

“Em análise mais detida, devemos destacar dois momentos distintos. Num primeiro momento, temos que reconhecer que a arbitragem, de fato, exclui da apreciação do Poder Judiciário o mérito do litígio. Mas, num segundo momento, vemos a presença essencial do Judiciário. É a ele que são dirigidos os recursos; é ele que revê a decisão dos árbitros, buscando nela vícios; é ele, enfim, que faz cumprir a sentença arbitral. Conclui-se, pois, que a arbitragem, só aparentemente, excluí da apreciação do Judiciário, lesão ou ameaça a direito”.¹⁵

Corroborando com os entendimentos esboçados, Demócrito Ramos Reinaldo Filho diz:

“Não se nega o acesso do cidadão ao Judiciário, apenas permite que ele, o próprio titular do direito material, decida sobre a forma de solucionar a questão em torno desse direito (disponível), se por meio da jurisdição estatal, oferecida pelos órgãos judiciários, ou se através de uma jurisdição alternativa, privada, em que pessoas escolhidas por ele próprio (os árbitros), e que, portanto, gozam de sua confiança, apresentem a solução de seus conhecimentos especializados. Sempre que houver lesão ou ameaça de lesão de direito patrimonial e a parte afetada não aceitar a arbitragem, restará em todos os casos *aberta a possibilidade de se requerer a tutela estatal, ou seja, de acionar o Judiciário*”.¹⁶

O eminente professor, Nelson Nery Júnior, assevera:

¹³ CARMONA (1993:prefácio) - CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

¹⁴ COSTA, Nilton César da. Poderes do árbitro. De acordo com a Lei 9.307/96. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. Cf. COSTA (2001: 51-52).

¹⁵ FIÚZA (1995:175) - FIÚZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

¹⁶ REINALDO FILHO (1997:69) - REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. Aspectos do Instituto da Arbitragem. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 86, n. 743, p. 64-73, set. 1997.

“Não se pode tolerar, por flagrante inconstitucionalidade, a exclusão, pela lei, da “apreciação de lesão a direito pelo Poder Judiciário, que não é o caso do juízo arbitral. O que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Não se poderá ir a justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.”¹⁷

Manifesta seu posicionamento o Ministro aposentado Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça:

“Conhecido é o prestígio que o constituinte brasileiro tem dado ao princípio consagrado no art. 5º, inc. XXXV da atual Constituição, segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’. Cuida-se de comando constitucional que o Judiciário brasileiro cultiva com justificado zelo e que tem merecido da doutrina acentuado relevo. Daí a defesa que a cultura jurídica do País dele faz, posto que na Constituição de 1946 em proteção ao cidadão e como advertência ao legislador, a espelhar o repúdio do constituinte de então às arbitrariedades do período ditatorial que se findara, como anotou Pontes de Miranda ao qualificá-lo de ‘princípio da ubiqüidade da Justiça’, ‘a mais típica e a mais prestante’ criação do constituinte de 1946. A exemplo do que também ocorreu em relação ao modelo anterior, não faltarão vozes, e respeitáveis, como já estão a ser ouvidas aqui e acolá, de que o novo instituto poderia representar uma fenda na solidez dessa garantia.”

“Tenho que justificar, contudo, que esse temor, não é mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela Lei 9.307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões.

A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração da nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório anterior. A duas, pela igual possibilidade de argüir-se a nulidade em embargos à execução (art. 33, § 3º, c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada pelo art. 41 ao inciso III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a **coercio** e a **executio**. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará à homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal – v.g., o Superior Tribunal de Justiça –, se a Constituição, reformada, assim vier a determinar). A cinco, porque do Judiciário é o controle ‘sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento’. A seis, porque também caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º). Como se nota, prevê a nova lei a presença do Judiciário para responder à convocação da parte que eventualmente sentir-se lesada. Essa, aliás, é uma das características do modelo arquitetado, limitando-se **o Judiciário a ser convocado quando da**

¹⁷ NERY JÚNIOR (1997:357). NERY JR., Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

presença de lesão. Em outras palavras, apenas no confronto é que se busca o Judiciário”.¹⁸

Recentemente, foram proferidas decisões favoráveis à utilização da arbitragem, que continuam a serem propostas, analisadas e providas, firmando-se algumas jurisprudências. Vejamos:

“Apelação 220697-3 - TJPR - Montreal/Umon e outros - Dissolução de sociedade - Contrato social anterior à lei 9307 - Cláusula cheia - Limites subjetivos da convenção de arbitragem - Vinculação das partes no Contrato social, sem extensão a terceiros não signatários - Ilegitimidade passiva reconhecida - Natureza processual das regras contidas na Lei de arbitragem - Eficácia imediata - Ausência de violação à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional”

“Agravo de Instrumento 815580-0/9 - 2ºTACSP - Atlântica/Marbor Contrato de administração de empreendimento hoteleiro - Cláusula arbitral - Demanda de indenização - Dedução de exceção de arbitragem pela ré - Desacolhimento em primeiro grau de jurisdição, ao fundamento de que o contrato continente da cláusula arbitral se qualificaria como contrato de adesão - Afirmação, ademais, de que a autora qualificar-se-ia como hipossuficiente - Agravo de Instrumento interposto - Consideração de memorandos de entendimentos como prova das negociações entabuladas - Reconhecimento de que ambas as partes têm igual poder de negociação (empresas de grante porte) - Provimento do agravo - **Reconhecimento da validade da cláusula arbitral** - Extinção do processo, sem julgamento do mérito.”

“Apelação 157238-9 - TJPR - Euroinsta/Siemens Demanda de conhecimento veiculando pedido de cobrança - Crédito originário de contrato de prestação de serviços - Convenção de arbitragem na forma de cláusula compromissória - Exceção de Arbitragem veiculada pela ré - Alegação de que o contrato em que inserida a convenção de arbitragem qualifica-se como contrato de adesão - Inexistência de adendo ou indicação da cláusula em negrito ou aposição de visto especial - Processo extinto em primeiro grau de jurisdição com fundamento em carência de ação, na modalidade falta de interesse de agir - **Reconhecimento, pelo Tribunal "a quo", de que as partes têm capacidade para negociar os termos contratuais, à luz de seus respectivos portes, do naipe das empresas que as controlam e da probabilidade de contarem com assistência de departamentos jurídicos internos** - Afastamento da tese de que o contrato se qualifica como contrato de adesão - Manutenção de sentença - Apelação improvida.”

“Processo 1999.61.00.005617-8 - 1V Federal SP - Embratel/NovaDutra - Demanda cautelar inicialmente processada pela Justiça Estadual paulista e remetida à Justiça Federal por envolvimento de autarquia federal - Requerimento de liminar analisado e deferido pela 37 VCSP - Consideração acerca do prazo para aforamento da demanda principal, deferida a liminar - Consideração sobre "foro" competente para processar a julgar demanda principal - Entendimento, pela Justiça Federal, de que propositura da demanda principal "em âmbito administrativo" contrariaria "disposição legal quanto à necessidade de ajuizamento da ação principal no mesmo Juízo em que tramita o feito cautelar, no prazo de 30 dias a contar da concessão da

¹⁸ TEIXEIRA (1997:39-48) - TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 737, p. 39-48, jan. 1997.

medida liminar requerida" - **Extinção do processo, ao fundamento de que demanda principal não fora proposta no trintídio legal, por causa da utilização da arbitragem (Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo).** “

Cite-se, ainda, que algumas leis foram instituídas, e contam com a utilização/aplicação da Lei n.9307/96, entretanto, esta deve ser interpretada, em consonância com o sistema jurídico e não isoladamente. Vejamos alguns exemplos:

A Lei 8987/95, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no artigo 175 da CF, estabelece como *cláusula essencial*, portanto, obrigatória, necessária, a que diz respeito ao foro e ao *modo amigável de solução das divergências contratuais* (artigo 23, XV), aplicando-se a esses contratos administrativos também a Lei 8666/93 (artigo 2º).

A Lei 9472, de 16 de julho de 1997, dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria a ANATEL, sob regime autárquico, no artigo 93, e trata do contrato de concessão, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais.

A Lei 9478, de 6 de agosto de 1997, dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, sob regime autárquico especial, e, ao tratar do contrato de concessão, especifica que, entre as cláusulas essenciais, há que conter a regra sobre a solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

A Lei 10233, de 5 de junho de 2001, que dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-estrutura de Transportes, também prevendo, como cláusula essencial do contrato de concessão, a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução inclusive a conciliação e arbitragem.

O Decreto 2521, de 20 de março de 1998, que dispõe sobre a exploração, mediante permissão e autorização, de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, ao tratar do contrato de adesão (gênero do contrato administrativo, *in casu*), impõe como cláusula essencial a que diz respeito ao modo amigável para solução de divergências contratuais (artigos 19 e 20).

REALIDADE PRÁTICA BRASILEIRA

Muito embora, a constitucionalidade da Lei Marco Maciel já tenha sido discutida e pacificada pelo STF, não havendo mais óbices a esse respeito, a arbitragem ainda é desconhecida e pouco incentivada.

Outrossim, nossa realidade fática, atual, demonstra que o Judiciário brasileiro atravessa uma grave crise, em razão da grande quantidade de demandas, que lhes é submetida.

Em que pese às tentativas de solução criadas, objetivando agilizar o direito de ingresso à justiça pública; com procedimentos menos formais; como os Juizados Especiais de pequenas causas cíveis e criminais; o incentivo à utilização dos PROCON's; a criação de Ouvidorias e Centrais de Reclamações nas empresas; infelizmente o atual atendimento da justiça pública ainda não condiz com as exigências oriundas das transformações na sociedade brasileira, cada vez mais consumista.

A verdade é que o Judiciário não é utilizado da forma correta, pois - em tese, e o certo seria que as demandas fossem encaminhadas ao Estado somente quando não pudessem ser solucionadas mediante o diálogo e acordo amigável entre as partes.

Hodiernamente, é consenso em nossa sociedade que o Judiciário Brasileiro encontra-se abarrotado de ações judiciais, e que para obter êxito completamente nessas ações é necessário ter muito tempo e dinheiro disponível, porque quando uma das partes obtém êxito, ainda que parcialmente, perante o juízo de primeira instância, não significa que tenham alcançado o seu objetivo, pois, existe ainda um longo caminho até o "*transito em julgado*".

Alguns fatores como o alto custo para manutenção de uma ação judicial; a falta de estrutura de alguns fóruns e tribunais; o excesso de ações judiciais envolvendo questões de pequena monta; os níveis de recursos que retardam e dificultam a execução das sentenças; a falta de especialização de alguns magistrados para julgarem determinadas matérias e entre outros fatores contribuem para a sobrecarga do Judiciário.

O sistema jurídico brasileiro inaugurou uma nova modalidade de acesso à justiça e de solução dos litígios na ordem jurídica interna ao reconhecer a arbitragem como alternativa válida e constitucional para a decisão de demandas que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, fazendo prevalecer o princípio da disponibilidade da vontade das partes sobre a justiça material dos seus bens, contudo há que ser inaugurada uma nova era na Justiça Pública.

É sob este aspecto que se propõe a utilização da arbitragem, pois, o Judiciário precisa, com urgência, ser desafogado das questões que poderiam ser resolvidas por meio da arbitragem e que em princípio, são de pequeno valor, haja vista que o poder estatal não possuiu mais condições de resolver todos os conflitos jurídicos existentes nos tribunais.

Em que pese a criação dos Juizados especiais, mecanismos internos, constitucionais e processuais de acesso rápido à justiça, estes já se encontram sobrecarregadas, valendo-se de mutirões para a análise e finalização de ações.

Nessa perspectiva a Lei 9307/96 avançou em matéria de acessibilidade e de apreciação de determinados litígios disponíveis de justiça. Não se trata de abertura pura e simples do sistema de publicidade do direito positivo, mas de viabilizar a privatização e a solução de todos os conflitos em que existem interesses jurídicos privados. A jurisdição continua sendo função constitucional do Estado, até porque, mesmo na concepção sistemática do juspositivismo, esta não está sujeita a um processo de privatização da justiça.

Ademais, o juízo arbitral prevalece o princípio da disponibilidade dos direitos das partes, e esse não se trata de sistema único, autônomo ou majoritário do sistema da justiça pública, pelo contrário, o objetivo da arbitragem funciona ao lado da jurisdição estatal, como equivalente jurisdicional à solução de casos concretos estritamente previstos na lei.

A formalização e a validade do termo arbitragem garantem às partes, que seus litígios foram mutuamente debatidos com base no acordo de equidade que se caracteriza pelos princípios da *paridade*, de quem adere, de forma igual, ao sistema de justiça privada, e da *confiabilidade*, de quem opta pela transação e valida o poder da solução de arbitragem.

O presente estudo vem propor a aplicação da arbitragem nos Contratos de Adesão, objeto de tantas ações judiciais, para tanto se faz necessário inserir a cláusula arbitral nos contratos de adesão, ou seja, antes de verificado o nascimento do litígio.

Consta na Lei de Arbitragem, disposição específica quanto aos contratos de adesão, em seu art. 4º, § 2º:

“nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento

anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula."

Em contrapartida dispõe o artigo 51 do CDC – Código de Defesa do Consumidor:

"São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
I – omissis;
(...)
VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

Todavia, a vedação diz respeito à utilização compulsória da arbitragem, ao passo que como já exposto anteriormente, a arbitragem é facultativa e consensual, logo, o referido instituto é sim constitucionalmente válido, desde que obedecidos os requisitos contidos no Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 9.307/96.

Logo, não é admissível, nos contratos de massa, ou de adesão, a presença de cláusulas obrigatórias de compromisso arbitral, exatamente em razão da vedação imposta pelo Código de Defesa e Proteção do Consumidor, em seu inciso VII, do artigo 5º.

Uma solução para este problema seria que no momento da confecção de um contrato de Adesão, onde se pretenda utilizar a Arbitragem, a parte contratada deverá atentar-se para deixar a cláusula compromissória em termos claros, objetivos e em destaque, como sendo uma opção para o consumidor e não como uma imposição, justamente para não ferir nenhum dispositivo legal, nem a vontade das partes em se submeter à arbitragem, em detrimento ao Poder Judiciário.

É importante ainda, que o aderente/contratante tome a iniciativa de instituir a arbitragem ou, ainda, concorde, expressamente, com a sua instituição, sem que se possa alegar qualquer mácula aos ditames consumeristas, haja vista que consoante a visão de Pontes de Miranda, para que a autonomia da vontade consista *no* auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum* que a vincule.¹⁹

A regra particular assim criada não poderia ser violada, nem mesmo pelo Magistrado no julgamento da causa, ou seja, ressalvadas exceções decorrentes de

¹⁹ PONTES DE MIRANDA – *Tratado de Direito Privado*. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1962. t. XXXVIII, p. 39

situações absolutamente imprevisíveis (teoria da imprevisão) ou de onerosidade excessiva, devidamente comprovada (lesão), não seria possível ao Estado ingressar e modificar a vontade das partes.

Observa-se, portanto, que os dois obstáculos apresentados, para a não utilização da arbitragem- constitucionalidade e a inserção da cláusula compromissória/ compromisso arbitral - já estão resolvidos, pois:

A Constitucionalidade da Lei 9.307/96 já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal- STF. Por outro lado tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral poderá ser utilizada normalmente desde que obedecidas os requisitos. A cláusula compromissória poderá ser acordada no momento judicial do negócio principal ou, posteriormente, em um adendo, se assim for à vontade das partes, deixando claro que, essa cláusula refere-se a um possível conflito, que é incerto e futuro.

Já o compromisso arbitral poderá ser utilizado quando houver um conflito atual e específico, ou seja, quando as partes, contratante e contratada, assinam o compromisso prevendo as regras que serão utilizadas no juízo arbitral bem como o árbitro escolhido para solucionar e prolatar a sentença arbitral.

Sanadas as controvérsias, que cercam o Instituto da Arbitragem só nos resta providenciar a divulgação, e também dar início à utilização, quando possível é claro.

A divulgação é sem dúvida um excelente remédio para o êxito da arbitragem. Caso essa divulgação seja realizada pelo Judiciário e também recomendada, a arbitragem será ainda mais aceita.

Mesmo após 14 anos da publicação da Lei 9.307-96, há muitas pessoas que desconhecem os benefícios da lei; até mesmo muitos advogados. A falta de conhecimento sobre determinado assunto gera nas pessoas um sentimento de desconfiança e desaprovação. Isso ocorre naturalmente com todo ser humano, contudo, a partir do momento em que se passa a conhecer fica mais fácil.

A Lei Marco Maciel trouxe em seu bojo um conjunto de dispositivos capazes de promover maior segurança quando da resolução dos litígios, o que, anteriormente, não havia em nosso ordenamento jurídico. Segurança essa capaz de garantir aos aderentes, que espontânea e consensualmente optaram por esse sistema privado e alternativo de resolução de suas controvérsias por meio do juízo arbitral.

A arbitragem, como a conhecemos hoje, reflete a modernidade do mundo globalizado, o que nos deixa bastante confortáveis para suscitar que a arbitragem pode e deve ser utilizada por toda a sociedade brasileira como um instrumento alternativo a Justiça Comum, por ser mais ágil e objetiva na solução dos conflitos que envolvam direito patrimoniais disponíveis e deixar que o processo jurisdicional fique reservado para aquelas pessoas, que não puderam fazer uso ou as outras formas de resolução de conflitos não lhes foi adequada ou mesmo suficiente.

Apesar da limitação legal de competência a casos jurídicos disponíveis, a forma institucionalizada da arbitragem consagra o princípio do diálogo, onde se permite a manifestação da vontade consensual em defesa dos seus direitos e sem prejuízo da justiça subjetiva de cada pessoa.

Por fim, enumero os Tratados multilaterais mais importantes sobre a arbitragem privada. São:

- I. - Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24/09/1923 (Protocolo de Genebra). Ele reconhece a validade da cláusula compromissória como juridicamente válida quando a arbitragem for internacional. O Brasil ratificou-o em 22/03/1932, pelo Dec. nº 21.187, de 22/03/1932.
- II. - Convenção de Genebra concernente à Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros de 26/09/1927. Cuidou da execução de laudos arbitrais estrangeiros e que foram elaborados conforme o Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 24/09/1923. O Brasil não o ratificou.
- III. - Convenção de Nova Iorque de 10/06/1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Elaborada sob o patrocínio das Nações Unidas. Substituiu a Convenção de Genebra acima noticiada. Mais de cem países de todos os continentes. É o tratado multilateral mais significativo (Ratificado em 01/01/1995).
- IV. - A Convenção Européia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 10/04/1961 (Convenção de Genebra de 1961) destinava-se a facilitar o comércio entre os países da Europa Ocidental e do Leste Europeu.
- V. - A Convenção de Washington de 18/03/1965 para a Solução das Lides concernentes a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados levou à constituição do Centro Internacional para a Solução das Lides em Relação a Investimentos.
- VI. - Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 30/01/1975 - ratificada pelo Brasil pelo Dec. nº 1.902, de 09/05/1996.
- VII. - No Brasil, cumpre realçar a Convenção de Cooperação Judiciária, em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, celebrada com a França em 30/01/1981 e promulgada no país pelo Dec. nº 91.207, de 29/04/1985, aplicável, expressamente, à sentença arbitral, sendo esse aspecto de suma importância prática com relação aos laudos proferidos no âmbito da Câmara Internacional do Comércio de Paris (CCI), quando a sede do tribunal arbitral tem localização dentro do território da França.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirada nestas breves considerações ratifico que a arbitragem é uma das metodologias mais espontâneas disponíveis à sociedade, além do mais é sem dúvida um método promissor, capaz de harmonizar interesses e direitos opostos e contraditórios por meio de uma solução consensual, justa e amigável, pois, é muito complicado exigir que a interpretação positiva do poder estatal resolva o problema da norma-caso como se fosse sempre possível individualizar o justo da experiência histórica de justiça privada.

Em vista dos argumentos apresentados é possível verificar que a recente normatização do juízo arbitral, através da Lei 9.307/96, aliada ao crescimento acelerado de utilização dos contratos de adesão, que é um efeito da globalização, nos induz a concluir que o tema proposto é de extrema necessidade para aliviar do Judiciário Brasileiro, porque, possibilita soluções céleres, justas e alcançadas com o auxílio de um terceiro desinteressado, confiável e imparcial, exercendo a função de mediador entre as partes, o que lhe permite agir com neutralidade.

A realidade prática comprova que, em muitos países do mundo contemporâneo, o sistema de arbitragem, se bem aplicado, afasta as pessoas do contencioso dos tribunais, da justiça conflitante, do processo moroso da justiça pública, da imposição contenciosa de decisões repressivas, o que possibilita a antecipação aos consumidores o direito a uma resposta positiva.

A sua consagração como um meio alternativo de resolução de litígios deve ser vista como um grande passo rumo ao aperfeiçoamento dos direitos do homem na busca de encontrar a paz com a solução dos seus conflitos.

Por fim, ousa expressar minha convicção de que é imperioso se fazer aplicar, no Brasil, não de forma impositiva, nem tampouco duvidosa, mas de maneira firme e encorajadora, que a arbitragem é um método alternativo para solucionar litígios. Nesse sentido, é imprescindível que o Estado adote essa postura, e estimule a criação de órgãos arbitrais, facilitando o seu funcionamento e criando condições materiais para que cumpram a missão para a qual foi criada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT. **NBR 6022**: informação e documentação – artigo em publicação periódica científica impressa – apresentação. Rio de Janeiro, 2003.

ABNT. **NBR 10520**: informações e documentação – citações em documentos – apresentação. Rio de Janeiro, 2002.

ARBITRAGEM: **Solucionar os litígios ficou mais fácil**. Rio de Janeiro, FUNASEG 2005.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **A Arbitragem e o Direito do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, nº 23-24.

AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem: O Acesso à Justiça e a Efetividade do Processo Uma Nova Proposta**. Editora Lumem Juris. Rio de Janeiro.2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. **A Arbitragem: Panorama e Evolução**. JTACSP, Lex, vol. 138, págs. 10-11.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96**. Malheiros Editores – ISBN 85-7420-044-1.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. **A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão**. In Revista de Direito do Consumidor, n. 21.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral**. Revista de Direito do Consumidor, n.21.

FIÚZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995

GARCEZ, José Maria Rossine. **A Arbitragem na Era da Globalização**. Forense, págs. 162 e segs.

MARTINS, Pedro A. Batista Martins. **A Arbitragem na Era da Globalização**, págs. 35 e segs.

MENDONÇA, Ângela. **A Crise do Judiciário, o Movimento Universal de Acesso à Justiça e os Meios Alternativos de Solução de Conflito**. Revista Caderno de Seguros, FUNENSEG set/out 2001, pág. 56/59.

MELLO, Sérgio Ruy Barroso. Arbitragem: **A Solução Alternativa de Conflitos e o Novo Governo**. Caderno de Seguros. FUNENSEG, janeiro 2003, pág. 51/54.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas Relações de Consumo**. Juruá Editora. Curitiba. 2008

NERY JÚNIOR (1997:357). NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PAULA, Adriano Perácio de. **Da Arbitragem nas Relações de Consumo**. In Revista de Direito do Consumidor, n.32.

PONTES DE MIRANDA – **Tratado de Direito Privado**. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII, p. 39.

REINALDO FILHO, Demócrito Ramos. **Aspectos do Instituto da Arbitragem**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 86, n. 743, p. 64-73, set. 1997.

SANTOS, Jerônimo dos Santos. **Meios alternativos de solução de conflitos: efeitos sociais, econômicos e jurídicos no seguro, resseguro, previdência e capitalização**. Rio de Janeiro, FUNENSEG, 2003 – Coleção Cadernos de Seguros-Teses – Ano 8- nº 18.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **A arbitragem no sistema jurídico brasileiro**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 737, p. 39-48, jan. 1997.