

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI

PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC

CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ

CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ

ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**A CONCILIAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA
INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O
EMPREGO DA ARBITRAGEM COMO SEGUNDA VIA DE
ACESSO À JUSTIÇA**

FABIANA JANAINA VARGAS FISCHER

Itajaí-SC

2013

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

A CONCILIAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E O EMPREGO DA ARBITRAGEM COMO SEGUNDA VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

FABIANA JANAINA VARGAS FISCHER

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Pedro Manoel Abreu

Itajaí-SC

2013

AGRADECIMENTOS

“A melhor maneira de prever o futuro é criá-lo”.

(PETER DRUCKER)

Agradeço:

Primeiramente a Deus, pelo dom da vida e pela oportunidade de evolução;

À Santa Catarina de Alexandria, Santa dos estudantes, pela força e inspiração proporcionada à elaboração deste trabalho;

Ao Professor Doutor Pedro Manoel Abreu, meu orientador, pelo apoio e dedicação despendida;

Ao meu esposo Sílvio Fischer, pelo constante auxílio, incentivo e pela compreensão das horas tiradas da convivência familiar durante a construção deste texto.

DEDICATÓRIA

*“Se quisermos progredir, não deveremos repetir a história,
mas fazer uma história nova.”*

(MAHATMA GANDHI)

Dedico:

Este trabalho a todos que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta pesquisa, e, especialmente, àqueles que constituem o que de mais caro possuo: a minha família.

Assim, ofereço este trabalho ao meu esposo Sílvio Fischer, ao meu pai Gilmar Domingos Vargas, à minha mãe Janina Aparecida Bernardi, ao meu irmão Jacson Gil Vargas.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, 26 de novembro de 2013.

Fabiana Janaina Vargas Fischer
Mestranda

PÁGINA DE APROVAÇÃO
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE CATEGORIAS

Rol das categorias que a Autora considera estratégicas a sua pesquisa, juntamente com seus respectivos conceitos operacionais.

Acesso à Justiça

Acesso a uma “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.”¹

Arbitragem

Trata-se de “meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção 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 – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”²

Conciliação

É meio alternativo de resolução de conflitos na qual o conciliador, diferentemente do mediador, “não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, formulando propostas, apontando vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição”.³

Conflito

Embate, oposição, confrontações, desacordos, desavenças, controvérsias, entrechoque de ideias ou interesses acerca de fatos, coisas ou pessoas.

¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 28.

² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

³ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 131.

Estado

“Ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”⁴

Jurisdição

“Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.”⁵

Jurisdição Privada

É aquela em que a solução do litígio “resulta de uma convenção entre particulares, regida fundamentalmente por normas de Direito Privado”.⁶

Justiça

Equivale “ao direito, ao poder judiciário, à legislação, à igualdade, à prudência, à temperança, ao respeito, à virtude humana”.⁷

Mediação

É um mecanismo para “solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro”⁸. Este terceiro chamado de mediador busca convencer as partes de que a melhor forma de solução do conflito é o acordo, sem interferir nem sugerir termos ou condições.

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 119.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 131.

⁶ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 107.

⁷ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 362.

⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 145.

Monopólio

Para o sentido empregado neste trabalho, ao se empregar o termo “monopólio”, está-se referindo ao privilégio exclusivo de exploração de certa atividade por um único agente.

Poder Judiciário

“O Poder Judiciário é a organização criada como o objetivo de viabilizar concretamente a jurisdição, composta pelo conjunto de juízos e tribunais destinados ao exercício dessa função estatal.”⁹

Princípio

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.¹⁰

Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

Trata-se de uma “garantia fundamental – o direito de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir perante estes”.¹¹

Sociedade

A palavra sociedade é empregada “como um termo genérico que designa um grupo social onde se produzem os fenômenos sociais, se estabelecem vínculos de solidariedade e instituições econômicas, culturais, políticas e/ou religiosas que visam atender a suas necessidades.”¹²

⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 747-748.

¹¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55-56.

¹² DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 04.

SUMÁRIO

RESUMO.....	12
RESUMEN	13
INTRODUÇÃO	14
1 MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	19
1.1 TEORIA GERAL DOS CONFLITOS	20
1.1.1 Aspectos gerais e conceituais	21
1.1.2 Aspecto positivo dos conflitos.....	25
1.2 MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	30
1.2.1 Autotutela ou Autodefesa.....	31
1.2.2 Autocomposição	35
1.2.3 Arbitragem	40
1.2.4 Da Justiça Privada à Justiça Pública.....	42
1.3 MONOPOLIZAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	46
1.3.1 Jurisdição – aspectos preliminares	46
1.3.2 Aspectos históricos e a formação do Estado Moderno.....	48
1.3.3 Jurisdição um poder, dever e/ou função do Estado.....	64
2 ACESSO À JUSTIÇA	69
2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA	70
2.1.1 Da justiça.....	70
2.1.2 Do acesso à justiça	81
2.1.3 Movimentos de acesso à justiça.....	86
2.2 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	94
2.2.1 Cultura demandista ou judiciarista.....	100
2.2.2 Desjudicialização dos conflitos	105
2.3 NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA – CONTEMPLAÇÃO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	108
2.3.1 Releitura do artigo 5º., inciso XXXV, da CF.....	110
2.3.2 Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs)	113

3 O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E SUAS IMPLICAÇÕES	121
3.1 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM	122
3.1.1 Desenvolvimento histórico – da Antiguidade à contemporaneidade	124
3.1.2 Arbitragem na esfera internacional e transnacional.....	130
3.1.3 Arbitragem no Brasil	135
3.2 LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM – LEI Nº. 9.307/96.....	140
3.2.1 Dos Anteprojetos de lei.....	141
3.2.2 Principais aspectos procedimentais no emprego da Arbitragem	143
3.3 ARBITRAGEM E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	154
3.3.1 Arbitragem nos demais ramos.....	155
3.3.2 Vantagens e desvantagens	161
3.3.3 Arbitragem prevista na Lei nº. 9.099 de 1995.....	165

4 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: a complementaridade entre os sistemas judicial e arbitral.....	171
4.1 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM – LEI Nº. 9.307/96	172
4.1.1 Constitucionalidade da Lei nº. 9.307/96	174
4.2 NATUREZA JURÍDICA: DA VISÃO CONTRATUALISTA À EQUIVALÊNCIA JURISDICIONAL	179
4.2.1 Natureza Contratual	180
4.2.2 Natureza jurisdicional	183
4.2.3 Natureza híbrida.....	185
4.2.4 Arbitragem como equivalente jurisdicional	186
4.3 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A ARBITRAGEM	193
4.3.1 Participação na administração da justiça	196
4.3.2 Arbitragem como via de acesso à justiça	200
4.3.3 Complementaridade entre os sistemas público e privado	206
4.3.4 A necessidade de mudança cultural	212

CONSIDERAÇÕES FINAIS	220
----------------------------	-----

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS	231
--------------------------------------	-----

RESUMO

A presente Dissertação está inserida na linha de pesquisa “Direito e Jurisdição”, a qual parte de uma concepção mais abrangente de jurisdição, não se limitando à compreensão de monopólio estatal. Nessa percepção mais ampla, instrumentos não estatais de resolução de conflitos passam a servir de vias alternativas de acesso à justiça, além do Poder Judiciário. É nessa esteira, que se insere o instituto da Arbitragem enquanto mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias. Numa análise sobre a monopolização da atividade jurisdicional e quebra dessa hegemonia, da evolução e do novo enfoque empregado aos movimentos de acesso à justiça e, de uma releitura contextualizada do Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, é possível verificar não haver exclusão da justiça estatal ao se optar pelo emprego do procedimento arbitral, mas, complementaridade entre os dois sistemas. Essa compreensão permite visualizar o instituto da Arbitragem como mais uma opção à disposição da sociedade para buscar a solução de seus litígios, e especialmente, uma segunda via de acesso à justiça.

Palavras-chave: Arbitragem. Estado. Jurisdição. Acesso à Justiça.

RESUMEN

Esta disertación está incluida en la línea de investigación de Derecho y Jurisdicción, que parte de una concepción más amplia de jurisdicción y no se limita a la comprensión del monopolio estatal. Desde este punto de vista más amplio, los instrumentos no estatales de resolución de conflictos han servido como formas alternativas de acceso a la justicia, además del Poder Judicial. Es en esta perspectiva que se incluye el instituto del Arbitraje como mecanismo extrajudicial de solución de controversias. Un análisis de la monopolización de la actividad judicial y la ruptura de esta hegemonía, de la evolución a la nueva comprensión sobre los movimientos del acceso a la justicia, y una relectura contextualizada del Principio de la Inafastabilidad del Control Jurisdiccional, permite verificar que no hay exclusión de la justicia estatal cuando se opta por el uso del procedimiento arbitral, sino complementariedad entre los dos sistemas. Este conocimiento permite ver el instituto del Arbitraje como una opción más, disponible para que la sociedad busque la solución de sus controversias, y sobre todo, una segunda vía de acceso a la justicia.

Palabras-clave: Arbitraje. Estado. Jurisdicción. Acceso a la Justicia.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

Como objetivo científico, tem-se estabelecida a tarefa de averiguar as características do instituto da Arbitragem enquanto método extrajudicial de resolução de conflitos e a conciliação desse instrumento com o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, à vista de considerá-lo uma segunda via de acesso à Justiça.

A história demonstra que ao longo do desenvolvimento da civilização humana, foram empregados distintos mecanismos com o intuito de pôr fim às relações conflituosas. Nem sempre houve um Estado constituído, como nos moldes atuais, detentor do poder-dever ou da função de ditar a melhor solução dos conflitos. A monopolização da atividade jurisdicional ocorre em momento histórico posterior ao reconhecimento de outros instrumentos pacificadores.

Assim, historicamente, é possível encontrar como métodos desenvolvidos para findar a contenda, a autotutela, que representa o uso da força física, posteriormente a autocomposição com as suas divisões: desistência, reconhecimento ou transação. Na sequência, desenvolveu-se a Arbitragem como mecanismo imparcial, e por último, o Estado assumiu a prerrogativa de solucionar as lides de seus cidadãos.

No Estado Moderno, ao se solidificar a soberania estatal, ocorre a monopolização da importante função poder-dever ou atividade de resolver as controvérsias originadas no meio social. O Estado retira das mãos dos particulares a possibilidade de solucionar as controvérsias por meios próprios e, através do processo, atua fazendo imperar a vontade da lei, extirpando o litígio molestando a paz social.

Não obstante essa evolução, o instituto da Arbitragem tem sua importância reduzida, torna-se alternativa à jurisdição estatal e tem proibida sua utilização em alguns ramos do Direito. Passando a se constituir num método

extrajudicial, instrumento privado, na qual as partes nomeiam de comum acordo, uma terceira pessoa denominada árbitro, para, segundo as regras estabelecidas e acordadas no compromisso arbitral, dar solução às lides referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa forma, o Estado garante aos seus cidadãos a obrigação de prestar a tutela jurisdicional, e a impossibilidade de se negar a prestá-la através da declaração constitucional do direito inafastável do acesso de todos à justiça. Acesso este, que ao longo do desenvolvimento da sociedade, teve suas portas alargadas para recepcionar novos direitos e grupos sociais antes impedidos de acionar o Estado-juiz.

Os frutos e o sucesso dessa expansão podem ser verificados pelo grande número de novas ações judiciais que chegam às portas do Poder Judiciário diariamente. Entretanto o sucesso se tornou extremo, a ponto de o grande número de processos congestionarem a máquina jurisdicional. Permitindo que alguns doutrinadores passassem a fazer uma releitura contextualizada da garantia de acesso à justiça, afirmando não se tratar esse direito previsto e garantido constitucionalmente, num incentivo à litigância ou a que toda e qualquer querela seja levada a apreciação do Estado-juiz.

Frente a essa nova realidade, as compreensões relativas ao acesso à justiça passaram a ser vistas sob um novo enfoque, que alarga o espectro de vias que levam até essa instituição, não se restringindo à concepção de acesso ao Poder Judiciário. Sob esse novo enfoque, os mecanismos não estatais de resolução de conflitos passam a ser contemplados também como canais aptos a levar os litigantes a encontrar a tão almejada justiça.

É justamente sob o novo enfoque, que se insere o instituto da Arbitragem neste trabalho. Numa abordagem conciliatória com o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, busca-se vislumbrar tal mecanismo como segunda via de acesso à justiça. Dessa forma, estabelece-se como problema de pesquisa: “O instituto da Arbitragem, enquanto instrumento de resolução de conflitos, pode se constituir em uma via de acesso à Justiça?”

Tendo por escopo a solução do problema formulado, assumiu-se as seguintes hipóteses: a) ao se empregar o instituto da Arbitragem não há exclusão da participação do Poder Judiciário, pois certas medidas dentro do procedimento arbitral deverão ser solicitadas ou resolvidas com recurso ao Estado-juiz, ocorrendo o que se pode chamar de complementaridade entre os dois sistemas; b) O acesso à Justiça não se resume em acesso ao Poder Judiciário, o novo enfoque de acesso à Justiça é muito mais amplo, contemplando os métodos não estatais de resolução de controvérsias.

Assim, visando o desenvolvimento do tema proposto, abordam-se no primeiro capítulo, os métodos de resolução de conflitos, partindo de uma breve explanação sobre o valor positivo do conflito até a evolução histórica dos instrumentos de solução de contendas desenvolvidos ao longo da civilização humana; discorre-se sobre a formação do Estado Moderno enquanto construtor da concepção monopolizadora da atividade jurisdicional; e sobre a visão contemporânea de rompimento dessa concepção no contexto social, político e jurídico atual.

O segundo capítulo é destinado ao acesso à justiça. Apresenta-se primeiramente, um breve estudo sobre as ideias que permeiam os termos: justiça e acesso à justiça, para posteriormente, abarcar-se os movimentos em prol da expansão das portas de entrada aos órgãos jurisdicionais até a compreensão de um novo enfoque contemplador dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Discute-se, nesse contexto, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e a releitura contextualizada do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, o terceiro capítulo é dedicado ao estudo da Arbitragem, partindo da evolução histórica do instituto até a sua inserção e desenvolvimento no Brasil. Neste capítulo, são abordadas, ainda, algumas das principais características da Lei de Arbitragem brasileira, as vantagens e desvantagens na aplicação do procedimento arbitral, e a previsão desse instrumento nos demais dispositivos legais.

Por derradeiro, visando apresentar a Arbitragem como via de acesso à

justiça, sem que isso represente afronta ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o quarto e último capítulo trata da constitucionalidade da Lei de Arbitragem; das discussões acerca da natureza jurídica desse instituto até se chegar à concepção de equivalência jurisdicional; das perspectivas de democratização do acesso à justiça com a inclusão dos meios não estatais nessa seara. Visando demonstrar não haver exclusão em se optar por um ou outro método – seja ele judicial ou não –, mas complementaridade entre os sistemas. Enfim, aborda-se a necessidade de mudança cultural com o desenvolvimento de uma cultura arbitral como saída para a efetivação da Arbitragem enquanto instrumento hábil à consecução da justiça.

O texto delinea desde o desenvolvimento dos meios mais rudimentares de solução de conflitos - como a autotutela - até a realidade contemporânea, incluindo a transformação de concepções acerca dos instrumentos aptos à pacificação social. Revela que, se num primeiro momento, o Estado – já no Direito Romano e solidificando-se essa ideia na modernidade – monopoliza a atividade jurisdicional, em outro, reconhece mecanismos não estatais de solução de litígios, como a Arbitragem.

Ao passo de – sob uma nova perspectiva de acesso à justiça e democratização desse acesso – serem incluídos e considerados instrumentos capazes – da mesma forma que a jurisdição estatal – de pôr fim às contendas; de contribuir para o incremento de uma sociedade pacífica; de se mostrar mais uma via direcionada a concretização do direito. E sem que essa compreensão abrangente da função jurisdicional represente uma afronta ao direito de acesso aos órgãos judiciários ou incompatibilidade com os princípios constitucionais.

O fato de o Estado autorizar o uso de instrumentos privados, não significa exclusão ou afastamento pleno de sua atuação ou poder sobre a causa litigiosa, havendo sempre previsão de recurso ao Poder Judiciário em situações contrárias ao determinado em lei específica, ou em decisões contraditórias às demais normas do ordenamento jurídico vigente; portanto, é plausível considerar que não há exclusão, mas sim, complementaridade entre os sistemas.

Conhecidos os diversos aspectos a serem abordados no presente

trabalho, importa apresentar a metodologia empregada. Destaca-se a utilização do Método Indutivo na fase de investigação, do Método Cartesiano na fase de tratamento dos dados, métodos esses operacionalizados com as técnicas pertinentes à categoria, aos conceitos operacionais e à pesquisa bibliográfica.¹³

¹³ PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: teoria e prática. 12. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

CAPÍTULO 1

MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

“La llave para manejar conflictos es creer que el conflicto es una parte natural e inevitable de la vida y la comprensión de que es nuestra reacción o respuesta al conflicto, lo que lo convierte en una situación constructiva o destructiva”.¹⁴

O homem é um ser, como muitos outros, que não vive sozinho, mas, em constante interação com os demais seres e o meio em que habita. Essa convivência nem sempre se dá de forma amigável ou pacífica, é natural que sobre determinados bens sejam desenvolvidos interesses contrapostos e impossíveis de satisfazer a pretensão de todos. Surgindo aí, um conflito de interesses que, de qualquer modo, deve ser resolvido para não inviabilizar a convivência em sociedade.

Ao longo da história da civilização humana, os homens desenvolveram formas diferenciadas de resolver os conflitos que surgiam em suas relações. Nem sempre houve um Estado organizado e responsável por regular e resolver as desavenças dos cidadãos como se tem atualmente.

O interessante a ser destacado é que, mesmo havendo nos dias de hoje todo um aparato desenvolvido pelo Estado para resolver os conflitos por intermédio do Poder Judiciário, os mecanismos desenvolvidos ao longo da evolução da sociedade humana não desapareceram e continuam previstos nos ordenamentos jurídicos, porém, agora, não sendo empregados de forma única como se não houvesse outros meios. Esses instrumentos passam a conviver uns com os outros dentro de limites e procedimentos estabelecidos em leis específicas.

É nesse sentido que o primeiro capítulo apresenta, de forma sucinta, a evolução dos mecanismos desenvolvidos pelo homem ao longo da história objetivando resolver as desavenças surgidas entre eles, até o estabelecimento do Estado como monopolizador da atividade jurisdicional.

¹⁴ UMBREI, Mark citado por AMSTUTZ; Jorgelina I.; MAZZARANTANI, Elda; PAILLET, Marta N. **Pedagogía de la paz**: construir la convivencia manejando adecuadamente los conflictos. Argentina: Fundación Bica Santa Fe, 2004. Texto completo disponível em: <www.pedagogiadelapaz.com.ar>. Acesso em: 10 jul. 2012.

Porém, antes de se verificar essa linha evolutiva, é necessário abordar uma categoria que estará presente em todo o trabalho e que se apresenta, não apenas como um núcleo dos métodos de resolução de disputas, mas também como objeto de trabalho do operador do direito: o termo “conflito”. Assim, no primeiro subtítulo serão abordados alguns aspectos sobre as concepções relacionadas aos conflitos, no segundo a evolução dos mecanismos de resolução de controvérsias, e no terceiro a monopolização da atividade jurisdicional.

1.1 TEORIA GERAL DOS CONFLITOS

*“Deus destinou as criaturas à coexistência. Em cardumes nadam os peixes. Voam em bandos as aves. Flores florescem juntas. Próximos uns dos outros crescem os frutos. Num sítio, a terra esconde minerais de igual espécie. Até os mesmos ventos sopram, tórridos, temperados, ou gélidos, numa certa região. O homem vive na sociedade (palavra derivada do latim *socius*, o que acompanha) porque sua índole, gerada por sua necessidade, é associar-se. Ele, então, se agrupa: a tribo, o clã, a horda, os povoadamentos, das minúsculas aldeias às frementes metrópoles, revelam a irreprimível tendência humana à agregação.”¹⁵*

Já dizia Aristóteles: “O homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade”¹⁶. E como ser social não vive de forma isolada dos demais humanos ou dos demais seres vivos, mas em constante interação. O homem, na visão de Silva Oliveira, não nasce humano, mas se torna humano à medida que passa a conviver com os demais. Ao nascer, o homem possui uma natureza biopsíquica, que pouco a pouco, através de permanentes interações com os outros seres da mesma espécie, adquire o caráter social. Dessa forma, é a “socialização que cria as qualidades, que tornam o homem plenamente humano.”¹⁷

Nessa convivência social o homem acaba estabelecendo as mais diversas relações acerca de assuntos que podem ser afetos apenas a um indivíduo,

¹⁵ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 01.

¹⁶ ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2005. p. 11.

¹⁷ SILVA OLIVEIRA, Rita de Cássia da. Et al. **Sociologia: consensos e conflitos**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2001. p. 09.

ou a um grupo, ou até mesmo a toda a coletividade. E seria ingênuo pensar que essas relações sempre se deram de forma amigável e pacífica ou que delas não surgiram divergências. Sabe-se que a convivência acaba impondo restrições e sacrifícios e, em meio às pessoas, entre as quais se estabelecem as relações, é natural o surgimento de confrontações de toda ordem.¹⁸

1.1.1 Aspectos gerais e conceituais

Por estar o homem em constante relação com o meio em que vive, estabelecendo os mais variados contatos, sejam eles de cunho profissional, familiar, religioso, político, social, jurídico, entre outros, é natural que, em algum momento, se estabeleça uma relação conflituosa. Por isso, muitos doutrinadores defendem a ideia de que a existência de conflitos nas relações é algo inerente à própria natureza humana¹⁹.

Entre os humanos, estabelecemos todos os tipos de relações (permanentes, transitórias, acidentais), e as temos feito desde que aparecemos sobre a superfície da Terra. Em cada relação se dão o intercâmbio e a comunicação que podem ser exitosos e enriquecer-nos ou, pelo contrário, gerar conflito. Isto quer dizer que o conflito é parte integrante da relação humana, que faz parte de nossa vida. (...) O conflito é um emergente natural das relações humanas, sejam elas entre duas, dez ou milhares de pessoas. Onde há uma relação, é normal e natural que apareça o conflito como choque de interesses, como dificuldade na comunicação, etc.²⁰

Dessa forma, se os conflitos são inerentes a natureza humana, é necessário o estabelecimento de regras que organizem as relações, de modo a diminuir, tanto quanto possível, o número e a complexidade dos conflitos para que

¹⁸ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 01.

¹⁹ PUGLIESI, Márcio. **Conflito, estratégia, negociação**: o direito e sua teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001. p. 60.

²⁰ Tradução da presente autora, texto no original: "Entre los humanos, establecemos toda clase de relaciones (permanentes, transitorias, accidentales) y lo hemos venido haciendo desde que aparecimos sobre la superficie de la Tierra. En cada relación se dan el intercambio y la comunicación que pueden ser exitosos y enriquecernos o, por el contrario, generar conflicto. Esto quiere decir que el conflicto es parte constante en la relación humana, que forma parte de nuestra vida. (...). El conflicto es un emergente natural de las relaciones humanas, sean estas entre dos, diez o miles de personas. En donde hay una relación, es normal y natural que aparezca el conflicto como choque de intereses, como dificultad en la comunicación, etc." AMSTUTZ, Jorgelina I.; MAZZARANTANI, Elda; PAILLET, Marta N. **Pedagogía de la paz**: construir la convivencia manejando adecuadamente los conflictos. Argentina: Fundación Bica Santa Fe, 2004. Texto completo disponível em: <www.pedagogiadelpaz.com.ar>. Acesso em: 10 jul. 2012.

não obstem ou inviabilizem a convivência e o progresso social. E visando instituir e garantir certa ordem e harmonia, ao longo do tempo foram-se elaborando regras a serem cumpridas por todos a fim de tornar possível a vida em comum.

Essas regras surgem com dois propósitos: primeiro organizar a vida em sociedade; e segundo prevenir os conflitos. E é nesse jogo de organizar e prevenir ou reprimir os conflitos que se estabelece a mais prodigiosa criação do homem, o Direito.

Tantas e tais as normas disciplinadoras da convivência do homem na sociedade, tais e tantos os aspectos por elas regulados que, como as notas musicais de uma sinfonia, elas compõem um sistema, isto é, um conjunto de elementos entre si relacionados, no caso delas, pela finalidade, que é a disciplina da vida social. Esse sistema de normas reguladoras da vida social é a mais prodigiosa das criações do homem. Chama-se direito, palavra equívoca, porque se usa em mais de um sentido. O direito é, pois, o conjunto das normas que regulam a conduta do homem na sociedade.²¹

É neste contexto que se verifica a pertinência de se estudar os aspectos gerais que envolvem o “conflito”, pois o Direito se constitui num mecanismo de regulação da vida social com vista a evitar o surgimento de conflitos em demasia. Além do mais, explica Dinamarco, todo discurso sobre o acesso à justiça, seja mediante a tutela jurisdicional prestada pelo Estado ou por meio dos métodos extrajudiciais – Arbitragem, mediação, conciliação -, está inserido na temática dos conflitos e na busca de soluções²².

Contudo, definir a categoria conflito não é tarefa fácil, primeiro por não haver univocidade entre os doutrinadores e, segundo, pelo fato de o conflito ter a prerrogativa de surgir das mais variadas situações. Explicam, Bolzan de Morias e Spengler, que definir a palavra conflito é uma tarefa árdua, pois comporta diversas variantes, haja vista poder o conflito ser: social, político, psicanalítico, familiar, interno, externo, entre pessoas ou entre nações, pode ser um conflito étnico, religioso ou ainda um conflito de valores, podendo-se acrescentar aqui, conflito entre

²¹ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 03.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 116.

normas, princípios, conflitos de competência, entre outros.²³

Tem-se que o vocábulo “conflito”²⁴ é originado do latim *confictos*, de *confligere*, que busca indicar a ideia de embate, oposição, luta, confrontações, desacordos, referindo-se a entrechoque de ideias ou interesses em torno de fatos, coisas ou pessoas²⁵. Ou seja, refere-se a uma relação entre os indivíduos em que ambos procuram obter objetos ou desenvolvem interesses sobre bens, que acabam por ser incompatíveis.²⁶

Para se chegar a essa fase de embate, entrechoque de ideias que configuram o conflito e que, ao mesmo tempo, interessa ao Direito, segue-se, na maioria das vezes de forma inconsciente, uma sequência de sentimentos que revelam os homens com as suas necessidades, os seus interesses, as suas pretensões e os seus conflitos.

Seguindo essa linha, a processualística tradicional verifica a origem e o desenvolvimento dos conflitos, através da necessidade, bem da vida, utilidade, interesse, pretensão e resistência. A necessidade pautada no fato de que o homem é dependente de determinados elementos para viver e estes constituem, por sua vez, os bens da vida. No entanto, não basta o bem em si, é necessário que ele apresente utilidade ao homem e desperte o seu interesse, estabelecendo, na visão de Dinamarco, uma “*relação de complementaridade* entre a pessoa e o bem – aquela

²³ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 45.

²⁴ Importante observar que inexistente “unanimidade terminológica quanto à sinonímia do vocábulo *conflito*. Conflito, disputa, litígio, lide, controvérsias e outros vocábulos são sinônimos nos dicionários pátrios.” (LEMES, Selma Ferreira. CARMONA, Carlos Alberto. MARTINS, Pedro Batista. **Arbitragem**: estudos em homenagem ao prof. Guido Fernando da Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007, p. 115.) Para Eros Grau citando Antoine Jeammaud “o *senso comum dos juristas* **supõe** que os enunciados (as regras) jurídicos prestam-se a assegurar a paz, mediante o tratamento de conflitos decorrentes de sua violação (violação dessas regras); aí, nessa violação, o ‘disfuncionamento’ do direito; o *conflito* se manifesta, então, como a consequência de uma *violação das regras de direito*. Impõe-se, no entanto, distinguirmos *conflito* e *litígio*. O que o direito resolve – prossegue Jeammaud – é a *oposição de pretensões jurídicas*; ou seja o direito resolve *litígios*, litígios que são limitados pelo objeto da demanda. Em outros termos: o *litígio* é a redução do *conflito*. E mais: o *litígio* se desenvolve entre profissionais agindo por mandato; e se desenvolve em um campo específico. Logo, o *litígio* é um *momento*, um *episódio* do *conflito*.” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direitos pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 24.) (grifos conforme o original).

²⁵ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 201.

²⁶ GORETTI SANTOS, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012. p. 13.

dependendo deste para satisfazer suas necessidades, e este sendo potencialmente hábil a satisfazer as necessidades das pessoas.”²⁷

Porém, como nem sempre o mesmo bem da vida existe em quantidade e possui qualidade suficiente para satisfazer as necessidades de todos os interessados, é natural que se estabeleçam divergências acerca das pretensões²⁸ não satisfeitas. E será somente após a resistência²⁹ oposta à esta pretensão que se configura o conflito ou a lide propriamente dita, conceituada processualisticamente como o “conflito de interesses”³⁰ qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”³¹.

Assim, para as teorias gerais do processo, o conflito pode ser compreendido como

(...) a situação existente entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizada pela pretensão a um bem ou situação da vida e impossibilidade de obtê-lo – seja porque negada por quem poderia dá-lo, seja porque a lei impõe que só possa ser obtido por via judicial. Essa situação chama-se conflito, porque significa sempre o choque

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 117. Exemplifica Carnelutti, o pão é um bem e tem uma utilidade, mas não há interesse por parte de quem não tenha fome. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. p. 90.

²⁸ Na compreensão de Carnelutti, a pretensão é a “exigência da subordinação do interesse alheio ao interesse próprio”. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. v. I. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 93.

²⁹ Carnelutti explica que a resistência é a “não-adaptação à (situação) subordinação do interesse próprio ao interesse alheio”. CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. p. 90. Para Bermudes, “A resistência oposta à pretensão é que torna a situação litigiosa. Enquanto só houver pretensão, não pode haver lide. Sem a resistência que a ela se contraponha, a pretensão será manifestação unilateral de vontade. (...). A lide só passará a existir depois que a resistência se manifestar. Desnecessário explicar que a resistência à pretensão não manifestada também não gera conflito porque, para a formação da lide, aquela não pode existir sem esta. A resistência à pretensão inexistente será ato sandeu, como o de Dom Quixote a investir contra pacatos moinhos de vento.” (BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 11.)

³⁰ Carnelutti chamou de “*conflito intersubjetivo de interesses*” o conflito entre interesses de duas pessoas. Explica o autor que o “conflito subjetivo de interesses não se extravasa da pessoa do próprio sujeito nele envolvido”. Já quando o “conflito se manifesta entre interesses de diversos homens, adquire uma gravidade bem distinta do que quando se refere a interesses de um mesmo homem.” Sendo o conflito consubstanciador da lide, “forçosamente, intersubjetivo, excluído, pois, do conceito o conflito de um pessoa consigo mesma, irrelevante para o direito, enquanto não exteriorize, de modo a causar alguma espécie de comoção social.” (BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 11.)

³¹ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. v. I. p. 93.

entre dois ou mais sujeitos, como causa do uso do processo.³²

No entanto, as questões que envolvem os conflitos devem ser visualizadas muito além da mera designação processual. Pois, uma vez estabelecida a relação conflituosa, seja ela envolvendo interesses individuais ou coletivos³³, faz-se necessário que a lide seja resolvida. Não apenas para atender aos anseios das partes envolvidas, mas também, porque os reflexos dos conflitos se estendem para além das partes, e consequentemente, possuem relevância a toda sociedade.

As insatisfações precisam ser solucionadas, para que não comprometam a paz social e a própria estrutura do Estado, pois conflitos em demasia geram a desagregação social. Para Cintra, Grinover e Dinamarco, a experiência de milênios já demonstrou que a “insatisfação é sempre fator antissocial, independentemente de a pessoa ter ou não direito ao bem pretendido.” E ademais, a “indefinição de situações das pessoas perante outras, perante bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de angústia e tensão individual e social.”³⁴ E, é nesse sentido que alguns estudiosos, ao longo do tempo, foram desenvolvendo teorias que passaram a ver o conflito não apenas como uma causa de desagregação social, mas como um aspecto motivador das alterações sociais.

1.1.2 Aspecto positivo dos conflitos

Uma das finalidades do direito é assegurar o equilíbrio e a harmonia de modo que os conflitos não comprometam a convivência social e não inviabilizem o desenvolvimento da sociedade. Nesse sentido escreve Bermudes,

A solução das lides não interessa apenas aos litigantes, que se empenham na prevalência da sua vontade. Embora esse aspecto do conflito seja o que se destaca a olho nu, é inquestionável a existência

³² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 117.

³³ Ressalta-se, que cada pólo da relação conflituosa pode estar representado apenas por um indivíduo, um grupo ou até mesmo por um número indeterminado de interessados. Pois, os interesses podem transpassar o caráter individual e envolver interesses que são afetos a vários indivíduos em conjunto (interesses coletivos). Segundo Marinoni e Arenhart, atualmente os conflitos deixaram de ser apenas individuais. Na atual sociedade são cada vez mais comuns as lesões ou interesses que envolvam um grande número de pessoas, emergindo os conflitos de massa. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 01.

³⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 28.

de um interesse da sociedade em que o conflito não se instaure, ou em que, ocorrendo, se solucione. Esse interesse público na debelação dos conflitos possui maiores dimensões porque a lide perturba a paz social, constituindo um entrave à realização do direito, cujo fim último é aquele estado ideal, traduzido nos três *praecepta juris* romanos (...): a sociedade na qual todo homem viva honestamente, cada um recebendo o seu, sem prejuízo para ninguém: *honeste vivere, alterum non laedere, sum cuique tribuere*.³⁵

Percebe-se que o alcance dos conflitos vai além da esfera jurídica, tendo grande importância, também, à sociedade. Segundo Amstutz, Mazzarantani e Pillet³⁶, apesar de existirem inúmeros profissionais que trabalham diariamente com o conflito (advogados, juízes, psicólogos, pedagogos), o estudo científico acerca do conflito é recente, aproximadamente 50 anos. Ou seja, trabalha-se com o conflito, porém não se conhece as peculiaridades do próprio objeto.

Historicamente o conflito era sinônimo de briga, visto como algo negativo que necessitava ser eliminado. Há algumas décadas, iniciou-se o trabalho para explicar o surgimento dos conflitos e, na atualidade, entende-se o conflito como algo inerente à vida, algo inevitável e não necessariamente negativo, no entanto, é necessário esforço para mantê-lo em níveis que permitam o desenvolvimento social e não o inviabilizem.³⁷

Sob um ponto de vista construtivo, o conflito passa a ser visto como incentivador das mudanças, do crescimento e do amadurecimento da sociedade. Nas palavras de Constantino, o conflito seria como a água: “Demais: pode causar destruição, como nas inundações; de menos: como nas secas, impede o crescimento da vida; em doses adequadas, o conflito pode ser um estímulo à nossa

³⁵ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 12-13.

³⁶ AMSTUTZ, Jorgelina I.; MAZZARANTANI, Elda; PAILLET, Marta N. **Pedagogía de la paz: construir La convivencia manejando adecuadamente los conflictos**. Cap. 2.

³⁷ É o que explicam Bilbao e Dauder, historicamente “se constata la consideración inicial del conflicto como algo negativo: como algo que había que desterrar.” Posteriormente, “se trató de explicar el porqué del surgimiento de los conflictos y se buscó la relación causal entre determinados rasgos individuales y los conflictos.” E atualmente, se considera que “el conflicto es inevitable y no necesariamente negativo; (...) lo que se busca es que el conflicto se desarrolle de manera que se maximicen sus efectos beneficiosos.” BILBAO, Roberto Dominguez; DAUDER, Silvia García. **Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones**. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2003, p. 01. Disponível em: <<http://www.fcjs.urjc.es>>. Acesso em: 27 jun. 2012.

criatividade.”³⁸

Para Simmel,

Assim como o universo precisa de ‘amor e ódio’, isto é, de forças de atração e de forças de repulsão, para que tenha uma forma qualquer, assim também a sociedade, para alcançar uma determinada configuração, precisa de quantidades proporcionais de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis.³⁹

A partir dessa compreensão, o conflito deixa a concepção de moléstia da sociedade para ser considerado um motor da mudança social. É na perspectiva de Marx que se pode verificar a mudança de percepção acerca do conflito, pois esse passa a considerar os conflitos como motores da evolução histórica. Entendendo que as mudanças na evolução da sociedade são originadas justamente nas relações conflitivas, porque há na sociedade diferentes grupos rivalizando entre si pelo controle de recursos, fazendo com que viver em sociedade seja o suficiente para se estabelecer interesses contrapostos e, conseqüentemente, conflitos que permitem equilibrar o poder. Nessa conotação, o conflito não é, necessariamente, um mal social, podendo ser benéfico e promover transformações que permitem evoluir socialmente, tanto em relações pessoais quanto institucionais.⁴⁰

Nas palavras de Bolzan de Moraes e Spengler,

A ‘dinâmica conflitiva’ torna-se, então, o meio de manter a vida social, de determinar seu futuro, facilitar a mobilidade e valorizar certas configurações ou formas sociais em detrimento de outras. Essa dinâmica conflitiva permite verificar que o conflito pode ser tão

³⁸ Tradução da presente autora, texto no original: ““De más: puede causar destrucción, como en las inundaciones; De menos: como en las sequías, impide el crecimiento de la vida; En dosis adecuadas, el conflicto puede ser un estímulo a nuestra creatividad.” CONSTANTINO, Cathy citado por AMSTUTZ, Jorgelina I.; MAZZARANTANI, Elda; PAILLET, Marta N. **Pedagogía de la paz: construir La convivencia manejando adecuadamente los conflictos**. Cap. 2.

³⁹ SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução: Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983, p. 124.

⁴⁰ Para Marx, “Los cambios en la evolución social de la humanidad han sido originados en las relaciones, intrínsecamente conflictivas, de las fuerzas que han ido conformando los distintos órdenes sociales. Toda sociedad es un escenario de enfrentamientos entre diferentes grupos que rivalizan por el control de recursos limitados. La vida social genera inevitablemente división de intereses, metas opuestas y conflictos. Los conflictos son normales y pueden ser benéficos (produciendo reequilibrios de poder). El cambio es inevitable e incluso deseable.” BILBAO, Roberto Dominguez; DAUDER, Silvia García. **Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones**. p. 08.

positivo quanto negativo e que a valoração de suas consequências se dará, justamente, pela legitimidade das causas que pretende defender.⁴¹

Percebe-se que a conotação do conflito pode ser tanto positiva quanto negativa, sendo o modo de gerenciamento empregado, para dar resposta ao impasse, que tornará o conflito negativo ou positivo. Da necessidade do homem até o estabelecimento do conflito, existe um processo intrínseco a cada indivíduo quanto a sua consideração acerca do bem da vida. Porém, quando a pretensão se mostra passível de não ser satisfeita, por meio da resistência de outro indivíduo, estabelece-se uma relação que não se restringe mais às partes, mas que alastra seus efeitos à sociedade. Prova disso é a necessidade do estabelecimento de uma estrutura estatal com o intuito de pôr fim às contendas.

E é neste aspecto que reside a importância do conflito para o Direito. Nas palavras de Carnelutti “Onde não há conflito de interesses, não pode haver direito, porque nessa hipótese não há necessidade de direito.”⁴² O Direito como instrumento social foi resultado de uma necessidade para dar solução aos conflitos e para estabelecer regras que permitissem aos indivíduos conviverem harmonicamente.⁴³

Na visão de Dias, a obtenção do controle da ordem social ampara-se na concepção de que a “coexistência só é possível com a redução dos conflitos”⁴⁴, sendo esta uma das mais importantes funções do Direito.

Frente a função do Direito em lidar com o conflito, surge a necessidade de

⁴¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 53.

⁴² CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. p.105.

⁴³ DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

⁴⁴ DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. p. 167. Para o autor, o Direito enfrenta os conflitos de diversas formas: (a) reguladora – algumas vezes o aceita e absorve em novas formas reguladoras, quando o que motivou o conflito encontra respaldo na opinião pública; (b) repressora – outras vezes o enfrenta, quando a razão do conflito não se ajusta ao sentimento da sociedade democrática, ou aos interesses do poder dominante; (c) orientadora – em outras ocasiões o canaliza e o orienta, porque a regulação social é legítima e, além do mais, não atenta contra os valores que defende o direito; e (d) geradora do conflito – em outras ocasiões é o próprio direito que dá origem ao conflito, quando não há uma adaptação do direito à generalidade dos setores sociais onde é aplicado. DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. p. 212.

estabelecer mecanismos de resolução que permitam solucionar o litígio entre as partes, de modo que os reflexos negativos que possam advir dessa disputa sejam os menores possíveis, e ao mesmo tempo, se mostrem coerentes às necessidades e anseios, não só das partes envolvidas, mas de toda a sociedade.

Disserta Calmon:

(...) o conflito não é um mal em si mesmo e são considerados como aspectos inevitáveis e recorrentes da vida. Têm suas funções individuais e sociais importantes, proporcionando aos homens o estímulo para promover as mudanças sociais e o desenvolvimento individual. O importante não é aprender evitá-lo ou suprimi-lo, atitude que poderia trazer consequências danosas. Ao contrário, diante do conflito, a atitude correta é encontrar uma forma que favoreça sua composição construtiva.⁴⁵

No mesmo sentido, ensina Warat, afirmando que a conflictologia é um espaço de aprendizagem existencial⁴⁶, devendo-se abarcar uma visão positiva do conflito, uma vez que, “é pouco plausível o uso do Direito como formador do sentido democrático de uma sociedade, se o mesmo não admite o valor positivo do conflito”.⁴⁷

Considerando-se os conflitos como algo inevitável, avulta-se a importante tarefa de solucioná-los através de instrumentos autônomos de trabalho, eficientes e capazes de pôr fim às controvérsias de forma menos gravosa tanto às partes quanto à sociedade e que permitam enxergá-los como um “motor” e não como um empecilho ao desenvolvimento social.

Assim, verificados alguns aspectos gerais acerca do conflito, passa-se ao estudo dos mecanismos desenvolvidos ao longo da história com o fim de solucionar as controvérsias.

⁴⁵ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 25.

⁴⁶ WARAT, Luis Alberto. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 18.

⁴⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994. p. 22 .

1.2 MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

“Não existindo uma ordem social absoluta, sem qualquer tipo de desordem ou de conflito, o que se pretende sempre é a superação de uma situação caótica que inviabilize a convivência entre as pessoas. Pois nem sempre nem durante todo o tempo, todos os indivíduos agem de acordo com o esperado, sempre há desvios de conduta. A sociedade ou grupo social então se vê diante da necessidade de utilizar meios para prevenir ou impedir a manifestação desses comportamentos desviantes.”⁴⁸

Nos primórdios da civilização humana não havia um Estado fortemente estabelecido e detentor de um poder suficiente para organizar, regular e apaziguar, quando necessário, as relações entre os indivíduos ou grupos, como se tem atualmente. A organização da sociedade era outra e os meios desenvolvidos para solucionar as desavenças também.

Segundo Rodrigues e Lamy, é possível verificar na história que o homem viveu e vive em grupos sociais, grupos diferenciados entre si em razão do povo, do local, da época, da cultura, porém, a existência de regras sociais com o escopo de garantir uma convivência harmoniosa é uma característica comum entre eles. No entanto, qualquer que tenha sido a organização política estabelecida ao longo do desenvolvimento das sociedades, a existência dessas normas não foi o suficiente para evitar o surgimento de conflitos. E foi preciso, então, estabelecer mecanismos que pudessem dar solução adequada a eles.⁴⁹

Cada mecanismo desenvolvido ao longo da história corresponde ao grau de desenvolvimento da sociedade na época. E por isso, é possível encontrar quatro fases distintas dos mecanismos empregados para pôr fim às contendas.⁵⁰

Nesse caminhar, foram desenvolvidos mecanismos de resolução que,

⁴⁸ DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. p. 20.

⁴⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 01.

⁵⁰ Porém, é necessário salientar que mesmo havendo essa possibilidade de se verificar métodos diferentes em cada fase, não significa a superação ou substituição por completo do mecanismo até então utilizado. Esses mecanismos continuaram a ser empregados, só que passaram a conviver uns com os outros, e em certos momentos houve a prevalência de um ou de outro meio. Tanto que ainda continuam previstos nas legislações contemporâneas.

uma vez estabelecida a relação conflituosa, as partes poderiam por si só resolver o litígio, ou se valer da intervenção de um terceiro com poderes para findar a controvérsia, estabelecendo-se modos de soluções parciais⁵¹ e imparciais⁵². Como soluções parciais encontram-se a autotutela e a autocomposição e como soluções imparciais, a Arbitragem e a jurisdição estatal.

1.2.1 Autotutela ou Autodefesa

Por não haver um Estado organizado com um poder judicante estabelecido como nos moldes atuais, nas civilizações primitivas imperava a lei do mais forte, ou seja, era comum o uso da força física para defesa dos próprios interesses. Assim, o indivíduo que se sentisse ameaçado ou tivesse o seu direito molestado e desejasse defendê-lo deveria fazer pelas próprias mãos, usando da força bruta contra o seu oponente, na qual ganharia o mais forte e não, o que talvez, realmente tivesse o direito sobre o bem em disputa. Era a denominada “justiça do mais forte sobre o mais fraco”.⁵³

A essa forma de resolução convencionou-se chamar de autotutela ou autodefesa. O termo tutela é originado do latim *tutela* de *tueri* que se refere ao que protege⁵⁴ ou defende. Logo autotutela é o meio através do qual “um dos contendores subjuga o outro, para satisfazer sua pretensão.”⁵⁵ E autodefesa, “formada do prefixo *auto* (próprio) e do substantivo *defesa*, equivale a ‘defesa própria’ ou ‘defesa por si mesmo’.”⁵⁶

O que caracteriza a autotutela, no entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco, são dois traços fundamentais: o primeiro seria a “ausência de juiz

⁵¹ Soluções parciais são aquelas alcançadas por atos das próprias partes, na qual não há intervenção de terceiros. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 29.

⁵² Enquanto as soluções imparciais, ao contrário, são as soluções alcançadas por intermédio de uma terceira pessoa estranha a lide com poder de findar o conflito. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 29.

⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. p. 31.

⁵⁴ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 836.

⁵⁵ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 15.

⁵⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 12.

distinto das partes”; e o segundo “a imposição da decisão por uma das partes à outra”⁵⁷.

A autotutela é o mecanismo mais primitivo⁵⁸ de resolução de conflitos, utilizada justamente por não existir uma autoridade investida na prerrogativa de decidir e impor suas decisões aos litigantes, sobrando como meio de defesa o uso da força bruta para decidir a discórdia. Ensina Calamandrei que numa “sociedade primitiva na qual não exista, acima dos indivíduos, uma autoridade superior capaz de decidir e de impor sua decisão”, não se pode pensar mais do que duas formas de resolver os conflitos: ou o “acordo voluntário” entre as partes, ou o uso da força física para defesa do bem em disputa.⁵⁹

É fácil compreender que o emprego da força privada como meio de defesa do direito constitui, na verdade, a negação de todo direito ou convivência social pacífica. Deixar aos próprios interessados a missão de resolver por si os próprios conflitos significa excluir a possibilidade de uma decisão imparcial, uma vez que ninguém pode ser juiz *in re propria*, pois isto se traduz sempre, e acima de tudo, na vitória da prepotência sobre a justiça, à medida que – se a decisão do conflito for entregue à força dos competidores – o mais forte sempre tem razão.⁶⁰

Assim, historicamente, o homem foi percebendo os malefícios do uso da força bruta e tratou de limitar as possibilidades do emprego da autotutela. “Cedo, o homem compreendeu a monstruosidade do uso da força para a satisfação de pretensões e criou norma proibindo esse método.”⁶¹

É no Direito Romano⁶² que se pode encontrar, de forma geral, a primeira

⁵⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 21.

⁵⁸ Nessa época, não se tinha ainda uma noção clara da individualidade da culpa, de modo que o ataque a um membro de determinada tribo era considerado uma agressão à tribo inteira, e vice-versa. Por isso, provocava uma relação em massa da tribo agredida, que procurava impor uma sanção à tribo agressora, aprisionando seus integrantes, matando-os, ou reduzindo-os à condição de escravos. ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 12.

⁵⁹ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. v. I. Campinas: Booksele, 2003. p. 189.

⁶⁰ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 189.

⁶¹ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 15.

⁶² “De forma geral, a proibição é encontrada pela primeira vez (sujeita a algumas exceções, entre as quais a principal é a da legítima defesa: *vim enim vi defendere omnes leges omniaque iura permittunt*, Paulo, Dig., IX, 2, 45, § 4) no Direito Romano da idade imperial, e está especialmente

proibição⁶³ da autotutela, quando era considerada prática de delito, o credor tentar receber alguma dívida do devedor usando de violência. Só que essa previsão de proibição no Direito Romano, desaparece nos períodos seguintes com as invasões dos bárbaros⁶⁴, que além de enfraquecer o Direito Romano, utilizaram a força física por muito tempo como forma de resolver as contendas. Voltando a ser proibida somente muitos séculos depois por influência do Direito Canônico.⁶⁵

Os Estados modernos buscaram proibir a autotutela, porém, reconheceram que em certas situações é impossível evitar que ocorra a necessidade de o indivíduo fazer uso da própria força para defender seus interesses, e consentiram, em casos excepcionais, o seu emprego, entretanto sendo necessária

consagrada em um célebre decreto de Marco Aurélio, denominado Decretum Divi Marci, que considerava como delito (*vis primata*), castigado como a perda do direito, o fato de o credor, sem recorrer ao juiz, tentar receber a dívida por meio da violência (Dig., XLVIII, 7, 7), e em um rescrito posterior dos imperadores Valentiniano, Teodósio e Arcádio, estendendo o citado princípio também aos direitos reais.” (CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. p. 190.)

⁶³ Segundo Klabin, um aspecto histórico muito importante que marcou a Lei das XII Tábuas, foi o “afastamento do direito de fazer justiça com as próprias mãos. Com efeito, quem se acreditasse com direito não pedia justiça, realizava-a seguindo formas rigorosamente fixadas pelo uso. Expunha-se a cometer um delito, se agisse sem direito ou fora das formas estabelecidas. Há um procedimento, mas não há processo.” (KLABIN, Aracy Augusta Leme. **História Geral do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 201.).

⁶⁴ Os povos Bárbaros referem-se à designação “atribuída pelos romanos, no caso de sua história, não somente aos germanos como também a determinados povos que habitavam além das fronteiras, responsáveis pela invasão e destruição do império. Constituíam seus mais importantes grupos: os germanos, habitantes da Escandinávia e Germânia; os berberes, que se fixaram na Inglaterra, Escócia, Irlanda e Bretanha; os árabes povo vinculado à língua semita e os eslavos, outrora habitantes das atuais planícies russas.” (FERREIRA, J. Mendes. **PAPE - Programa auxiliar de pesquisa estudantil**. V. I. São Paulo: Difusão Cultural. p. 277.) “O Império Romano foi o último dos grandes impérios da Antiguidade. Seu desaparecimento, decorrente das invasões bárbaras, marcou o término da Idade Antiga e o início da Idade Média. Embora não haja uma data exata para tanto, tem sido aceito que a Idade Média teve princípio no século V da era Cristã, desde a derrubada do Império Romano no Ocidente, em 476 d.C., findando no século XV com o descobrimento da América, em 1492. Na nova ordem os costumes germânicos eliminaram completamente as tradições romanas, mas o Direito romano aos poucos recuperou sua importância.” (ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2003. p. 147.)

⁶⁵ A proibição da autodefesa, estabelecida de forma geral pelo Direito Romano, desaparece no período medieval e também na Idade Moderna, quando as bárbaras concepções de origem germana puseram em voga, por vários séculos, o duelo e a vingança como forma de se resolverem os conflitos; só nas legislações contemporâneas, por influência do Direito Canônico, a proibição se restabelece, de forma geral e absoluta, como uma das premissas básicas sobre as quais se assenta não só o ordenamento da Justiça, mas também, em absoluto, o edifício constitucional do estado de direito. CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I. p. 190.

posterior comprovação da licitude da ação.⁶⁶

A título de exemplificação, é possível citar alguns dispositivos constantes no ordenamento jurídico brasileiro, tanto na esfera penal quanto civil, que buscam coibir a autotutela, e outros que a consentem em caso de necessidade.

O artigo 345 do Código Penal trata sobre o exercício arbitrário das próprias razões, que prevê pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência, para aquele que fizer “justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei permite”. Já o artigo 23 do mesmo código, traz as raríssimas exceções em que é permitido o uso da autotutela: estado de necessidade; legítima defesa; estrito cumprimento de dever legal; ou o exercício regular de direito.

Na esfera civil, tem-se a legítima defesa da posse, prevista no artigo 1210, § 1º, do Código Civil que prescreve: “O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo, os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.”

Percebe-se que, mesmo sendo a autotutela um dos meios mais primitivos de resolução das contendas, de ter tido em certos períodos a sua utilização proibida, salvo raras exceções, subsistiu até os dias atuais mesmo havendo outros métodos menos agressivos de se solucionar a lide. Para Bermudes,

O emprego da força bruta, comum nos grupos primitivos, foi-se metamorfoseando, sofisticando, requintando, através dos tempos, e, se ainda não abandonado de todo, como revela a observação do panorama social, o homem se prevalece de métodos menos ostensivos, mas igualmente eficazes para alcançar os bens do mundo.⁶⁷

Segundo Castillo, apesar de toda a preocupação em proibir e penalizar o emprego da autodefesa, isso não significa a extinção desse instituto. Várias modalidades, como a legítima defesa, o estado de necessidade, e em geral as

⁶⁶ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. p. 12-13.

⁶⁷ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 15.

atitudes que se mostrem necessárias em casos de emergência, irão sempre existir. O que ocorrerá é a adaptação dos mecanismos já existentes e o desenvolvimento de outras formas frente a uma nova realidade.⁶⁸

Naturalmente que, o uso da autotutela como regrado atualmente, não corresponde àquela realidade e ao *modus operandi* das civilizações primitivas. Houve evolução e adequação do instituto aos valores e princípios existentes em cada fase de desenvolvimento da sociedade, para se chegar a essa concepção de proibição, salvo raríssimas exceções que deverão ser devidamente comprovadas em processo posterior.

Mas observando-se ainda a fase primitiva da civilização, quando a autotutela representava a força bruta, é possível verificar que à medida que os homens foram evoluindo em termos de compreensão e passaram a perceber que os bens, pela importância e limitação, pela quantidade e qualidade, não justificavam uma celeuma com riscos a perder tudo, a força bruta deu lugar ao bom senso e à razão, permitindo que se evoluísse para outra forma de solucionar as controvérsias: a autocomposição.

1.2.2 Autocomposição

Apesar de a autotutela ser considerada a primeira e mais primitiva forma de solucionar os conflitos, não foi a única forma de composição em nenhum momento da história humana, pois, pela “índole do homem, por sua natureza racional, a autocomposição sempre existiu, paralelamente à outra. Para ser o animal político de Aristóteles, o homem precisou, também, ser um animal pacífico.”⁶⁹ Tendo assim a autocomposição convivido com a autotutela, no entanto, representando um mecanismo mais evoluído que esta.⁷⁰

⁶⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2000, p. 69. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/41tc.pdf>>. Acesso em: 13 agosto de 2012.

⁶⁹ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 16.

⁷⁰ Ensina Castillo que a autotutela poderia, numa visão mais ampla, ser incluída na autocomposição, e o que diferenciaria uma da outra seriam: a atitude egoísta da autodefesa, e a atitude altruística contida na autocomposição. Enquanto a autodefesa é instintiva a autocomposição é reflexiva.

O termo “autocomposição” formado pelo prefixo *auto* (próprio) e *composição* termo derivado do latim *compositio*, designa acordo, convenção, transação havida entre as partes litigantes, em virtude da qual se põe fim à demanda.⁷¹ Essa terminologia se deve a Carnelutti, que ao tratar dos equivalentes jurisdicionais assim a denominou - autocomposição -, equivalendo a “solução, resolução ou decisão do litígio obtida por obra dos litigantes”.⁷² A autocomposição apresenta três formas⁷³: a renúncia ou desistência, a submissão ou reconhecimento, e a transação. A atitude de pôr fim ao conflito, pode ser unilateral, quando se tratar da renúncia ou da submissão, ou bilateral, no caso da transação

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco,

Além da autotutela, outra solução possível seria, nos sistemas primitivos, a autocomposição (a qual, de resto, perdura residualmente no direito moderno): uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dele. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até os dias de hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.⁷⁴

Da mesma forma que a autotutela, a autocomposição não desapareceu e continua prevista nos ordenamentos jurídicos como meio apto a solucionar conflitos. O que na verdade se obteve de evolução nesse instrumento é que, com o estabelecimento do processo como instrumento de atuação do Estado por meio da monopolização da atividade jurisdicional em momento histórico posterior, a autocomposição passou a ser estudada em dois sentidos: como mecanismo de findar as controvérsias e como mecanismo de pôr fim ao processo, uma vez que, a

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. p. 77 e 31.

⁷¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 188.

⁷² CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. p. 77.

⁷³ Bermudes trata da abdicação como modalidade de autocomposição que seria o abandono ou renúncia da pretensão, ou da resistência. BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 13.

⁷⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 21.

autocomposição pode se dar antes do estabelecimento de um processo judicial ou durante o desenrolar processual.⁷⁵

Segundo Calmon, ocorre a renúncia⁷⁶ “quando o titular da pretensão dela abre mão totalmente, em uma atitude que se pode considerar altruística, sem qualquer tipo de contrapartida dos demais envolvidos no conflito.” Além do mais, como ocorre o “abandono total da pretensão, sem qualquer exigência, prescinde da concordância da parte contrária.”⁷⁷

A renúncia,⁷⁸ enquanto modalidade autocompositiva de resolução de

⁷⁵ Consoante Castillo a autocomposição pode ter lugar antes e depois de ter sido iniciado o processo. No primeiro caso resolve o litígio e evita o estabelecimento do processo e no segundo caso é um modo de concluir o processo sem que se tenha um pronunciamento judicial sobre o litígio. “La autocomposición puede también clasificarse desde el punto de vista de su relación con el proceso. Conforme a este criterio, encontramos junto a una autocomposición *extra-procesal*, que puede transformarse en *pre-procesal*, cuando se discuta más tarde su eficacia en juicio (en cuyo caso su existencia y validez habrán de ser opuestas como excepción por la parte a quien interese invocarla), una *intra-procesal*, que ofrece, a su vez, dos variantes, según que se produzca entre las partes sólo o mediante la intervención favorecedora de la autoridad judicial, y otra *pos-procesal*, cuando se origine después de recaída sentencia firme y afecte a la ejecución de lo juzgado, desde la renuncia total del acreedor ejecutante, hasta concesiones, cambios o acuerdos de menor alcance, y ello, tanto en el área de la ejecución singular, como en el de la colectiva o concursuaria. La autocomposición puede también clasificarse desde el punto de vista de su relación con el proceso. Conforme a este criterio, encontramos junto a una autocomposición *extra-procesal*, que puede transformarse en *pre-procesal*, cuando se discuta más tarde su eficacia en juicio (en cuyo caso su existencia y validez habrán de ser opuestas como excepción por la parte a quien interese invocarla), una *intra-procesal*, que ofrece, a su vez, dos variantes, según que se produzca entre las partes sólo o mediante la intervención favorecedora de la autoridad judicial, y otra *pos-procesal*, cuando se origine después de recaída sentencia firme y afecte a la ejecución de lo juzgado, desde la renuncia total del acreedor ejecutante, hasta concesiones, cambios o acuerdos de menor alcance, y ello, tanto en el área de la ejecución singular, como en el de la colectiva o concursuaria.” CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. p. 72-81.

⁷⁶ Sobre a desistência, adverte Castillo, que não se deve confundir esta com a desistência do direito, pois, se refere à desistência da pretensão. E segundo, não se deve confundir a desistência da pretensão, que é uma forma autocompositiva de resolução de conflitos, com a desistência do processo, ou seja, da instância que não extingue o processo e que permite, quando possível, iniciar, em momento posterior, um novo processo. (CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. p. 83-84)

⁷⁷ CALMON, Petrônio, citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 202.

⁷⁸ Contudo, deve-se aqui fazer a distinção entre a desistência e a renúncia. Enquanto a renúncia “pressupõe uma conduta omissiva, em contemplação de ato ou conduta ainda não praticados”, a desistência “implica neutralizar os efeitos de ato ou conduta já praticados ou mesmo em andamento” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 207. Explica Calmon, “fala-se em renúncia quando se abre mão do direito material e fala-se em desistência quando se refere apenas ao processo em curso.” Nesses dois casos o processo é extinto, porém, a diferença é que na renúncia o processo é extinto com julgamento de mérito, e na desistência a sentença é meramente terminativa, o que

conflitos, exerce, na visão de Mancuso, uma importante tarefa, tanto preventiva como resolutive. Preventivamente, “ao renunciar a certo bem da vida ou situação de vantagem, o agente corta na raiz a possibilidade de formação da lide que, de outro modo, evoluiria para a exacerbação do ambiente conflitivo e, no limite, deflagraria uma ação judicial”. No seu aspecto resolutivo a autocomposição ao tratar de “direitos disponíveis, a parte – o autor, o terceiro interveniente, o réu reconvincente – pode renunciar à sua pretensão, valendo observar que aí, por se estar no plano material, e não apenas processual, tal ato de disposição levará à extinção do processo com resolução do mérito”⁷⁹

Com relação à submissão ou o reconhecimento, entende-se ser o reconhecimento por uma das partes, da pretensão da outra. É “o reconhecimento do direito sobre o qual se funda a ação”, ou seja, aquele que “exercia resistência à pretensão de outrem, altera sua posição na disputa e submete-se ao outro, pondo fim ao conflito”⁸⁰, podendo ocorrer antes ou durante⁸¹ o curso do processo.

Já a transação, ao contrário das duas modalidades até então verificadas, não depende apenas da manifestação de vontade de uma das partes, mas de ambos os pólos. Consiste na resolução do conflito, na qual as partes envolvidas fazem concessões mútuas, no intuito de solucionar a controvérsia. Como salienta Castillo, a transação pressupõe “sacrifícios ou concessões mútuas”, caso apenas um dos litigantes ceda à pretensão, estar-se-á diante da renúncia ou submissão e não da transação.⁸²

permite “iniciar um novo processo com o mesmo objeto” CALMON, Petrônio, citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 208.

⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 207.

⁸⁰ CALMON, Petrônio, citado por MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 213.

⁸¹ “No campo processual, a submissão corresponde ao reconhecimento jurídico do pedido, elemento acelerador do processo, que assim pode ser extinto com resolução do mérito (CPC, art. 269, II), justamente porque a aceitação, não só dos fatos (até aí seria confissão), mas também das consequências jurídicas que deles extrai quem os expôs em Juízo, acaba por consumir a lide, não sobejando espaço para outras perquirições por parte do juiz.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 213-214.

⁸² CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. p. 91.

Na transação, as partes envolvidas no litígio preferem abrir mão de parte de suas respectivas pretensões, por motivos de ordem diversa, mas que permite a satisfação parcial de cada uma delas no conflito. Fazendo valer o jargão “mais vale um mau acordo que uma boa lide”.

Como a autotutela, a autocomposição se manteve presente, mesmo após o estabelecimento de outros mecanismos. Sendo possível encontrar vários dispositivos legais regulamentando seu emprego. Por exemplo, o capítulo XIX do Código Civil, que trata sobre a transação, estabelece no artigo 840 ser “lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

Inclusive o Código de Processo Civil traz em seu artigo 267, VIII, “Extingue-se o processo sem resolução de mérito: ... quando o autor desistir da ação;”. O artigo 269, III e V, “Haverá resolução de mérito: ... quando as partes transigirem; ... quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação.”

No entanto, tratando da evolução dos métodos de resolução de conflitos, assevera Goretti que,

(...) por motivos diversos, o ato de ceder em prol do consenso, tão necessário ao sucesso de toda e qualquer modalidade autocompositiva de condução e de resolução de conflitos (seja ela praticada unilateralmente, como no caso da desistência e da submissão, ou bilateralmente, como exige a transação), nem sempre se fará presente entre os conflitantes, tornando inviável o sucesso de uma autocomposição. Nestes casos, considerados os motivos que restringem a prática da autotutela a situações excepcionais, resta aos conflitantes buscar, na atuação decisória de terceiros imparciais, a solução para conflitos inegociáveis.⁸³

Nesse norte, voltando à sequência histórica do desenvolvimento dos instrumentos de resolução dos conflitos, é possível encontrar que, após a autotutela e a sua evolução para a autocomposição – soluções tidas por parciais -, os indivíduos passaram a perquirir outra forma de solucionar as contendas. No entanto, essa solução não partiria dos próprios litigantes, mas de uma terceira pessoa estranha à lide, que fosse de confiança e que tivesse poderes suficientes para decidir sobre a controvérsia. Nesse momento desenvolveu-se um novo mecanismo, a Arbitragem.

⁸³ GORETTI SANTOS, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos**. p. 34.

1.2.3 Arbitragem

Com o tempo e o aperfeiçoamento das relações, os indivíduos foram percebendo a insuficiência da autotutela e da autocomposição e passaram a buscar por formas de soluções imparciais. Na qual a decisão não se encontraria mais nos próprios litigantes, mas, nas mãos de uma terceira pessoa escolhida pelas partes. Nesse sentido, explica Calamandrei:

A ideia fundamental que se encontra nos mais remotos clarões da civilização, e que constitui o germe de todos os institutos judiciais posteriores, é a seguinte: para alcançar uma solução pacífica do conflito, é necessário subtraí-lo às partes (as quais, por estarem ambas ligadas ao mesmo interesse, seriam incapazes de avaliar serenamente as razões da parte contrária: *nemo iudex in re sua*) e confiar sua decisão a um terceiro, estranho ao conflito, que, por não ter interesse, possa ser imparcial. Nessa ideia de interposição entre as partes e um terceiro, estranho ao conflito, que possa decidir imparcialmente, encontra-se a origem de todos os institutos judiciais.⁸⁴

Contudo, ainda salienta o autor ora citado, que não se deve pensar que o terceiro imparcial nomeado pelas partes para findar a controvérsia seja o juiz representando o Estado como nos moldes organizados atualmente, ou seja, um órgão do “Estado com caráter de juiz público”. Em tal momento histórico, o Estado se “restringe a favorecer e disciplinar o uso da arbitragem, isto é, o uso de submeter a decisão da controvérsia a um particular de comum confiança dos contendores (árbitro), a cuja decisão as partes se obrigam, por contrato, a subordinar-se.”⁸⁵

Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco,

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram a preferir, ao invés da solução parcial dos seus conflitos (parcial= por ato das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoa de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que se resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões

⁸⁴ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, p. 192.

⁸⁵ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, p. 192.

acolhidos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.⁸⁶

A Arbitragem, como a autotutela e a autocomposição, constitui-se em um meio de resolução de controvérsias, porém na Arbitragem as partes conflitantes, de comum acordo, escolhem uma terceira pessoa estranha a lide – o árbitro – para que este decida pela melhor solução do conflito.

Como a Arbitragem será objeto de estudo específico no terceiro capítulo deste trabalho, restringe-se aqui, em apresentar os aspectos gerais do instituto na linha histórica da evolução dos métodos de resolução de conflitos para se chegar até o estabelecimento da resolução dos litígios como função monopolizada pelo Estado.

Uma vez implantada a Arbitragem, as partes poderiam optar por empregá-la para resolver as discórdias ou ainda pautar-se por decisões parciais por meio da autotutela ou da autocomposição. Num primeiro estágio, a Arbitragem era facultativa, ou seja, as partes se utilizavam desse instrumento se assim desejassem. Porém, ao tempo em que os indivíduos começaram a perceber os malefícios, principalmente da autotutela, a Arbitragem deixa de ser facultativa e passa a ser de uso obrigatório pelos contendores. Assim, estabelecido o conflito, obrigatoriamente as partes deveriam fazer uso desse mecanismo.

E é no Direito Romano que ocorre essa modificação. Se historicamente, foi no Direito Romano que surgiu a primeira proibição da autotutela, é coerente pensar que uma vez proibido o uso de um mecanismo outro deveria ser oportunizado às partes para solucionar as lides. Vedada assim, a autotutela, o sistema então implantado consistia numa arbitragem obrigatória, que substituiu a arbitragem facultativa.⁸⁷

Ao mesmo tempo, inicia-se uma progressiva ingerência do Estado nas resoluções dos conflitos, uma vez que, se o emprego da Arbitragem passa de faculdade para obrigação, é por ordem do Estado. E mais tarde, à medida que o

⁸⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 20.

⁸⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 22.

Estado vai se afirmando, consegue “impor-se aos particulares mediante a invasão em sua antes indiscriminada esfera de liberdade”, permitindo, “gradativamente, absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos.”⁸⁸

Possivelmente, no relato de Calamandrei, “nas origens de todas as civilizações, a primeira forma de justiça tenha sido a arbitral”.⁸⁹ E é tida como Justiça Privada justamente para diferenciá-la da Justiça prestada por obra do Estado. Se, lembra o autor, “para se chegar ao Estado constitucional moderno – no qual a administração da justiça é considerada monopólio do Estado e está confiada, de forma exclusiva, a seus órgãos – o caminho da civilização foi longo”⁹⁰, do estabelecimento da Justiça Privada - por meio da Arbitragem - à publicização dessa justiça, o caminho foi curto.

1.2.4 Da Justiça Privada à Justiça Pública

É no Direito Romano que ocorre a publicização da justiça, por isso, faz-se necessário verificar como se dava o desenrolar do processo de resolução de conflitos nesse período. Pois, é ali também, que a Arbitragem deixa de ser empregada como mera faculdade das partes litigantes, e passa a ser, obrigatoriamente, o mecanismo utilizado para decidir o conflito.

A partir de 367 a.C. foi instituída a magistratura romana, e com ela, a criação do cargo de pretor⁹¹, sendo este o principal magistrado encarregado de aplicar o Direito.⁹² Contudo, apesar de uma pequena intervenção, os indivíduos ainda não aceitavam a ingerência do Estado nos negócios particulares⁹³ e o

⁸⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 22.

⁸⁹ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, p. 192.

⁹⁰ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, p. 192.

⁹¹ Os pretores tinham por “incumbência funções relacionadas a administração da justiça. inicialmente, só havia o pretor urbano (*praetor urbanus*), com a atribuição de apreciar os litígios que ocorressem somente entre cidadãos romanos. Posteriormente, visando sanar essa restrição aos estrangeiros, foi criado o cargo de pretor peregrino (*praetor peregrinus*), para decidir as lides entre cidadãos romanos e estrangeiros ou entre estrangeiros entre si.” ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 126.

⁹² OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas: Editora ULBRA, 1998, p. 135.

⁹³ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria**

processo de resolução se dava em dois momentos: um perante o pretor – *in iure*; e outro perante o árbitro – *apud iudicem* ou *in iudicio*.

Primeiramente, na fase *in iure*, atuava um magistrado com poderes de *imperium* e de *iures dictio* (dizer o Direito aplicável ao fato concreto) que tinha o poder de conceder ou não o prosseguimento da ação e organizava o processo até o último momento da fase *in iure*, ou seja, “até a *litis contestatio* (espécie de acordo entre as partes para submeter a lide à fase seguinte)”⁹⁴. Os indivíduos compareciam perante esse magistrado comprometendo-se a cumprir o que disporia a decisão, escolhiam o árbitro que em seguida seria nomeado e encarregado pelo magistrado de decidir o conflito⁹⁵.

Na segunda fase, a *in iudicio* ou *apud iudicem*, ocorria o julgamento, que não seria feito pelo pretor, mas sim, pelo *iudex* (juiz) ou *arbiter* (árbitro). Estes eram pessoas escolhidas pelas partes em comum acordo e nomeados pelo pretor “com poderes para julgar a causa quanto à matéria de fato, apreciando as provas e proferindo a sentença, uma vez que o Direito aplicável havia sido definido pelo pretor na primeira fase”⁹⁶. Assim, como o mérito do conflito, obrigatoriamente, deveria ser decidido pelo árbitro e não pelo magistrado, a Arbitragem, que era facultativa, passou a ser obrigatória.

Relatam Romão, Cavalcanti e Kogan:

Os pretores não julgavam diretamente as causas a eles levadas pelos litigantes. Numa primeira fase, denominada *in iure*, eles recebiam os queixosos, as pessoas envolvidas e declaravam a lei e os princípios de Direito que deveriam ser aplicados (contidos nos *éditos*); em seguida, encaminhavam as partes a um juiz, em regra, escolhido pelos próprios pretores ou pelas partes em comum acordo, dentre os senadores ou pessoas de grande saber. Iniciava-se, então, a segunda fase do processo, denominada *in iudicio*, quando o juiz nomeado decidia a questão conforme a indicação pelo pretor.⁹⁷

geral do processo. p. 22.

⁹⁴ OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. p. 135-136.

⁹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 22.

⁹⁶ OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. p. 136.

⁹⁷ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História**

Até esse período as partes escolhiam os seus julgadores que posteriormente seriam investidos na função pelo pretor, porém, gradativamente, o Estado vai conquistando o seu espaço e no período compreendido entre os séculos II a.C. ao século II d.C. passa ele próprio a escolher e nomear os árbitros.⁹⁸

Essa forma de organização judiciária dividida em duas fases, uma privada e outra pública, eram chamadas, respectivamente, de *ordo iudiciorum privatorum* e *cognitio extraordinaria*, e, com a baixa do Império Romano entre 284 a 565 d.C., sofreriam modificação⁹⁹.

A partir do século III d.C. a ingerência do Estado aumenta e a Arbitragem perde a obrigatoriedade. Explica Oliveira que no Baixo Império a *ordo iudiciorum privatorum*, e os juízes privados os (árbitros), “foram substituídos na *cognitio extraordinaria* por juízes funcionários públicos, instalando-se, a partir daí, a publicização da justiça”¹⁰⁰.

Nas palavras de Calamandrei,

(...) quando o Estado, em vez de limitar-se a impor aos contendores que recorram a árbitros privados, assume diretamente a função plena de garantir o direito, mediante órgãos próprios investidos de autoridade pública. Aos quais os particulares estão obrigados a recorrer para a composição das controvérsias, a jurisdição, como função do Estado, já nasceu.¹⁰¹

O magistrado deixa de nomear ou aceitar a nomeação dos árbitros escolhidos pelas partes e passa, ele próprio, a resolver o mérito dos conflitos. Completando-se assim, o “ciclo histórico da evolução da chamada Justiça Privada, para Justiça Pública”.¹⁰² Além do mais, o Estado já detentor de certo poder, “impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes

do Direito: uma breve viagem do Direito na história. p. 131-132.

⁹⁸ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 22.

⁹⁹ OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. p. 136.

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. p. 136.

¹⁰¹ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I, p. 192 193.

¹⁰² CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 23.

autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses.”¹⁰³

Encerra-se assim, o ciclo evolutivo dos mecanismos utilizados ao longo da história objetivando pôr fim às contendas. Primeiro, estabelece-se a autotutela, posteriormente a autocomposição, em momento seguinte a Arbitragem facultativa que depois passa a ser obrigatória, e por último chega-se à resolução dos conflitos por obra do próprio Estado, que através de uma das suas atividades específicas a Jurisdição, retira das mãos dos indivíduos o poder de autossolucionar suas lides.

No entanto, faz-se necessário salientar,

Essas fases não ocorreram de forma marcadamente destacadas uma da outra de modo que se possa enxergá-las, num olhar voltado para o passado histórico, absolutamente separadas uma das outras. Não houve marcos divisórios nítidos, precisos, entre essas diferentes fases, correspondentes a distintos modos de solução de conflitos admitidos pelas diversas sociedades ocidentais. A história mostra que, em quase todos os momentos, esses diferentes sistemas conviveram uns com os outros, ora com a predominância de um ora com a predominância de outro.¹⁰⁴

Assim, a sequência apresentada não significa que a evolução se deu de forma nítida e linear. Como salienta Cintra, Grinover e Dinamarco a “história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente por retrocessos e estagnações”.

O que se buscou, foi demonstrar a direção e os mecanismos utilizados até se chegar ao Estado como responsável pela solução dos litígios. Mesmo porque, como se viu, os instrumentos desenvolvidos não desapareceram e continuam previstos em nossas legislações, apesar da grande prevalência da atividade jurisdicional estatal, que será estudada a seguir.

¹⁰³ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 23.

¹⁰⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 44.

1.3 MONOPOLIZAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

“A justiça emana do Rei”, e que o Rei institui os juízes, considera o Rei como chefe do Estado, ou seja, como sua personificação; o dogmático pode traduzir com exatidão: ‘a justiça emana do Estado por meio dos juízes que o Estado institui’.”¹⁰⁵

Apesar de os romanos terem inaugurado a justiça pública, na qual a resolução dos conflitos se dá por obra de funcionários públicos investidos na função de julgadores, e não mais por indivíduos nomeados pelas partes, não significa que, neste momento histórico, se tenha consolidado a ideia de que a função de findar as contendas fosse uma prerrogativa inarredável a ser exercida pelo Estado.

As concepções sobre a atividade jurisdicional como prerrogativa do Estado, se formaram muitos séculos depois, juntamente com as teorias que buscaram delinear a formação, as funções e as limitações da atuação estatal.

Por isso, para se chegar às concepções modernas que envolvem a jurisdição, enquanto atividade desempenhada quase que exclusivamente pelo Estado, é importante dar continuidade ao desenvolvimento histórico iniciado no subtítulo anterior. Porém, antes adentra-se especificamente no processo evolutivo da sociedade que permitirá visualizar o desenvolvimento do Estado e consequentemente as ideias que permeiam a função jurisdicional. É pertinente que se faça uma breve explanação sobre os aspectos conceituais que envolvem a categoria “jurisdição”.

1.3.1 Jurisdição – aspectos preliminares

O termo “jurisdição” é derivado do latim *jurisdictio*, formado por duas partículas: *juris* que significa direito e *dictio* referente ao ato de dizer. *Jurisdictio*: o ato de dizer o direito.¹⁰⁶ Nas palavras de Bermudes, a jurisdição consiste na sua essência em “dizer o direito, no sentido de identificar a norma de direito objetivo preexistente (ou de elaborá-la, se inexistente) e de fazê-la atuar numa determinada

¹⁰⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. v. II. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004. p. 312.

¹⁰⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 466.

situação.”¹⁰⁷

Explica Oliveira, que dentre os magistrados romanos, o de maior importância era o pretor¹⁰⁸, pois além do poder de *imperium* (poder de prescrever atos aos administrados), a este cabia a “*iurisdictio* (jurisdição), de *ius* (direito) + *dicere* (dizer) significando: poder de dizer o Direito aplicável aos casos concretos. Tal termo nos legou a expressão ‘jurisdição’”¹⁰⁹.

Porém, o poder de dizer o direito se tornou restrito aos pretores com o advento da magistratura romana. Mesmo na fase da Arbitragem obrigatória quando a resolução dos conflitos se dava em dois momentos, um perante o pretor e outro perante o árbitro, o poder de estabelecer o direito a ser aplicado para solucionar a lide já era do pretor, cabia apenas ao árbitro aplicar o estabelecido.

Percebe-se que o poder de ditar o direito capaz de proporcionar uma coerente solução da controvérsia, esteve, desde o Direito Romano, diretamente relacionado com o poder atribuído aos funcionários públicos romanos. Ou seja, a jurisdição é proveniente do Estado, que a exerce por meio de seus representantes, pois a função de ditar o direito é prerrogativa de seus funcionários.

Nessa linha, segundo Barroso, “a jurisdição caracteriza um poder, uma forma de substituição da ação dos litigantes pela atividade de órgão do Estado alheio ao conflito, pessoa esta que não mantém qualquer interesse no litígio”,

¹⁰⁷ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p 17.

¹⁰⁸ Na Época Republicana do Império Romano de 510 a 27 a.C., a organização político-administrativa era constituída pela magistratura, senado e assembleias do povo. “A magistratura era o órgão estatal revestido de grandes poderes, cabendo-lhe cuidar de todos os assuntos de interesse da República. Cumpre esclarecer que magistrado aqui era todo aquele que exercia alguma função administrativa, dentre as quais, também, e algumas vezes, a de julgar litígios” que era de incumbência dos pretores. Por isso, entre os magistrado, (cônsules, pretores, censores, edis e questores) “destaca-se a figura do pretor, cuja atribuição estava relacionada à administração da justiça. Como magistrado, o pretor tinha um amplo poder de mando, denominado *imperium*, e valeu-se dele, especialmente a partir do século II a. C., para introduzir reformas que se faziam necessárias para completar ou corrigir as regras antigas”. ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 125 e 135.

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. p. 31.

possibilitando assim, manifestar a vontade da lei de forma imparcial.¹¹⁰

É possível encontrar infindáveis definições sobre a categoria jurisdição, todas relacionadas em ser a atividade jurisdicional uma função, dever, ou poder do Estado. Algumas serão verificadas juntamente com o breve estudo do processo evolutivo da formação da ideia de Estado, já que, a princípio, não se tem como desvincular jurisdição do Estado, e, uma concepção contemporânea será abordada no último capítulo.

1.3.2 Aspectos históricos e a formação do Estado Moderno

Consoante Ristow, a jurisdição “encontra-se filiada umbilicalmente ao desenvolvimento do processo evolutivo do Estado.”¹¹¹ E por isso, a pertinência de se averiguar esse caminhar histórico da formação do Estado para se compreender a monopolização da atividade jurisdicional.

Dando continuidade ao desenvolvimento histórico ocorrido após a publicização da justiça no Império Romano, que segundo Calamandrei proporcionou o nascimento da jurisdição, ver-se-á que o grande avanço promovido pelos romanos será desconsiderado nos períodos seguintes. Se os romanos proporcionaram o nascimento da jurisdição o seu crescimento e amadurecimento foi retardado por muitos séculos até que se chegassem às noções atuais.

O Império Romano foi o último dos grandes impérios da Antiguidade, apesar de ter criado um sistema de regras que formou um notável monumento jurídico, as invasões de outros povos provocaram a queda desse império¹¹² e o

¹¹⁰ BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007, p. 51.

¹¹¹ RISTOW, Edson. **Ética**: função jurisdicional, *due process of Law* e o princípio da razoabilidade. Itajaí: S&T Editores, 2007. p. 19.

¹¹² A queda do seu império foi estabelecida em dois períodos: o primeiro em 476 d.C com a queda do Império Romano do Ocidente (que marca o fim da Idade Antiga e o início da Idade Média); e, segundo, em 1453 d.C. com a tomada de Constantinopla que representa historicamente a queda do Império Romano do Oriente (que sinaliza o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna). ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 161.

enfraquecimento de seu sistema jurídico.¹¹³

Algumas características desse período, como as invasões bárbaras que levaram ao rompimento do Império Romano, o cristianismo e o feudalismo contribuíram para a formação do pensamento jurídico e do Estado moderno.¹¹⁴

Como os povos invasores traziam consigo os seus costumes e suas leis, pouco a pouco foram enfraquecendo o sistema até então desenvolvido pelos romanos. Explicam Romão, Cavalcanti e Kogan, nas regiões invadidas estabeleceu-se um “sistema de personalidade das leis”¹¹⁵, na qual “cada grupo étnico conservou sua própria lei e os seus costumes”.¹¹⁶

A presença dos germanos no Império Romano do Ocidente mostra que o seu sistema jurídico, de caráter costumeiro, não se impôs em sentido unitário. Vale dizer, embora prevalecendo o princípio da personalidade das leis (onde quer que se encontrasse, o indivíduo era regido pela lei do país de sua nacionalidade), pôde o Direito romano vigorar ao lado do Direito dos invasores. E isso se explica pelas seguintes razões: possuíam os invasores uma concepção diferente da dos romanos, ou seja, o Direito fazia parte da sua personalidade e acompanhava-o onde quer que fosse, sem que se modificasse na sua essência sem que se pudesse abandoná-lo.¹¹⁷

¹¹³ O declínio do Império Romano iniciou com a entrada de novos povos no seu território. Nas palavras de Lopes, o período das invasões e assentamentos dos povos bárbaros dentro das fronteiras do Império Romano, foi um período de crise social, econômica, política. “Houve uma barbarização crescente e cotidiana, não apenas pelo número de povos que ocuparam o território”, mas também, “pelo abandono do padrão clássico de vida civil”, pois muitos romanos passaram para o lado dos bárbaros. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50.

¹¹⁴ Para Wolkmer, a combinação de alguns fatores advindos da Alta Idade Média, “como o Direito romano, o Direito canônico, as práticas consuetudinárias germânica e mercantil, bem como a doutrina filosófica do direito natural, contribuiu para a formação do pensamento jurídico moderno.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 106.

¹¹⁵ É pertinente estabelecer a diferença entre o princípio da personalidade e o princípio da territorialidade das leis: “a) prevalece o princípio da personalidade quando duas populações com sistemas jurídicos diferentes habitam o mesmo território, e o vencedor deixa que o vencido viva segundo o seu próprio Direito e aplica o seu Direito aos seus próprios cidadãos originários; b) no princípio da territorialidade, o vencedor impõe ao vencido o seu Direito, sendo o mesmo Direito aplicado a todos os habitantes, qualquer que seja a origem.” ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 150.

¹¹⁶ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 149.

¹¹⁷ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História**

Como o sistema romano era territorial, ou seja, aplicavam-se as leis aos que conviviam em seu território, mesmo após as invasões, os romanos permaneceram sob a égide do seu próprio sistema jurídico que gradativamente foi desaparecendo. Assim, havia num mesmo território vários grupos convivendo, contudo cada um era regido segundo suas próprias regras e costumes.¹¹⁸

Nesse sistema misto, o problema que aparece é saber quem viverá de acordo com que lei, já que um sistema não superou o outro. Segundo Lopes esse é um período de regressão no gosto pelas coisas belas da civilização, no quantitativo populacional em virtude das guerras e doenças, enfim “é um tempo de violência, em que aquela segurança garantida pela *pax romana* havia desaparecido”¹¹⁹.

Essa fase é conhecida como a Idade das Trevas, pois, independentemente dos acontecimentos culturais e sociais que ocorreram, a sociedade voltou a um estado primitivo; o reinado do Direito havia cessado. Tanto entre os particulares como entre grupos sociais os litígios eram resolvidos pela lei do mais forte ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Mais importante do que o direito era a arbitragem, que visava menos conceder a cada um o que lhe pertencesse, segundo a justiça, do que a manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz.¹²⁰

As penas aplicadas pelos reis bárbaros eram as mais cruéis: “cortavam-se as mãos, pés, narizes, mutilavam-se os rostos com ferros em brasa, arrancavam-se olhos, espetavam-se as mãos com paus, metiam-se espetos e espinhos debaixo das unhas”¹²¹, um retrocesso bastante significativo se comparado com o sistema desenvolvido pelos romanos.

Outra característica marcante do período medieval é o cristianismo. A queda do Império Romano não significou o fim da Igreja, que passou a desempenhar

do Direito: uma breve viagem do Direito na história. p. 148-150.

¹¹⁸ Essa simultaneidade dos dois sistemas “deveu-se à grande diferença entre o nível de evolução do Direito romano” e dos povos invasores que não conseguiram “impor o seu sistema aos romanos e acabaram por encontrar no Direito Público romano um reforço considerável à sua autoridade.” ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito:** uma breve viagem do Direito na história. p.150.

¹¹⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. p. 54-53.

¹²⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito:** uma breve viagem do Direito na história. p. 153.

¹²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história:** lições introdutórias. p. 53.

um papel importantíssimo na regulação e pacificação dos povos invasores¹²².

Conforme Lopes, para se compreender a importância da Igreja neste período, é necessário destacar duas características da sociedade na época: a primeira refere-se ao “vazio político, ou incompletude política, da civilização medieval”; e a segunda, ao surgimento das instituições eclesiásticas.¹²³

Para Wolkmer, a consolidação do cristianismo como uma doutrina hegemônica, esteve entre os fatos históricos mais relevantes nos primórdios da Europa Medieval, pois influenciou a “dinâmica da sociedade, os valores culturais e as formas de exercício dos poderes políticos”¹²⁴ numa época de poderes descentralizados em múltiplas esferas sociais.

A Igreja, com a pretensão de se tornar universal, buscou igualar o direito e regular a obediência e os deveres dos cidadãos com base num poder originado da divindade. Esse poder constituído, que provém de Deus, é o que dará legitimidade aos governantes, cabendo ao povo apenas obedecer e subordinar-se às decisões tomadas pelas autoridades.¹²⁵

¹²² CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63. A Igreja desempenhou um importante papel na pacificação, “teve o bom senso de entender que não era possível chegar a esses guerreiros e dizer: ‘Vocês todos agora têm de ser mansos como cordeiro e têm de oferecer a outra face quando forem esbofeteados, porque senão vocês não serão da religião cristã’. Evidentemente, isso não seria aceito pelos germanos, habituados a uma outra concepção, em que a honra era muito importante; até exageravam nisso, e para eles, utilizar a força nem sempre era injusto. O que fez a Igreja no início da Idade Média foi admitir a existência de uma força justa, de uma guerra justa, de um instrumento bélico que estivesse de acordo com os seus desejos. (...) Era preciso temperar um pouco a sua agressividade com ensinamentos evangélicos de bondade, fraternidade, e, ao mesmo tempo, canalizar sua violência natural e atávica para um sentido bom, construtivo, a fim de não se transformar em força negativa dentro da sociedade.” CICCIO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 66.

¹²³ “(...) ‘entendendo-se por incompletude a falta de qualquer vocação totalizante do poder político, sua incapacidade de pôr-se como fato global e absorvente de todas as manifestações sociais, sua realização no processo histórico medieval cobrindo apenas certas zonas das relações intersubjetivas e consentindo em outras – amplíssimas – a possibilidade de ingerência de poderes concorrentes’. Nestes espaços não ocupados pelo Estado achamos os costumes locais, os poderes senhoriais, as regras eclesiásticas.” LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. p. 57.

¹²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 37-38.

¹²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 42. Não obstante esta forma de legitimação do poder, um aspecto importante do cristianismo foi alterar as concepções humanas, ou seja, enquanto na Antiguidade o homem era valorizado por suas “posses” e “feitos heróicos”, a Igreja busca inserir que o “bem

O regime feudal¹²⁶ também teve grande relevância na época medieval.

Segundo Dallari,

Para que se compreenda a organização feudal é preciso ter em conta que as invasões e as guerras internas tornaram difícil o desenvolvimento do comércio. Em consequência, valoriza-se enormemente a posse da terra, de onde todos, ricos ou pobres, poderosos ou não, deverão tirar os meios de subsistência. Assim, pois, toda a vida social passa a depender da propriedade ou da posse da terra, desenvolvendo-se um sistema administrativo e uma organização militar estreitamente ligados à situação patrimonial.¹²⁷

Com relação ao Direito, entre os séculos VIII e IX, ocorre o desaparecimento dos últimos vestígios do Direito Romano e com isso acaba a confusão de leis existentes no período das invasões bárbaras. Passa-se a não mais se admitir que num mesmo grupo familiar cada indivíduo possa ser regido por leis diferentes. O Direito agora se restringe às relações entre os senhores feudais e seus vassallos, e passa a basear-se no costume local de cada feudo. “Cada coletividade humana, fixada ao solo do seu domínio ou da sua aldeia, vivia segundo suas tradições jurídicas próprias.”¹²⁸

Entre os séculos X e XI o Direito Canônico¹²⁹ é o único escrito, porém

maior não é o Estado, mas o homem dentro da sociedade”, dando maior importância a dignidade humana, pregando a igualdade de relações entre os homens, não apenas por serem estes iguais, mas sim, por serem todos irmãos e filhos do mesmo pai – Deus. Para Wolkmer, essa “edificação de uma concepção transcendental de dignidade humana”, preparou a “trajetória gradual para o surgimento ‘das modernas declarações de direitos’.” WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 38-39.

¹²⁶ O feudalismo é caracterizado com base na propriedade ou posse da terra. Os chamados feudos referiam-se a concessão pelo proprietário, da posse e uso da terra a outro senhor sob certas condições¹²⁶. Escrevem Romão, Cavalcanti e Kogan que o “sistema feudal era como uma verdadeira religião da terra.” No feudalismo, os títulos de propriedade e posse concedidos estruturavam as classes sociais e serviam de fonte de poder. O sistema feudal fundiu as diversas tribos e criou uma nação composta de servos e vassallos. ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 157. Para Lopes, “A sociedade medieval, em que o sistema feudal vigora para as relações de detenção da terra, é uma sociedade de ordens e estamentos. Seu direito é um direito de ordens: os homens dividem-se em *oratores*, *bellatores*, *laboratores*, isto é, aqueles que oram (clérigos), aqueles que lutam (cavaleiros e senhores) e aqueles que trabalham (servos).” LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. p. 59.

¹²⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 69.

¹²⁸ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 156.

¹²⁹ Para Lopes, o “direito canônico tem uma importância enorme na história do direito tanto na esfera das instituições, quanto na da cultura jurídica. na esfera das instituições, especialmente no

regulava apenas algumas matérias, restringindo-se às questões eclesiásticas e a algumas relações civis, como o casamento. Não há indícios de outros escritos jurídicos, livros ou documentos similares. Isso deve-se ao fato de que, exceto os eclesiásticos, quase ninguém sabia ler e escrever. Os contratos regulando os direitos sobre as terras eram inúmeros, todavia raramente eram escritos.¹³⁰

Em termos de organização do poder, tem-se que não havia um poder único e soberano, capaz de impor-se e comandar todo um reino. O poder era compartilhado entre os imperadores, clérigo e a nobreza. Ensina Lopez que:

A disputa entre o papa e imperador, ou entre clero e nobreza, tem como resultado a impossibilidade fática de qualquer poder secular ou eclesiástico impor-se hegemonicamente ou de modo incontrastável aos outros: nunca um deles isoladamente foi capaz de submeter toda a cristandade. A própria fraqueza econômica, militar e política impedia o surgimento de um único senhor, e os localismos, a autarquização econômica da vida evitaram alguém cujo poderio fosse incontrastável em extensão e duração.¹³¹

Além do mais, segundo Wolkmer, no findar da Idade Média inicia-se um processo de “crise e de ruptura” do feudalismo que levará a “profundas transformações na vida produtiva, substituindo a economia agrícola de servidão e de subsistência pela atividade mercantil, financeira e lucrativa.” Permitindo o surgimento de um novo seguimento social que irá se distanciar do clero e da nobreza e pleiteará mais tarde uma parcela de poder e prestígio.¹³²

Esses três fatores: as invasões bárbaras, o cristianismo e o feudalismo, caracterizam, para os adeptos de uma teoria do Estado mais ampla, o Estado Medieval, em que o poder superior é exercido pelo imperador, porém não o exercendo sozinho, mas compartilhando-o com outros estamentos sociais.

processo e no conceito de jurisdição. é dele que parte a reorganização completa da vida jurídica europeia, e as cortes, tribunais e jurisdições leigas, civis, seculares, principescas, serão mais cedo ou mais tarde influenciadas pelo direito canônico.” LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. p. 68.

¹³⁰ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 156.

¹³¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. p. 59.

¹³² WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas: da antiguidade clássica à modernidade**. p. 102.

O Estado Medieval, na visão de Dallari, representa:

(...) um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios. Esse quadro, como é fácil de compreender, era causa e consequência de uma permanente instabilidade política, econômica e social, gerando uma intensa necessidade de ordem e de autoridade, que seria o germe de criação do Estado Moderno.¹³³

Frente a essa instabilidade, a partir do século XI e XII, renasce a ideia de que somente o Direito poderia garantir a ordem e a segurança necessárias ao desenvolvimento social. Filósofos e juristas pregavam que as relações sociais deveriam se basear no Direito e que era necessário pôr um fim ao regime de “anarquia e de arbítrio” que há séculos reinava. Mas, ao mesmo tempo, exigiam um direito justo que a própria razão pudesse explicar sem apelo à divindade.

É nesse contexto que, progressivamente, buscou-se recuperar e estudar os textos jurídicos antigos, fazendo com que ressurgisse o interesse pelo sistema jurídico desenvolvido pelos romanos¹³⁴ e que muito veio influenciar as legislações e Códigos posteriores. Através do estudo acerca do Direito romano, reascendeu-se a ideia deles advinda, e por séculos adormecida, de que o “Direito é o próprio fundamento da ordem civil”¹³⁵.

Assim, as características e deficiências da sociedade medieval serviriam de motor à formação da nova estrutura social que se estabeleceria a partir dos séculos seguintes. Um governo unitário, soberano, delimitado territorialmente, com

¹³³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 70.

¹³⁴ “O renascimento dos estudos do Direito romano teve por consequência restabelecer na Europa o sentimento do Direito, da sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e permitir o progresso da sociedade. Esse sentimento não mais existia. Havia-se perdido na Europa após a decadência do Império Romano. As universidades valorizaram a missão do Direito; sublinhara a função insubstituível que ele deve desempenhar na sociedade.” ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 160.

¹³⁵ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito: uma breve viagem do Direito na história**. p. 160.

um poder superior e uníssonos como o mais alto dentro do sistema, e que deveria ser obedecido por todos.¹³⁶

A partir do século XIV, inicia-se um novo processo que, gradativamente, iria organizar a sociedade da época e faria surgir as ideias de formação do Estado como poder centralizado. Se por um lado ocorre o aumento do poder real proporcionando a formação de monarquias absolutistas, por outro lado, ocorre o enfraquecimento do papado. E, a emergência de novos pensamentos filosóficos acabaria por influenciar transformações não apenas na esfera política, mas também na econômica, social, científica e religiosa.¹³⁷

Por isso, é possível encontrar várias teorias buscando explicar e justificar a formação do Estado. Para algumas teorias, somente deve-se utilizar o termo Estado para referir-se às aquelas “formações políticas nascidas da crise medieval, e não para os ordenamentos precedentes”¹³⁸. Para outras, o Estado sempre existiu só que em cada época estruturado de forma diferenciada. Segundo Bobbio,

Sejam quais forem os argumentos pró ou contra a continuidade de uma organização política da sociedade, a questão de saber se o estado sempre existiu ou se pode falar de estado apenas a partir de uma certa época é uma questão cuja solução depende unicamente da definição de Estado da qual se parta: se de uma definição mais ampla ou mais estreita. A escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade.¹³⁹

Além desse aspecto, outras teorias distinguem-se quanto à formação originária do Estado, subdividindo-se em: as teorias que afirmam a formação natural ou espontânea, ou seja, o Estado foi se constituindo naturalmente¹⁴⁰ e não por determinação; e outras defendem a formação Estatal através de um contrato. Para

¹³⁶ Consoante Streck e Moraes, se verificadas as características da organização estatal medieval, ver-se-á a ausência de Estado centralizado, justamente pela “fragmentação dos poderes entre os reinos, feudos”, e o papado. A estrutura de um Estado enquanto poder centralizado e institucionalizado é pós-medieval. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 26.

¹³⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 100.

¹³⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 68.

¹³⁹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 69.

¹⁴⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 54.

os contratualistas “a origem do Estado e o fundamento do poder político” se dá “a partir de um acordo de vontades, tácito ou expresso, que ponha fim ao estágio pré-político (estado de natureza) e dê início à sociedade política (estado civil).”¹⁴¹ Outras ainda, defendem a formação derivada que seria a formação de novos Estados a partir de outros já existentes.¹⁴²

Sendo várias as teorias, pois não se resumem às citadas acima, e como não é objetivo deste trabalho estudá-las individualmente, mas traçar uma linha evolutiva que permita verificar o momento da ascensão do Estado como ente detentor de um poder supremo e inquestionável, e a subdivisão deste poder naquele que o torna responsável, inescusável pela prestação jurisdicional, segue-se, de forma sucinta e simplificada, a teoria contratual nos termos elaborados por Thomas Hobbes sobre a formação do Estado, uma vez que bem se adequa ao desenvolvimento do tema proposto neste subitem.

Como visto, a Idade Média com seus vários pólos de poder que impossibilitaram uma organização política, social e jurídica hegemônica, e o descontentamento populacional frente ao caos instaurado geraram um grau de instabilidade que precisava ser resolvido. Esse estado de instabilidade é o que Hobbes chamou de “Estado de Natureza”, na qual os indivíduos se encontram num estado de guerra permanente¹⁴³.

Não aguentando mais tal estado de insegurança, os indivíduos de comum acordo resolvem firmar um pacto, chamado de “Pacto de União”, em que todos renunciam a seus direitos em prol de um ente (homem artificial), que tem o poder de organizar e garantir a vida e a segurança de todos. Esse pacto, uma vez firmado, retira os indivíduos do “Estado de Natureza” e os coloca no “Estado Civil”, o único capaz de garantir a paz.

Sinteticamente: a razão vem em socorro do homem, sugerindo-lhe os vários caminhos para alcançar um estado de paz; mas nenhum

¹⁴¹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. p. 29.

¹⁴² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 53.

¹⁴³ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991. p. 40.

desse caminhos pode ser percorrido enquanto o homem viver em estado de natureza, ou seja, num estado onde a insegurança geral desaconselha cada um agir racionalmente. Então, a condição preliminar para obter a paz é o acordo de todos para sair do estado de natureza e para instituir uma situação tal que permita a cada um seguir os ditames da razão, com a segurança de que os outros farão o mesmo. Para que os homens vivam em paz, não basta apenas a razão: se bastasse, não haveria necessidade do Estado, ou seja, das leis civis (as leis naturais seriam suficientes). É necessário que os homens concordem em instituir um estado que torne possível uma vida segundo a razão. Esse acordo é um ato de vontade. Nesse sentido, o Estado não é um fato natural, mas um produto da vontade humana: é o homem artificial.¹⁴⁴

O poder transferido e conferido a esse homem artificial – o Estado – tinha algumas peculiaridades: irrevogável, por não haver possibilidade de rescisão do pacto, não há como revogar o poder conferido; absoluto, “quem o detém pode exercê-lo sem limites exteriores”¹⁴⁵; indivisível, o poder soberano deve ser “atribuído a uma única pessoa (não importa se um homem ou uma assembleia)”¹⁴⁶.

Logicamente essa é uma teoria dentre outras, que busca descrever a formação e as características do Estado e de seu poder. De fato, a formação do Estado se deu pela maturação das ideias filosóficas e sociais, pelas idas e vindas dos acontecimentos políticos, econômicos, culturais e científicos que propiciavam e exigiam mudanças para a sociedade na época.

O que se tem, ao contrário do período medieval em que havia inúmeros centros de poder dentro de um mesmo território, é a centralização do poder nas mãos de um único ente, o qual se convencionou chamar de “Estado”¹⁴⁷, que

¹⁴⁴ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. p. 40.

¹⁴⁵ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. p. 46.

¹⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. p. 51.

¹⁴⁷ Segundo Dallari, “A denominação Estado (do latim *status* = estar firme), significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política, aparece pela primeira vez em ‘O Príncipe’ de Maquiavel, escrito em 1513, passando a ser usada pelos italianos sempre ligada ao nome de uma cidade independente”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 51. Segundo Bobbio, é “fora de discussão que a palavra ‘Estado’ se impôs através da difusão e pelo prestígio do Príncipe de Maquiavel. A obra começa, como se sabe, com estas palavras: ‘Todos os estados, todos os domínios que imperaram e imperaram sobre os homens, foram e são ou repúblicas ou principados’ (...). (...) Certo, com o autor do Príncipe o termo ‘Estado’ vai pouco a pouco substituindo, embora através de um longo percurso, os termos tradicionais com que fora designada até então a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território em virtude de um poder de comando: *civitas*, que traduzia o grego *pólis*, e *res publica* com o qual os escritores romanos designavam o conjunto das instituições políticas de Roma” (...). BOBBIO,

concentrou todas as funções administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Porém essas funções não pertenciam a poderes distintos como nos moldes atuais, cada um exercendo sua função de forma harmônica e independente. Na primeira fase da Idade Moderna, todas as funções estatais passaram a pertencer aos monarcas. Consoante Streck e Moraes, a construção de uma nova estrutura estatal, amparada nas ideias de um poder soberano, leva à “concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas, o que vai originar as chamadas *monarquias absolutistas*”, sendo estas a primeira expressão do Estado Moderno.¹⁴⁸

A soberania de início é a monarquia, e a monarquia, o Estado, a saber, uma certa massa de poderes concentrados, que não lograram todavia inaugurar ainda a fase de impessoalidade, caracterizadora do moderno poder político em suas bases institucionais. Tal fase só se vem a alcançar, na parte continental da Europa, com as doutrinas e as revoluções donde surgem subsequentemente o chamado Estado de direito. A soberania se faz dogma. A autoridade do monarca esplende. O Estado moderno se converte em realidade. Mas a sociedade se acha longe de todo o repouso. O poder absoluto unificara em termos políticos a nova sociedade, dando fulminante réplica à antiga dispersão medieva.¹⁴⁹

Dessa forma, os reis se tornaram os detentores dos Estados “titularizando individualmente a propriedade do Estado”. Proporcionando a união dos feudos e garantindo a unidade territorial dos reinos, estabeleceu-se aí um dos elementos fundamentais do Estado: o território.¹⁵⁰ Para Bobbio,

A formação do Estado absoluto ocorre através de um duplo processo paralelo de concentração e de centralização do poder num determinado território. Por concentração, entende-se aquele processo pelo qual poderes através dos quais se exerce a soberania – o poder de ditar leis válidas para toda coletividade (a tal ponto que os costumes são considerados direito, válido apenas na medida em que, por uma ficção jurídica, presumem-se acolhidos ou tolerados pelo rei que não os cancelou expressamente), o poder jurisdicional, o poder de usar a força no interior e no exterior com exclusividade, enfim o poder de impor tributos, - são atribuídos de direito ao soberano pelos legistas e exercido de fato pelo rei e pelos funcionários dele diretamente dependentes. Por centralização,

Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 65-66.

¹⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. p. 45.

¹⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 145.

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. p. 45.

entende-se o processo de eliminação ou de exaustoração de ordenamentos jurídicos inferiores, como as cidades, as corporações as sociedades particulares, que apenas sobrevivem não mais como ordenamentos originários e autônomos, mas como ordenamentos derivados de uma autorização ou da tolerância do poder central.¹⁵¹

Explica Calamandrei que no Estado Moderno “quanto mais se estende e se intensifica o controle da autonomia pública sobre a vida dos indivíduos” restringe-se “igualmente o campo deixado à autonomia privada”, fazendo com que, gradativamente, a observação do direito emanado do soberano se converta, dentro da jurisdição, “na finalidade dominante”.¹⁵²

Assim, num primeiro momento, o Estado Moderno, ao concentrar e centralizar o poder, passa a regradar e regular a vida dos indivíduos dentro do seu território, de modo que estes deviam total obediência aos comandos emanados do seu monarca. A forma de solucionar os conflitos também sofre modificações. Diferentemente do período medieval em que não havia uma autoridade específica responsável para pôr fim às contendas – cada feudo possuía a sua forma de solucionar os conflitos de acordo com os costumes e regras estipulados pelos senhores feudais, além da intervenção da igreja, e demais formas previstas pelos imperadores – no Estado Moderno a responsabilidade de solucionar os conflitos não pertence mais aos indivíduos, mas se transforma numa prerrogativa do Estado a ser exercida por seu soberano como um supremo juiz, uma vez que todas as funções (administrativas, legislativas e judiciais) se encontravam reunidas nas mãos do monarca.

Ensinam Romão, Cavalcanti e Kogan que os reis da Inglaterra conseguiram desde o século XII, muito antes do que os reis franceses, impor sua autoridade sobre o território dos seus reinos. Os reis ingleses conseguiram “desenvolver a competência das suas próprias jurisdições com prejuízo das jurisdições senhoriais e locais, que perderam, nos séculos XII e XIII, a maior parte das suas atribuições.” Inicialmente cabia ao rei julgar, porém gradativamente foram se instaurando tribunais especializados em certas matérias e com isso as lides não

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. p. 115.

¹⁵² CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I. p. 155.

eram mais julgadas diretamente pelo rei, mas por seus mandatários.¹⁵³

No entanto, não apenas com monarquias absolutistas conviveu o Estado Moderno. Na verdade, segundo Saldanha, o Estado Moderno pode ser visto em três estágios:

No primeiro estágio (que, contudo já constituía uma 'contradição' em face da ordem medieval), o poder concentra-se e afirma-se por cima das instâncias que anteriormente teriam podido controlá-lo, como os parlamentos por exemplo. No segundo, ele nega a concentração, divide-se em 'poderes' e submete-se a uma regulamentação jurídica escrita, que inclusive o faz conviver com os direitos inatos dos súditos. No terceiro ele retoma a tendência de concentrar-se, nega a limitação social que o impedia de interferir na vida concreta dos súditos, e submete a vida destes a uma série cerrada de programações e regulamentações.¹⁵⁴

Aqui, para o objetivo proposto neste estudo, será verificado até o segundo estágio, ou seja, até a divisão dos poderes, resultante do movimento instalado a partir do século XVIII e que irá consolidar a jurisdição como prerrogativa estatal. Novas ideias surgem nesse período e uma classe até então em ascensão, a burguesia, se consolida e não se contenta mais com os mandos e desmandos dos monarcas e suas interferências nos negócios, questionando a absolutização do poder, a falta de liberdade e pleiteia a participação no poder político.

A ordem econômica da burguesia se implanta no Ocidente e os reis conferem-lhe toda sorte de proteção. O mercantilismo como política econômica do século corre paralelo à idade de apogeu da monarquia absoluta. Com a prática mercantilista, os monarcas fazem o primeiro intervencionismo estatal dos tempos modernos: subsidiam empresas e companhias de navegação, fomentam o comércio e a indústria, amparam a classe empresarial, robustecem o patronato, conhecem o capital, mas ignoram ainda o trabalho, fazem a legislação industrial do empresário burguês, e nem de leve suspeitam que o Estado contraia ao mesmo passo a suprema dívida de fazer um dia também a legislação social do proletariado que vai despontar, ajudam enfim o privilegio econômico da burguesia a crescer e prosperar, até aos dias em que se volve ele, arrogante, contra a decrepitude política da velha realeza.¹⁵⁵

¹⁵³ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 170.

¹⁵⁴ SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 54.

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 145.

A exigência de um poder absoluto e concentrador para que se pudesse organizar a sociedade e garantir a paz, que se mostrou necessário no fim do medievo, não se adequava mais à nova realidade. As necessidades sociais, políticas e econômicas eram outras. Ocorreram mudanças na sociedade, entretanto, a monarquia “permanecera em seu caráter habitual de poder cerrado, poder pessoal, poder absoluto da coroa governante”, que tão somente serviam aos “abusos pessoais da autoridade monolítica do rei.”¹⁵⁶

A burguesia fortalecida economicamente não precisava mais da proteção dos reis. E o intervencionismo por eles promovido, que inicialmente se mostrou uma necessidade para organizar a sociedade, não se fazia mais necessário, além de servir de empecilho à expansão burguesa. Com isso, segundo Bonavides, vários pressupostos foram se formando com o intuito de modificar a estrutura do Estado Moderno que se encontrava, de forma “retrógrada”, assentado na concepção de “um rei que se confundia com o Estado” no exercício de um poder absoluto. Pleiteava-se agora, um “ordenamento político impessoal, concebido segundo as doutrinas de limitação do poder, mediante as formas liberais de contenção da autoridade e as garantias jurídicas da iniciativa econômica.”¹⁵⁷

Dessa forma, na virada do século XVIII, a burguesia não mais se contentando em ter o poder econômico, busca também participar do poder político - que até então fazia parte dos privilégios da aristocracia -, “legitimando-a como poder legal-racional, sustentado em uma estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.”¹⁵⁸

Assim é conhecido o século XVIII, em que a Europa foi o centro da cultura, das artes, das letras, da filosofia. Numerosos são os pensamentos e escritores deste século, cuja influência foi considerável sobre os fatos e o pensamento tanto político como jurídico dos séculos XIX e XX. As ideias de soberania da nação, isto é, soberania do povo, de separação dos poderes, da preponderância da lei, da legalidade e das penas, de direitos do homem, direitos naturais e subjetivos inalienáveis, tomou corpo no século XVIII;

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 145-146.

¹⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 146.

¹⁵⁸ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. p. 51.

expressão do liberalismo nascente, essas ideias dominaram desde então a concepção do Direito e do Estado.¹⁵⁹

Para alcançar essa pretensão de participação política, a burguesia teria que combater a tese de absolutização, indivisibilidade e ilimitabilidade do poder soberano, tão defendida por Hobbes no início da formação do Estado Moderno. Que entendia dever ser o poder indivisível, uma vez que, se o poder de elaborar as leis for conferido a uma assembleia, o de julgar a outra, e a função de executar as tarefas a uma terceira, e todas estiverem de acordo, o poder delas é “tão absoluto quanto o de uma única pessoa”, porém se não estiverem “o Estado não é mais Estado, e sim uma anarquia”¹⁶⁰.

Surgem assim, entre os iluministas¹⁶¹, os que passaram a defender a divisão do poder soberano de acordo com as funções desempenhadas pelo Estado. O princípio da separação dos poderes “se inaugura”, consoante Bonavides, “no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado.”¹⁶²

O seu expoente¹⁶³ seria Montesquieu, com a obra “Do Espírito das Leis”, na qual esclarece que, em cada Estado, existem três espécies de poder: “o poder

¹⁵⁹ ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 197.

¹⁶⁰ BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. p. 52.

¹⁶¹ “Assim eram conhecidos os principais pensadores da época final do século XVIII, na Europa. Receberam esse codinome em oposição à Época das Trevas, pois as novas ideias por eles apresentadas traziam o homem para o centro das atenções, e propunham, num sentido global, a melhoria das condições de vida de todos.” ROMÃO, Jacqueline Moura; CAVALCANTI, Valquíria Soares; KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**: uma breve viagem do Direito na história. p. 198.

¹⁶² BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 152.

¹⁶³ Apesar de ser atribuída à Montesquieu, a doutrina de separação dos poderes teve outros precursores, como Aristóteles, Locke, entre outros. Explica Dallari que o “antecedente mais remoto da separação de poderes encontra-se em Aristóteles, que considera injusto e perigoso atribuir-se a um só indivíduo o exercício do poder (...). (...) Já no século XIV, no ano de 1324, aparece a obra ‘Defensor Pacis’, de Marsílio de Pádua, estabelecendo uma distinção entre o poder legislativo e o executivo. (...) No século XVII é que vai surgir, entretanto, uma primeira sistematização doutrinária de separação de poderes, com a obra de Locke. Baseado, evidentemente, no Estado inglês de seu tempo, Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos de poder. (...) Finalmente, com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é conhecida como um sistema em que se conjugam um legislativo, em executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das Constituições.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 217-219.

legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes” – que ele decidiu chamar de “o poder executivo do Estado”; e o “poder executivo daquelas que dependem do direito civil” – denominado de “o poder de julgar”.¹⁶⁴

Nas palavras de Montesquieu,

Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder de julgar estiver unido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.¹⁶⁵

Essas ideias permearam as bases revolucionárias da época e eclodiram na inserção do princípio da separação dos poderes nas declarações de direitos que se seguiram. Explica Dallari, que foi “a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno”. Já estando presente na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, prevendo em seu artigo 5º. “que os poderes executivo e legislativo do Estado deverão ser separados e distintos do judiciário”. E com mais rigor é inserido na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelecendo o seu artigo XVI, que “toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição”. A partir daí, o princípio de separação dos poderes foi se consagrando nas Constituições de quase todo o mundo.¹⁶⁶

Nesse caminhar, passam a ser definidas em poderes as funções estatais, cabendo ao Poder Executivo gerenciar os interesses públicos, ao Poder Legislativo,

¹⁶⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 165.

¹⁶⁵ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. p.166.

¹⁶⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 219-220.

elaborar as normas pertinentes, e ao Poder Judiciário, solucionar os conflitos.

“Nessas três funções se manifesta a soberania do Estado.”¹⁶⁷

Assim, à medida que se fortaleceu a nova configuração do Estado Moderno num Estado de direito, o Estado, através do Poder Judiciário, assume definitivamente a responsabilidade de solucionar as controvérsias advindas da sociedade, estabelecendo-se a concepção de que a jurisdição apenas o Estado pode exercer, pois trata-se de “um atributo da sua soberania”¹⁶⁸. Conforme Moraes e Spengler, essa “legitimidade estatal de decidir os conflitos nasce, assim, do contrato social no qual os homens outorgaram a um terceiro o direito de fazer a guerra em busca da paz.” Transformando a atividade de solucionar os conflitos num monopólio estatal.

1.3.3 Jurisdição um poder, dever e/ou função do Estado

A expressão “separação de poderes” se tornou uma expressão tradicional, porém é pertinente esclarecer que o poder que detém o “Estado é uno e indivisível”. O que ocorre segundo Dallari, é a necessidade de vários órgãos para exercer o poder soberano do Estado, o que não altera a unidade do seu poder. Ressalta ainda o autor, que existe uma “relação muito estreita entre as ideias de poder e função do Estado, havendo mesmo quem sustente que é totalmente inadequado falar-se numa separação de poderes, quando o que existe de fato é apenas uma distribuição de funções.”¹⁶⁹

Por isso, quando se busca estudar alguns aspectos que envolvem a categoria jurisdição, é possível encontrar inúmeros posicionamentos doutrinários acerca da sua natureza. Uns defendem ser um poder, e/ou função, e/ou dever, como também, atividade. Entretanto todos concordam que sua finalidade precípua é expurgar o conflito da sociedade, e, tanto quanto possível, satisfazer a pretensão das partes litigantes, seja interesses individuais ou coletivos.

¹⁶⁷ CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.I. p. 158.

¹⁶⁸ BERMUDEZ, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 19.

¹⁶⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. p. 216-217.

Segundo Bermudes, a jurisdição:

(...) antes de ser um poder do Estado, é um dever dele. Já que uma das razões da existência do Estado é a promoção da paz social, mediante a aplicação do direito, ele é dotado do poder necessário ao cumprimento do dever, que, renovadamente, assume, quando, ciente da impossibilidade de se solucionarem os litígios pela autocomposição, e consciente da proibição da autotutela, se incumbe da composição das lides ou da fiscalização de certas atividades não litigiosas, mas de relevância social.¹⁷⁰

Já Cintra, Grinover e Dinamarco consideram ser a jurisdição ao mesmo tempo, um poder, uma função e uma atividade.

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.¹⁷¹

Parece estar claro, seja a jurisdição considerada um poder, função, dever ou atividade, o entendimento de que é uma prerrogativa do Estado e que somente este pode exercê-la. Historicamente é o que se verificou, os indivíduos ao firmarem o compromisso de abdicar do direito de reger a própria vida e solucionar os seus respectivos conflitos, entregaram essa responsabilidade ao Estado, como meio de este garantir e assegurar a convivência social de forma pacífica.

Esse é o entendimento que se mantém com argumentos muito fortes ainda nos dias de hoje, a atividade jurisdicional constitui-se num monopólio estatal, uma vez que o Estado, e somente este, possui a força legítima de decidir e fazer cumprir o decidido sobre as controvérsias que envolvem as partes. Conforme Ristow,

(...) a jurisdição pode ser conceituada, portanto, como o poder político que detém o Estado, substituindo os titulares de interesses em conflito e, uma vez provocado, de conceder imparcialmente a tutela através da aplicação do Direito objetivo pelo Poder Judiciário,

¹⁷⁰ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. p. 19.

¹⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 131.

para a pacificação das pretensões, por meio do exercício pleno da justiça. Dessa forma, a atividade mediante a qual o Estado-Juiz dirime conflitos de interesses e pacifica pessoas, chama-se jurisdição, a qual se perfectibiliza na prerrogativa de aplicar o direito conferido exclusivamente ao Poder Judiciário, através de um conjunto de magistrados a quem confia a função jurisdicional. O seu objetivo maior é promover a plena realização dos valores humanos e a preservação do bem comum, disciplinando condutas, que particularizadamente constitui-se na pacificação com justiça. É pela jurisdição que juízes estatais agem em substituição das partes, as quais se encontram impedidas de fazer justiça pelas próprias mãos (autotutela). A elas, que não podem agir por vontade própria, resta tão somente a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional, a qual se dá através do processo.¹⁷²

A única justiça é aquela que emana da voz do Estado, esse é o entendimento solidificado. Não obstante ser essa a posição dominante, vem ganhando corpo uma outra vertente, que aponta essa visão restritiva – jurisdição um monopólio estatal – em gradativa modificação, passando a ser substituída por uma concepção mais ampla sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Explica Mancuso que o Estado ao assumir a responsabilidade de solucionar todos os litígios oriundos da sociedade, a fez de fato, desacompanhado de uma “paralela preocupação com a boa gestão” dos conflitos e da grande quantidade de processos que foi se amontoando nos “escaninhos judiciários, de primeiro e segundo graus, assim como tampouco se atentou para um efetivo controle da efetividade da prestação jurisdicional, olvidando-se o aviso de que a quantidade acaba por afetar a qualidade.”¹⁷³

Essa realidade, que foi se construindo ao longo da monopolização da resolução dos conflitos, abriu espaço para uma nova leitura do que se pode entender por jurisdição. Uma visão não mais centrada em ser a jurisdição única e exclusiva função, dever, poder ou atividade do Estado.

A concepção contemporânea de jurisdição vai deixando de ser tão centrada no Poder – dimensão estática, ligada à ideia de soberania – para se tornar aderente à função (dimensão dinâmica) que o Estado

¹⁷² RISTOW, Edson. **Ética**: função jurisdicional, *due process of Law* e o princípio da razoabilidade. p. 37-38.

¹⁷³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 51.

Social de Direito deve desempenhar no sentido de promover a resolução justa dos conflitos, num tempo razoável. Isso leva a que esse desiderato possa ser exercido não mais em termos de monopólio estatal na distribuição da Justiça, mas abrindo para outras modalidades e instâncias decisórias, ao pressuposto de que desempenhem com efetividade suas atribuições, donde o notório crescimento dos chamados meios alternativos ou equivalentes jurisdicionais.¹⁷⁴

Esse sentido contemporâneo da jurisdição, ao distanciar um pouco a jurisdição da noção de Estado, permite enxergar um terreno mais amplo para se desenvolver outros mecanismos de resolução de controvérsias que permitam tanto prevenir a formação de conflitos, quanto resolvê-los em tempo hábil e com justiça, sem necessariamente se fazer uso dos órgãos estatais.

Deve-se ter em mente, segundo Mancuso, que as lides não solucionadas constituem-se num “mal que se irradia em várias direções: esgarça o tecido social, sobrecarrega o Judiciário, estimula a litigiosidade ao interno da coletividade.” Sendo que, na visão contemporânea de jurisdição, o que interessa “é que as lides possam ser compostas com justiça, mesmo fora e além da estrutura clássica do processo judicial, ou, em certos casos, até preferencialmente sem ele.”¹⁷⁵

Assim, dos aspectos gerais que envolvem a categoria conflito, passando pelos mecanismos desenvolvidos ao longo da história com o escopo de findar as controvérsias, como: a autotutela, a autocomposição, a Arbitragem facultativa e obrigatória, e por fim a Justiça estatal; da formação do Estado Moderno que assumiu para si a competência de solucionar as lides, e transformou a jurisdição num monopólio estatal, atualmente, afloram novas discussões sobre a pertinência de se manter a função jurisdicional enfeixada aos órgãos estatais, bem como, vêm à tona posicionamentos sobre a necessidade do emprego de mecanismos, que já eram utilizados como forma de solucionar as desavenças antes mesmo de se pensar numa estrutura estatal como se tem nos dias de hoje, como meios capazes, da mesma forma que o Estado, de promover a pacificação social e a realização da Justiça.

¹⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 58.

¹⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 53.

O desenvolvimento de uma concepção mais ampla de jurisdição dá azo a uma nova forma de se verificar, não apenas os aspectos da monopolização da atividade jurisdicional, mas também, o acesso à Justiça. Muda-se o entendimento de estar a Justiça presa aos órgãos estatais e passa-se a considerar que ela pode ser alcançada por outras formas de pacificação e satisfação das pretensões dos envolvidos.

O novo enfoque que se passa a dar ao acesso à Justiça significa não apenas o acesso à Justiça estatal, mas também, acesso aos demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, reconhecidos pelo Estado como aptos e seguros a garantir um bom desfecho na solução das controvérsias, como se por ele estivessem sendo resolvidas.

E será justamente essa nova concepção de acesso à Justiça o objeto de trabalho do próximo capítulo, no qual se abordarão os aspectos que envolvem esse novo olhar sobre o acesso à Justiça, um acesso não mais restrito aos órgãos estatais, mas que contempla métodos distintos de resolução de conflitos, como a Arbitragem, que será objeto específico de estudo no terceiro capítulo.

CAPÍTULO 2

ACESSO À JUSTIÇA

“No vaticano, há um afresco sobre a justiça, no qual Platão aponta para os céus e Aristóteles para a terra. Utopia ou realidade? “Justiça”; esse valor que levou à cruz o senhor das ideias e das palavras, e que ainda é o sonho a ser alcançado, assim como o era o desejo dos antigos em alcançar as estrelas; fator decisivo para o desenvolvimento da humanidade.”¹⁷⁶

O acesso à justiça tem sido nas últimas décadas, um dos temas de grande preocupação tanto dos juristas quanto dos filósofos e sociólogos. Preocupação não apenas voltada ao que se refere à garantia de acesso aos órgãos judiciários de um número cada vez maior de indivíduos, mas também que o acesso e o resultado proveniente dos órgãos, ora referidos, seja de qualidade.

Porém, se por um lado dar garantia e meios de acesso aos mais e menos favorecidos de modo a concretizar a universalização da prestação jurisdicional e efetivar o princípio fundamental do acesso à justiça é algo que se impõe, por outro, a qualidade do resultado esperado pelo indivíduo não pode ser comprometido pelo excesso de demanda que passa a se acumular na justiça estatal.

Assim, sob o novo enfoque, tem-se que o Estado ao monopolizar a atividade jurisdicional teve ao mesmo tempo, que garantir aos indivíduos que não poderia negar-se futuramente a solucionar as situações conflituosas, uma vez que os particulares não poderiam mais resolvê-las pelos meios próprios, surgindo daí a garantia, princípio, ou direito de acesso à justiça.¹⁷⁷

Naturalmente que, as concepções acerca do termo “acesso à justiça” foram se transformando e se aperfeiçoando com o desenvolvimento da própria sociedade. E por isso, pretende-se discutir neste trabalho algumas dessas ideias dentro do panorama referente ao tema proposto.

¹⁷⁶ FUX, Luiz. Carta ao Senhor Presidente do Senado Federal. In: ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Senado Federal**. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

¹⁷⁷ Não se buscará estabelecer se o acesso à justiça é um direito, garantia ou princípio, haja vista que os doutrinadores não são unânimes quanto estas designações.

Desse modo, inicialmente abordar-se-ão as concepções que permeiam as ideias sobre o acesso à justiça, posteriormente verificar-se-ão os aspectos pertinentes ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, e por último, o novo enfoque sobre o acesso à justiça no que tange à inclusão dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como vias alternativas de acesso à justiça.

2.1 ASPECTOS GERAIS SOBRE O ACESSO À JUSTIÇA

*“Bailarina inconstante e volúvel, a justiça troca de par no decorrer do jogo das contradições da história. Ora a vemos bailar com os poderosos, ora com os fracos, ora com os grandes senhores, ora com os pequenos e humildes. Nesse jogo dinâmico todos querem ser seu par e, quando ela passa para outras mãos, logo será chamada de prostituta pelos relegados ao segundo plano. A justiça sobrevive a todos os ritmos e a todos os pares, porque ela se pensa acima de todos eles, acima de todos os ritmos e pares, como se pairasse em um lugar onde os choques e os conflitos não existissem. (...)”¹⁷⁸
(Parte 1)*

Não constitui objetivo deste tópico, esgotar as ideias que permeiam os diversos entendimentos acerca do tema “acesso à justiça”, mesmo porque, um estudo mais apurado exigiria aprofundamento da própria concepção que se dá ao termo justiça, e isso fugiria da ideia central deste trabalho. Porém, inicialmente, serão abordados de forma sucinta e em linhas gerais, alguns dos diversos entendimentos empregados ao termo justiça, para posteriormente, ingressar nas concepções que envolvem o termo “acesso à justiça”.

2.1.1 Da justiça

Em linhas gerais, sobre o termo justiça é possível encontrar diversas definições. É uma palavra que representa tamanha importância que nem um conjunto de outras tantas é capaz de estabelecer com precisão, uma significação universalmente aceita e que contemple todo o conteúdo e carga valorativa conferida ao termo.

¹⁷⁸ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999. p. 13.

Derivado do latim *justitia*, de *justus* – a prática do justo¹⁷⁹, o termo justiça, pelo fato de em cada momento da história representar concepções diferentes, é daqueles com grande número de teorias e entendimentos divergentes. Além do mais, ao se falar em justiça, deve-se ter o cuidado com o sentido de “pseudojudicialidade”, pois é “impróprio e ideológico, o uso do termo *justiça* por *judiciário* ou órgão do judiciário.”¹⁸⁰ Admite Gama, que existem mais de três óticas diferentes que permitem enfocar a categoria justiça, podendo-se utilizá-la no sentido de: “ideia-valor, valor, sentimento, igualdade social e retribuição”¹⁸¹.

Na percepção de Aguiar, justiça é o “dever-ser da ordem para os dirigentes, o dever-ser da esperança para os oprimidos”, podendo ser vislumbrada também como o “dever-ser da forma para o conhecimento oficial, enquanto é o dever-ser da contestação para o saber crítico.”¹⁸²

Todavia, apesar da palavra justiça abranger diversas significações,

(...) o mais correto seria dizer que realidades opostas, contraditórias e conflitivas usam da mesma palavra para exprimir seus projetos e suas justificações, já que, sob o mesmo nome de justiça, encontramos concepções que se contradizem, que se anulam, não podendo nunca subsistirem juntas, por representarem pólos em conflito a nível de infra e superestrutura. Daí, a justiça de um dos pólos significar injustiça para o outro.¹⁸³

Para Ulpianus¹⁸⁴, inscrito no Livro Primeiro do Digesto de Justiniano,

¹⁷⁹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. p. 471.

¹⁸⁰ PINHEIRO, José Ernane et al. **Ética, Justiça e direito**: reflexões sobre a reforma do judiciário. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 242.

¹⁸¹ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 360. Para este autor, a justiça como valor “encontra-se muito debatida na esfera filosófica. Grandes estudos foram elaborados acerca da justiça na filosofia do direito, tratando de suas razões e de suas relações com outros institutos jurídicos. (...) Em termos sentimentais, na busca da revelação do homem justo, a justiça faz parte da filosofia e da psicologia. Trata-se de uma valoração interna que gera efeitos externos, e isso fica bem patente na decisão judicial, na qual o juiz posta o caso concreto diante das regras jurídicas e sacramenta a sentença. (...) Em busca da igualdade social, marcada por oportunidades econômicas e sociais a todos, figura a justiça social na esfera puramente sociológica. (...) Na retribuição, a justiça manifesta-se como direito justo, segundo o qual é preciso dar a cada um o que é seu.” GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. p. 360-361.

¹⁸² AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 15.

¹⁸³ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 15.

¹⁸⁴ Ulpianus foi um dos juristas da tradição romana, no período clássico, e “mostrava com clareza que sabia filosofia expondo ordeiramente princípios e classificações.” LOPES, José Reinaldo de Lima.

aquele que decidisse se dedicar ao direito deveria primeiramente saber de onde descende o termo “direito”, segundo ele, vem de “justiça”, sendo o direito a “arte do bom e do justo”¹⁸⁵. Constituindo-se preceitos do direito: *honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*; que significam: “viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu”. Neste sentido, Ulpianus define justiça como sendo “a vontade constante e perpétua de dar a cada um o seu direito”.¹⁸⁶

Consoante Höffe,

Em sentido primigênio, justiça significa simplesmente a concordância com o direito vigente. Até hoje chamamos justiça – Judiciário – o órgão público que serve ao direito. Mas sem abandonar a relação estreita com o direito, a justiça tem de há muito um significado mais abrangente e mais fortemente moral. Refere-se, numa primeira aproximação, tanto, em sentido objetivo, à justeza do direito, em termos de conteúdo, quanto também, subjetivamente, à honradez de uma pessoa. Máxime como justiça objetiva ela é um conceito fundamental do desejo humano: ao mesmo tempo objeto do anseio e da exigência humana.¹⁸⁷

Historicamente é possível encontrar desde a mitologia grega, a justiça amparada segundo uma tríade formada pela “ordem cósmico-divina que originava princípios e normas de conduta, um poder que traduziria ou não essas normas, e as pessoas que deveriam seguir esses princípios e normas.”¹⁸⁸ A máxima da justiça nesse tempo era vinculada à vontade divina, posto que “justa era a vontade dos deuses e justo era obedecê-la.”¹⁸⁹

Posteriormente, no momento em que os reis passaram a ser considerados “agentes dos deuses”, como forma de tornar concretas na vida social as vontades divinas, a justiça passa a se referir às decisões dos reis. Assim justas seriam as decisões que estivessem de acordo com a orientação advinda dos

O direito na história: lições introdutórias. p. 43.

¹⁸⁵ DIGESTO DE JUSTINIANO, liber primus: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 19.

¹⁸⁶ DIGESTO DE JUSTINIANO, liber primus: introdução ao direito romano. p. 24.

¹⁸⁷ HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 11.

¹⁸⁸ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça:** uma abordagem dialética. p. 27.

¹⁸⁹ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça:** uma abordagem dialética. p. 28.

deuses.¹⁹⁰

A partir do século VI a.C., para Wolkmer, esse mundo simbólico dos costumes e das interpretações divinas da natureza é alterado. Passa-se a adquirir, gradativamente, “uma consciência humana que começa a explicar a origem da vida”, fazendo com que a universalidade cósmica fosse explicada por processos de racionalização.¹⁹¹

Nesse caminhar, ganha importância o papel desempenhado pelos sofistas¹⁹². No século V a.C., ocorrem profundas modificações no pensamento grego, que passam a discutir problemas sociais, políticos e morais relacionados à condição humana, em substituição à visão do naturalismo cósmico até então determinante.¹⁹³ Essa ruptura, será feita, primeiramente pelos sofistas, que começarão a questionar as diferenças entre a ordem natural (*physis*) e a ordem humana (*nomos*).¹⁹⁴

Para a justiça, essa nova forma de se entender a realidade, reflete no entendimento de que o “homem é a medida de todas as coisas”, e isso, além de refletir na forma como o homem é visto no mundo, relativizando o pensamento de que tudo é vontade dos deuses, interfere também no direito, que passa a ser considerado, não mais obra dos deuses, mas “fruto das relações entre os homens”.¹⁹⁵

¹⁹⁰ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 28.

¹⁹¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 13.

¹⁹² “Na Grécia antiga, sofista era o retórico que se revestia de uma sabedoria aparente, um falso filósofo que se aprimorava na arte de bem expressar. Segundo Aristóteles, ‘A sofística é uma sabedoria aparente e sofista é quem visa essa sabedoria aparente.’ Apesar de seus discursos conterem questões filosóficas, é-lhes negado o caráter de filósofos, visto serem considerados pregadores de uma filosofia falsa.” PAPE. São Paulo: Difusão Cultural. p. 2899.

¹⁹³ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 18.

¹⁹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 18. Explica ainda o autor que essa “dessacralização fica evidenciada na conclusão desses pensadores de que o ‘*nomos* não era natural, mas sim produto da convenção humana’, extraíndo, assim, o fundamento absoluto e divino da ordem humana, embasando-a na própria decisão dos homens (...).”

¹⁹⁵ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 30.

O pensamento sofista influenciará pensadores clássicos, como Sócrates, Platão e Aristóteles que introduzem discussões acerca da justiça. Sócrates inicia a discussão sobre o conteúdo da justiça, do bem e da virtude e sobre o caráter justo da lei, a qual é vista como uma forma de justiça. Platão identifica a justiça como sabedoria e virtude¹⁹⁶, sendo ela a maior de todas as virtudes.¹⁹⁷ Platão considera justiça ‘nada mais nada menos do que o cumprimento, por cada um, do papel que a sociedade impõe aos seus membros.’¹⁹⁸

Já Aristóteles, de forma mais sistemática, trata da justiça em sua obra “Ética a Nicômaco”, na qual apresenta diversas espécies¹⁹⁹ de justiça e estabelece que a justiça é uma espécie de “meio-termo”, pois, “ela se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária”, ao contrário da injustiça que se relaciona com os extremos.²⁰⁰

Para Aristóteles, a justiça,

¹⁹⁶ Em Platão, consoante Wolkmer, forma-se “uma concepção não formalista e tampouco prática de Justiça, que não se encontra objetivada em termos de direitos e de obrigações; (própria do mundo moderno) sua incidência se situa na esfera da moral societária, desconsiderando uma integração e atuação no campo da coercibilidade jurídica positiva.” (WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 22.).

¹⁹⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 19-20.

¹⁹⁸ BARKER citado por WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 21.

¹⁹⁹ “Aristóteles começa o exame dos dois primeiros sentidos: justiça total ou geral e justiça particular. A justiça total é a universal, em sentido mais amplo, possível e completo; é o acatamento da lei ‘no respeito àquilo que é que vige para o bem de todos. (...) a justiça geral se confunde com a moralidade total, ultrapassando integralmente a noção específica de Direito ou da legitimação escrita positiva. O outro significado do termo é o da justiça particular, menos abrangente, e que se aproxima da legalidade, referindo-se ‘ao outro singularmente no relacionamento direto entre as partes.’ (...) Indo mais além, Aristóteles distingue duas espécies de justiça: o justo distributivo e o justo corretivo. A justiça distributiva se expressa nas relações entre a comunidade e seus membros, uma virtude de igualdade proporcional, que se manifesta ‘nas distribuições de honras, de dinheiro ou das outras coisas que são divididas entre aqueles que têm parte na Constituição(...)’ Por sua vez, a justiça corretiva é a virtude igualitária simples, de ‘acordo com uma proporção aritmética’, ou seja, ‘desempenha um papel corretivo nas transações entre indivíduos.’ Além das classificações da justiça em universal e particular, em distributiva e corretiva, Aristóteles apresenta outra distinção de grande alcance, que é a justiça política aplicada à cidade e às atividades cívicas. (...) o justo natural político encontra seu embasamento não na vontade humana, mas na natureza em si; não depende das opiniões humanas, não é uma lei comum, mas uma norma variável e imanente a cada comunidade, (...). Já o justo político é aquele que ao ser convencionado pela vontade do legislador, torna-se obrigatório na *polis*: ‘o que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (...)’” WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. p. 25-27.

²⁰⁰ ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013. p. 106.

É aquilo em razão do que se diz que o homem justo pratica, por escolha própria, o que é justo, e que quando se trata de distribuir, quer entre si mesmo e outra pessoa, quer entre duas ou outras pessoas, não dá mais do que convém a si mesmo e menos do que convém ao seu próximo (e de maneira análoga no que diz respeito ao que não convém), e sim dá o que é igual de acordo com a proporção, agindo da mesma forma quando se trata de distribuir entre duas outras pessoas.²⁰¹

Porém, é também entre os romanos que se pode verificar uma grande contribuição às ideias de justiça. Os preceitos de Ulpianus, verificados anteriormente, viver honestamente, não lesar outrem, dar a cada um o seu direito, foram e são de grande importância para as concepções de justiça que se seguiram. Segundo Aguiar, são expressões que “guardam grande dignidade, traduzem retidão, alcançam legitimidade e aceitação, justamente por não dizerem nada ou poderem dizer tudo.” Além do mais, esses preceitos conferiram ao direito a “função de tornar e manter os homens honestos, proteger os homens das lesões que são cometidas contra seus direitos e repartir os bens sociais de acordo com o direito de cada um,”²⁰² permitindo a aproximação do direito às questões da vivência social.

Já na Idade Média, as características da sociedade da época, da mesma forma que contribuíram para o retrocesso do direito, também colaboraram para as ideias racionais de justiça até então elaboradas. A justiça volta a ser representada pela força dos que detinham o poder – senhores feudais, monarcas e a igreja.

No medievo, a Igreja Católica reascende o entendimento de justiça ligada à vontade de Deus. Assim, por meio dos processos, rituais ou combates, que representavam as práticas jurídicas, a justiça divina se fazia emergir. “Deus se manifestava diretamente para julgar os homens e o justo é viver e proceder segundo a vontade divina que se expressa concretamente no mundo.”²⁰³

Nesse contexto, o mundo ordenado mais uma vez numa ordem tripla – a divindade, o natural e o humano – cristaliza-se uma nova concepção de justiça. Desenvolve-se um pensamento de grande significação para a compreensão do problema sobre a justiça, que até nos dias atuais, permeiam as doutrinas dos

²⁰¹ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. p. 106.

²⁰² AGUIAR, Roberto Ramos de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. p. 36-37.

²⁰³ AGUIAR, Roberto Ramos de. *O que é justiça: uma abordagem dialética*. p. 37.

ordenamentos jurídicos vigentes, a justiça vista como virtude²⁰⁴, “virtude de dar a cada um o que é seu segundo uma igualdade.”²⁰⁵

Esse entendimento é desenvolvido por Tomás de Aquino, que inspirado em Aristóteles, também realiza um estudo sobre a virtude justiça – a principal de todas as virtudes – que a define como sendo “a constante e perpétua vontade de dar a cada um o seu direito.”²⁰⁶

Para Tomás de Aquino, a justiça tem como objeto a realização do Direito, mesmo que este não pertença às coisas divinas, e sim, às humanas. Adverte que, o Direito enquanto justiça legal não se confunde com a justiça enquanto virtude, mas ainda assim, busca materializar uma justiça que pode vir tanto da razão divina quanto da razão natural.²⁰⁷

Para Reale, um dos grandes méritos de Tomás de Aquino foi “ter dado à justiça legal ou justiça social a preeminência entre todas as virtudes.”²⁰⁸

A justiça por excelência não é a comutativa das trocas, ou a corretiva do domínio penal, nem a distributiva, mas antes, a justiça que traça o caminho das obrigações e dos deveres das partes para o todo. Estas obrigações são determinadas por lei, tendo como centro o poder do legislador, a quem cabe apreciar as circunstâncias variáveis, sem

²⁰⁴ A justiça entendida como virtude, tem agregada em sua compreensão três dimensões: alteridade, devido e igualdade. “Nesse entendimento, para haver justiça, é preciso que haja alteridade, isto é, a necessidade de existir um outro, uma outra pessoa, já que a justiça é uma virtude que se situa na relação entre os seres humanos. É necessário também que haja um devido de um para com o outro, um devido que seja justo, e, para sê-lo, ele necessita ser igual, isto é, que haja uma reciprocidade entre o direito de quem exige e a obrigação de quem é exigida certa conduta. Essa igualdade poderia aparecer sob duas formas: uma absoluta e outra relativa. A absoluta aparecia nas relações essencialmente comutativas como a compra e venda. É justo, se vendo um objeto, que o entregue a seu comprador, assim como será justo que o comprador me pague o preço. (...). (...) pode ser relativa se, por exemplo encarmos uma distribuição e partilha de bens num inventário, pois, quando acontece a morte de um dos cônjuges de um casal com filhos, ver-se-á que o cônjuge que sobreviveu ficará com a metade dos bens, já que meeiro, enquanto a outra metade será dividida em tantas partes quantos filhos herdeiros existirem. Assim, neste caso, encontraremos, no entender de Santo Tomás de Aquino, a igualdade relativa.” AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça: uma abordagem dialética.** p. 38-39.

²⁰⁵ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça: uma abordagem dialética.** p. 38.

²⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas:** da antiguidade clássica à modernidade. p. 65.

²⁰⁷ WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas:** da antiguidade clássica à modernidade. p. 65.

²⁰⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1987. p. 641

ultrapassar o âmbito da discricionariedade traçado pela lei natural.²⁰⁹

Na Idade Moderna, com o desenvolvimento das ideias que surgiram no fim do medievo em busca de uma sociedade organizada, a retomada do estudo do Direito Romano, as novas bases políticas e econômicas que se formam a partir dos séculos XVII e XVIII acerca da corrente liberal, a cristalização das normas jurídicas escritas como forma de garantir os direitos dos cidadãos, eclodindo nas Declarações de Direitos, fez com que a justiça fosse vista, como forma de garantir a liberdade.²¹⁰ Nesse período, no dizer de Aguiar, “justiça é potencializar a liberdade individual, proteger a propriedade e policiar a concorrência entre os homens. Justo é equilibrar a concorrência.”²¹¹

As deficiências causadas pelo excesso de liberdade desse Estado Liberal²¹², principalmente econômica, e a abstenção estatal frente às questões sociais fez surgir com os defensores sociais em suas críticas ao capitalismo, uma nova concepção de justiça, agora preocupada com o pólo dominado e não dominante da relação capital-trabalho na economia capitalista.²¹³ A justiça se transforma num “compromisso com os desvalidos, com os espoliados, com os dominados. Justa será a conduta que acelerar a organização dos dominados no sentido da tomada do poder e estabelecimento de uma ordem sócio-econômica que esteja a serviço das maiorias.”²¹⁴

No início do século XX, com Hans Kelsen, as reflexões acerca do termo justiça se afastariam do âmbito jurídico. Para esse pensador, justiça não faz parte do objeto de estudo da ciência do direito, devendo ser deixada a cargo dos filósofos.

²⁰⁹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. p. 641-642.

²¹⁰ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 41-42.

²¹¹ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 42.

²¹² “O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal tiveram o condão de gerar imensas injustiças, e os movimentos sociais do século XIX e século XX, especialmente, demonstraram cabalmente a insuficiência das liberdades burguesas, possibilitando um nível de consciência quanto à necessidade da justiça social.” ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v.III. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 107.

²¹³ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 42.

²¹⁴ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 42.

Neste sentido, sublinha Aguiar,

Diz ele, em sua clássica *Teoria pura do direito*, que a justiça, a conduta humana, a política, não podem entrar no âmbito das considerações científicas sobre o direito. Assim, a ciência do direito reducionista como toda ciência, tem de se ater a seu objeto próprio e único, que em seu entender, é a norma jurídica posta, o direito vigente. Justiça é um problema filosófico a ser tratado em outro ramo do saber.²¹⁵

Posteriormente, com Alf Ross em 1953, em sua obra “Direito e Justiça”, a concepção de justiça é vista como uma “questão retórica e sem sentido”²¹⁶. Afirmo o dinamismos que a ideia de justiça “parece ser um ideia clara e simples dotada de uma poderosa força motivadora. Em todas as partes parece haver uma compreensão instintiva das exigências de justiça.”²¹⁷ Acrescenta, que a justiça possui um poder grande, lutar por causas justas “fortalece e excita uma pessoa”, e que “todas as guerras tem sido travadas em nome da justiça.” Contudo adverte, a “aplicabilidade quase onipresente do princípio de justiça desperta a suspeita de que algo ‘não anda bem’ com uma ideia que pode ser invocada em apoio de qualquer causa.”²¹⁸

Para Ross,

Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa: uma expressão emocional que faz da própria exigência uma postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem, apela para a ‘justiça’, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentação (parágrafo 72). A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de que alguém não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de

²¹⁵ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 42.

²¹⁶ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 43.

²¹⁷ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003. p. 314.

²¹⁸ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 314. “Visto que a ideia formal de igualdade ou justiça como estrela polar para a orientação político-social carece de todo significado, é possível advogar a favor de qualquer postulado material em nome da justiça. Isto explica porque todas as guerras e conflitos sociais, como foi dito anteriormente, foram travados em nome da exaltada ideia de justiça. E é demasiado esperar que isto mude no futuro. Apelar para a justiça é usar uma arma demasiadamente eficiente e conveniente do ponto de vista ideológico, para que alimentemos a esperança de que os estadistas, os políticos e os agitadores, mesmo quando percebam a verdade, ousem pactuar o desarmamento nesse ponto. Ademais, a maioria deles são, provavelmente, vítimas da ilusão. É muito fácil crer na ilusões que excitam as emoções pelo estímulo das glândulas supra-renais,” ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 320.

caráter absoluto; e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses.²¹⁹

Em 1971, com John Rawls, em sua obra “Teoria da justiça”, uma nova concepção de justiça ganha corpo. Rawls inicia uma abordagem interdisciplinar de justiça, não mais voltada apenas às questões morais ou jurídicas, mas também, econômica, política e social. A justiça passa a se referir a “instituições e não só a pessoas justas, trasladando-se de um sentido subjetivo como virtude humana para uma visão global que abrange toda a sociedade em suas estruturas políticas, sociais e econômicas.” A justiça vista dessa forma, é uma justiça social, distributiva, e, ao mesmo tempo, política, atribuída ao Estado para eliminar a pobreza.²²⁰

Atualmente as ideias que permeiam a concepção de justiça, retomam a percepção de Tomás de Aquino, ou seja, tratam-na como virtude. Nesse sentido, é possível vislumbrar duas formas de entender a justiça: uma objetiva e outra subjetiva. A subjetiva vê a justiça como virtude, “a virtude de dar a cada um o seu direito. Assim, um juiz é justo quando dá a cada um que postula ou é acusado o seu direito.” Na forma objetiva a justiça pode ser entendida como “qualidade de uma ordem social, podendo também se estender à própria legislação ou órgão ou poder encarregado de sua aplicação.”²²¹

Assinala Reale que há milênios a “humanidade procura se chegar à mais alta expressão da Justiça”, que segundo ele, não é apenas aquela que se realiza ao dar a cada um o que é seu, ou tratar os cidadãos na proporção de seus méritos, mas sim, “a constituição de uma ordem social na qual cada homem saiba se dedicar ao bem comum sem exigir retribuição proporcional à sua obra.”²²²

Para Scuro Neto, na contemporânea ordem social e democrática, a justiça “significa garantia dos direitos individuais à vida, à liberdade e à busca da própria felicidade, razão pela qual as pessoas devem ter liberdade e oportunidade de fazer

²¹⁹ ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 320.

²²⁰ MACEDO, Ubiratan Borges de. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneos. p. 185

²²¹ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 44.

²²² REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940. p. 310.

suas próprias escolhas com um mínimo de restrições.” Servindo a justiça de padrão para distinguir o “*bom* Direito – aquele cujas qualidades são adequadas a sua natureza e função – do Direito *ruim*, malfeito, que não garante a ordem social e torna a proteção dos direitos do indivíduo impraticável”.²²³ E prossegue,

Avaliar a Justiça – no sentido, com j maiúsculo, isto é, a rede e o sistema de justiça – significa verificar se da sua atuação efetivamente resulta ‘a primeira virtude das instituições’, um dos requisitos básicos da vida na sociedade moderna, a justiça no sentido amplo, equivalente a julgar de acordo com o que é direito, reto, íntegro, moral, ético, humano e civilizado. Ou seja, mais do que simplesmente dar a cada um o que é seu, ou retribuir de modo equivalente, justiça é condição fundamental para o funcionamento harmônico da sociedade.

Frente a essa grande diversidade de concepções a respeito do sentido empregado ao vocábulo justiça, Gama esclarece que ela equivale “ao direito, ao poder judiciário, à legislação, à igualdade, à prudência, à temperança, ao respeito, à virtude humana...”²²⁴, podendo ser compreendida como:

a) atividade intelectual humana voltada a decidir acerca de situação conflitante envolvendo outras pessoas; b) um hábito de amor e dedicação em relação ao próximo; c) a satisfação de todas as obrigações a que estiver a pessoa sujeita; d) o conjunto de virtudes que predominam sobre as relações humanas; e) um mecanismo de retribuição que mantém a equivalência entre a obrigação e direito; f) tratamento jurídico igualitário.²²⁵

Como visto, no decorrer da breve explanação sobre algumas das teorias e entendimentos acerca da justiça, encontrar uma conceituação unívoca para esta palavra não é possível. O entendimento que se pode empregar ao termo é múltiplo²²⁶ dependendo da teoria aplicada, do juízo de valor que se faça, e, além do mais, posicionamentos antagônicos podem pleitear igualmente a realização da

²²³ SCURO NETO, Pedro: **Sociologia geral e jurídica**: manual dos cursos de direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 236.

²²⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. p. 362.

²²⁵ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. p. 362.

²²⁶ Para Aguiar, a justiça, “em sua acepção usual, ainda se divide em justiça particular e justiça geral. Entende-se por justiça particular aquela que tem como objeto o bem particular, enquanto a justiça geral tem como objeto o bem comum. São tipos da justiça particular, a justiça comutativa e a justiça distributiva, enquanto a justiça geral se traduz por aquilo que a moderna doutrina social da igreja Católica denomina justiça social. Define-se a justiça comutativa como aquela na qual um particular dá a outro particular o bem que lhe é devido. Enquanto da justiça distributiva é a sociedade que dá a cada particular o bem que lhe é devido.” AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. p. 45.

justiça, cada um defendendo o seu ponto de vista sobre o que seria justo para o caso em questão.

Feita essas considerações sobre os diversos entendimentos aplicados ao termo justiça, passa-se agora, a abordar as concepções conceituais e os movimentos relacionados ao acesso à justiça.

2.1.2 Do acesso à justiça

O tema acesso à justiça está entre aqueles geradores de grande discussão e preocupação na sociedade contemporânea: seja por não se limitar mais ao entendimento de acesso aos órgãos judiciários; seja por pautar-se na busca de uma ordem jurídica justa; seja por ser apontado como o mais importante dos direitos humanos; seja por exigir respostas estatais em tempo razoável e realmente satisfativas; seja por poder contemplar novos mecanismos de resolução de conflitos; entre outros pontos.

Na dicção de Nalini, a preocupação com a litigiosidade crescente, o despertar da sociedade para os benefícios da justiça e a insuficiência dos instrumentos tradicionais para solucionar a quantidade dos novos conflitos²²⁷, fez com que o movimento do acesso à justiça se tornasse “pluridisciplinar”, constituindo-se objeto de estudo da sociologia, da política, da antropologia, da história, da economia, e principalmente, do Direito. Deixando de ser um tema simplesmente teórico, para encontrar espaço no texto constitucional e representar um esforço constante do operador jurídico brasileiro, no sentido de aumentar a porta da justiça a todos, principalmente aos excluídos.²²⁸

Da mesma forma que o vocábulo justiça, a expressão acesso à justiça não é unívoca, e comporta uma série de entendimentos variados. Como bem salienta Rodrigues²²⁹, a vagueza do termo permite que a doutrina lhe atribua uma

²²⁷ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000. p. 96.

²²⁸ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 19.

²²⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 28.

gama de diferentes sentidos. Por isso, primeiramente, serão verificados alguns dos diversos entendimentos acerca da expressão, para posteriormente, abordarem-se os movimentos de acesso à justiça ao longo do tempo.

2.1.2.1 Aspectos conceituais

Como já dito anteriormente, a pluralidade de sentidos acerca do termo acesso à justiça dificulta a elaboração de uma definição unívoca. Ramos Júnior²³⁰ acentua que atualmente vários teóricos e práticos passeiam pelo campo de que trata do acesso à justiça e da efetividade e concretização das garantias conquistadas pelo homem ao longo do tempo, fazendo com que, alcançar uma definição real da expressão não seja uma tarefa fácil.

Ao se falar em acesso à justiça, o senso comum leva imediatamente à ideia de acesso aos órgãos judiciários.²³¹ Segundo Cesar, desta vez o senso comum não está errado, porém, acesso à justiça não representa apenas acesso ao Poder Judiciário. Numa concepção teleológica de justiça, o acesso a ela não se reduz ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim, acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.²³²

Para Watanabe, as questões relacionadas ao acesso à justiça não podem ser verificadas nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais estatais existentes, pois, não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, mas, viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*.²³³

Nesse sentido enfatiza o autor,

a) o *direito de acesso à Justiça* é, fundamentalmente, *direito de acesso à ordem jurídica justa*; b) são *dados elementares desse direito*: 1) o *direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial* e à *organização de pesquisa permanente* a cargo de

²³⁰ RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**: visão crítica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000. p. 37.

²³¹ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002. p. 49.

²³² CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 49.

²³³ KAZUO, Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; KAZUO, Watanabe. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 128.

especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; 2) direito de acesso à *Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa*; 3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à *remoção de todos os obstáculos* que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características.²³⁴ (grifos conforme o original)

Cappelletti e Garth, mesmo diante da dificuldade de se estabelecer uma definição de acesso à justiça, acentuam duas finalidades básicas do sistema jurídico: “primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.”²³⁵

Na mesma esteira, para Dinamarco, o acesso à justiça não equivale a mero ingresso em juízo, pois, a própria garantia constitucional da ação se mostraria inoperante se não fosse assegurado às partes um tratamento adequado do conflito. Afirmando que, apenas tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça, e, receber justiça implica em “ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade.”²³⁶

O acesso à justiça, para Ramos Júnior, implica “acesso a homens justos”, sejam eles magistrados, legisladores, governantes, entre outros, e ademais, sejam eles capazes de conceder os bens buscados pelos seus semelhantes. Não obstante a expressão acesso à justiça contemplar inúmeros conceitos, na visão desse autor, o acesso à justiça engloba o “sentimento de busca por garantia de julgamento proferido, subjetivamente, por seres humanos justos.”²³⁷

Numa perspectiva mais ampla, o acesso à justiça deve ser visto como um instrumento político transformador, e como uma nova forma de conceber o

²³⁴ KAZUO, Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; KAZUO, Watanabe. **Participação e processo**. p. 135.

²³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988. p. 08.

²³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 115.

²³⁷ RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**: visão crítica. p. 39.

jurídico.²³⁸ Pois, consoante Rodrigues, o acesso à justiça não se esgota no recurso ao Poder Judiciário e nem no próprio universo do direito estatal, sendo necessário “ter o cuidado de não reduzi-lo à criação de mecanismos processuais efetivos e seus problemas à solução desses.”²³⁹

Da mesma forma que as concepções de justiça, as compreensões acerca do acesso à justiça também foram se modificando ao longo do tempo. No dizer de Cappelletti e Garth, o conceito de acesso à justiça tem sofrido transformações importantes. Nos séculos XVIII e XIX com a formação dos Estados Liberais, os procedimentos utilizados para solucionar os conflitos refletiam a filosofia individualista dos direitos então vigentes. Desse modo, o direito de acesso à justiça significava “essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação.”²⁴⁰

Afastar a ‘pobreza no sentido legal’ – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva.²⁴¹

Relatam ainda os autores, à medida que a sociedade evoluiu e as relações sociais foram deixando para trás a visão até então individualista do Estado liberal, e passaram a assumir uma postura mais coletiva que privada, gradativamente, passa-se a reconhecer direitos e deveres não apenas dos indivíduos, mas também, do próprio Estado. Percebe-se que a atuação positiva do Estado seria necessária para assegurar o gozo dos direitos sociais, como saúde, educação, alimentação, trabalho, entre outros.²⁴²

Nesse sentido, o entendimento sobre o acesso à justiça amplia seus horizontes para além da mera possibilidade de propor ou contestar uma ação. O

²³⁸ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 51.

²³⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. p. 28.

²⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 09.

²⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 09.

²⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 10-11.

Estado social preocupado com as necessidades básicas dos cidadãos confere uma gama de direitos aos indivíduos, por sua vez estes, passam a pleitear a efetivação desses direitos por intermédio da justiça.²⁴³

Por isso, segundo Cappelletti e Garth, o acesso à justiça “tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais”, uma vez que a titularidade desses direitos seria destituída de sentido caso não houvesse meios para reivindicar sua efetivação. Constituindo-se, portanto, no “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos.”²⁴⁴

Rodrigues e Lamy elevam a importância do acesso à justiça ao patamar de metaprincípio constitucional. Segundo eles, a extensão do conteúdo dessa garantia não pode ser verificada apenas num dispositivo constitucional.

Em realidade ela se espalha por um conjunto de direitos e garantias constitucionais, regra geral denominados de princípios constitucionais do processo. É no conjunto desses princípios que se encontra a garantia de acesso à justiça. Nesse sentido, pode mesmo ser visto como um metaprincípio constitucional, (...). O direito de acesso à Justiça, visto como direito humano fundamental, não se limita a simples possibilidade de petição ao Poder Judiciário, mas sim, inclui o direito a uma pronta e efetiva resposta (dentro de um prazo razoável), o julgamento por um juiz ou tribunal imparcial, o respeito ao devido processo legal e às demais garantias processuais e constitucionais. Essa concepção de acesso à Justiça engloba todos os princípios constitucionais (...).²⁴⁵

Apesar dos variados sentidos, os mais comuns, segundo Rodrigues, são dois: o primeiro que atribui à categoria justiça o mesmo sentido e conteúdo que Poder Judiciário, fazendo com que as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário sejam sinônimas; e o segundo que parte de uma visão axiológica do termo justiça, e compreende o acesso à justiça como acesso a uma “determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. Esse último, por ser mais

²⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 11.

²⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 11-12.

²⁴⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 138.

amplo, engloba no seu significado o primeiro.”²⁴⁶ Não obstante os dois sentidos serem válidos, para a abordagem temática pretendida adota-se o segundo.

Pode-se verificar uma considerável diversidade de concepções sobre o assunto. Uns pautam-se por uma visão mais técnica, como acesso ao Poder Judiciário, outros numa visão mais filosófica, como acesso a uma ordem jurídica justa. No entanto, há consenso, que o acesso à justiça, deva ser considerado um direito, um princípio ou uma garantia dos indivíduos exercitarem ou defenderem aquilo que entendem ser de direito. Porém, essa possibilidade de exercício nem sempre foi conferida a todos os indivíduos de forma concreta, é o que se passa a explicitar, a seguir, traçando um breve roteiro histórico dos movimentos de acesso à justiça.

2.1.3 Movimentos de acesso à justiça

A questão do acesso à justiça pode ser localizada historicamente desde a Antiguidade. Por isso, para alguns doutrinadores o estudo sobre o tema, pode ser dividido em dois momentos: antes e depois dos séculos XVIII e XIX.²⁴⁷

Têm-se registros de que nos primórdios do direito escrito, de inspiração divina e fundado na religião, já havia a preocupação em oferecer proteção aos hipossuficientes.²⁴⁸ Na Antiguidade clássica, em Atenas, eram nomeados anualmente dez advogados responsáveis em defender os menos abastados. Já em Roma, com Constantino e posteriormente com Justiniano, o Estado era responsável em garantir um advogado àqueles que não detinham condições de arcar com os custos de um.²⁴⁹

Na Idade Média, diversos países estabeleceram sistemas de assistência

²⁴⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. p. 28.

²⁴⁷ ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002. p. 39.

²⁴⁸ “O Código de Hamurabi incentivava o oprimido a procurar o soberano, para que este solucionasse a questão.” ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 344-345.

²⁴⁹ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 52.

aos pobres, que inspirados na caridade pregada pela Igreja Católica, impunham aos advogados o dever de defender sem cobrar honorários e os juízes de julgar sem cobrar as custas processuais nas causas dos menos favorecidos.²⁵⁰

Contudo, foi durante os séculos XVIII e XIX com as revoluções burguesas, que se positivou, através das declarações de direitos (Declaração de Direitos do Estado de Virgínia (EUA), 1776; Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (França), 1789), o princípio de Direito Natural de que todos são iguais perante a lei, como fundamento da assistência judiciária pública, a ser, posteriormente, erigida como dever do Estado.²⁵¹

O sistema de assistência judiciária estabelecido nesse período, todavia, além de insuficiente era ineficiente, pois reconheceu o direito de acesso à justiça, mas ao mesmo tempo, não criou instrumentos capazes de dar efetividade a esse acesso. Além do mais,

(...) não se pode dizer que existisse nem mesmo uma tendência de ampliação do acesso à justiça a todos os cidadãos. A filosofia liberal e individualista que marca os séculos XVIII e XIX é também a tônica dos procedimentos adotados para resolução dos litígios civis. Só formalmente os indivíduos possuíam direito ao acesso à Justiça. Como a maioria dos bens dentro do sistema do *laissez-faire, laissez-passez*, somente aqueles que pudessem arcar com as despesas de uma demanda poderiam buscar a Justiça.²⁵²

Não obstante a conquista formal do direito de acesso à justiça no Estado Liberal, será a partir do século XX, com o reconhecimento de direitos sociais, que o acesso à justiça recebe a importância merecida. A complexidade da sociedade capitalista, o enfraquecimento da visão individualista, a reivindicação de novos direitos sociais fazem com que o direito de acesso à justiça seja o precursor na busca da efetivação daqueles direitos.²⁵³

²⁵⁰ “Humberto Penã de Moraes conta que na França do Século XIII, durante o reinado de Luiz IX (1214-1270), canonizado pela Igreja Católica (São Luiz), foi determinado o ‘patrocínio gratuito dos desafortunados’; no século seguinte, Carlos IV (1316-1378) ordenou que ‘todos os advogados e procuradores, na sede dos tribunais, ajudassem, gratuitamente, com seus ministérios, os pobres que tivessem, aí, qualquer processo’.” CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 53.

²⁵¹ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 53.

²⁵² CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 55.

²⁵³ Os direitos sociais “são aqueles que vão tornar realmente efetivos os direitos anteriormente

Destaca Abreu, que o Estado Social proporcionou grandes avanços positivos aos mais vulneráveis, estabelecendo novos direitos aos trabalhadores, proteção especial aos consumidores e ao meio ambiente, o que gerou “uma expectativa geral de justiça”.²⁵⁴ No entanto, é a partir da década de sessenta que o acesso à justiça passa a se consolidar como um movimento contestatório em prol de reformas judiciais para garantir efetividade a esse direito de acesso.²⁵⁵

Na perspectiva de Boaventura,

(...) a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado-Providência transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.²⁵⁶

Assim, com o intuito de concretizar o acesso à justiça, a partir de 1965, é possível verificar três movimentos ou ondas em prol da efetivação do acesso à justiça. O primeiro movimento foi em busca da assistência judiciária como forma de proporcionar atendimento jurídico aos menos favorecidos, pois proporcionar assistência judiciária às pessoas que não podiam custear o processo era vital para garantir que todos tivessem acesso à justiça.²⁵⁷ Nesse sentido, os sistemas de assistência judiciária foram se aperfeiçoando e, como consequência, as barreiras até então existentes começaram a ceder.²⁵⁸

Apesar da grande importância da assistência judiciária para tal concretização, esse não foi o único movimento. A segunda onda verificada com o objetivo de melhorar o acesso enfrentou a questão da representação jurídica para os interesses coletivos em sentido amplo. No dizer de Cappelletti e Garth, a concepção

reconhecidos pelas declarações de direitos do homem” CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 57.

²⁵⁴ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 347.

²⁵⁵ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 59.

²⁵⁶ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999. p. 146.

²⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 31-32.

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 47.

até então vigente do processo civil não dava espaço para a proteção desses direitos. Uma vez que o processo era visto apenas como “um assunto entre duas partes, que se destinavam à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”, e os direitos pertencentes ao público em geral ou a um grupo determinado, não se enquadravam nesse esquema do processo civil.²⁵⁹

Na visão de Bolzan de Moraes e Spengler,

O acesso à justiça, percebido como um interesse difuso implicou – seja em nível interno, seja internacional e supranacional – a necessária incorporação ao cotidiano jurídico-jurisdicional de fórmulas diversas que permitissem não só a agilização dos procedimentos, mas, isto sim, uma problematização dos métodos clássicos desde um interrogante acerca de sua eficácia como mecanismo apto a dar respostas suficientes e eficientes para a solução dos litígios que lhe são apresentados.²⁶⁰

Dessa forma, a segunda onda buscou solucionar problemas de representação dos interesses coletivos em sentido amplo (direitos difusos, direitos coletivos em sentido estrito, direitos individuais homogêneos)²⁶¹, direitos emergentes, que estavam com sua eficácia comprometida por falta de aparato procedimental e de uma nova concepção do processo que os fizesse realmente valer.²⁶²

As mudanças promovidas foram referentes ao alargamento da legitimação ativa para propor as demandas que visassem à proteção dos direitos coletivos, permitindo que instituições e associações representassem judicialmente os grupos envolvidos; modificação do entendimento acerca da citação e sobre o direito

²⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 49-50.

²⁶⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 37.

²⁶¹ Os interesses ou direitos difusos são entendidos como os “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato.” Os interesses ou direitos coletivos em sentido estrito são aqueles “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.” Os interesses ou direitos individuais são aqueles “decorrentes de origem comum.” BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Artigo 81, parágrafo único.

²⁶² CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 62.

de ser ouvido, uma vez que nem todos os titulares desses direitos poderiam ser ouvidos, ou chamados a integrar a lide; alteração da concepção tradicional de coisa julgada, já que a decisão proferida vincularia não apenas os envolvidos diretamente no processo, mas também, a todos os indivíduos pertencentes ao grupo ou à coletividade.²⁶³

O terceiro movimento verificado refere-se a um novo “enfoque de acesso à justiça” que engloba uma concepção mais ampla de acesso. Essa terceira onda, formou-se, mas ainda não se esgotou.²⁶⁴ O progresso obtido com as reformas no sistema de assistência judiciária e a adaptação da representação de interesses coletivos foram essenciais para proporcionar um verdadeiro acesso à justiça. Contudo, o novo enfoque dado ao tema, pela terceira onda, é mais abrangente, e concentra sua atenção num conjunto mais abrangente que contempla as instituições e os mecanismos, as pessoas e os procedimentos utilizados para processar e, ao mesmo tempo, prevenir disputas nas sociedades modernas.²⁶⁵

Esse novo enfoque dado ao acesso à justiça,

(...) encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo, destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.²⁶⁶

Não obstante as diversas facetas incluídas nesta terceira onda, para o desenvolvimento da pesquisa, a ênfase será dada na inclusão dos métodos privados de resolução de conflitos, como a Arbitragem, que possibilita verificar um acesso à justiça não exclusivamente por intermédio do Poder Judiciário, mas também, por vias de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias.

²⁶³ Ver CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 62-64.; e CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 49-67.

²⁶⁴ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 64.

²⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 67-68.

²⁶⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 71.

O novo modo de verificação, proposto neste terceiro movimento, permite perceber que, se no início o Estado priva os cidadãos de solucionarem seus litígios por meios privados e monopoliza essa função, atualmente, vem à tona a discussão sobre a necessidade de se incentivar o uso desses mecanismos como forma de concretização do direito que passa agora, a ser entendido numa visão mais ampla e abarca um acesso à justiça que tanto pode se dar por recurso aos órgãos judiciários estatais, quanto pelos demais instrumentos de pacificação privada devidamente reconhecidos pelo Estado.

2.1.3.1 Dos movimentos de acesso à justiça no Brasil

No Brasil os movimentos de acesso à justiça seguiram esse padrão de ondas visto até então, porém somente tomou contornos transformadores após o final da ditadura militar, no início da década de oitenta. Somente com o retorno do Estado Democrático de Direito e com a Constituição Federal de 1988, é que se confere aos cidadãos a garantia de pleno acesso à justiça.²⁶⁷

Relata Nery Júnior, que num passado não tão remoto teve-se no Brasil episódicos históricos que envergonharam o direito brasileiro, como por exemplo, os estados totalitários da primeira metade do século XX que proibiam o acesso por questões raciais; o Ato Institucional nº. 5, que excluiu da apreciação do Poder Judiciário os atos praticados durante a vigência da ditadura militar, situação que somente veio a se normalizar com o advento da Constituição Federal de 1988, que não mais permitiu qualquer tipo de ofensa à garantia do direito de ação.²⁶⁸

Dessa forma, comparando a realidade brasileira com os movimentos verificados por Cappelletti e Garth, tem-se com relação à primeira onda o aprimoramento do sistema de assistência judiciária. Esta esteve presente em quase todas as constituições desde a Constituição de 1934²⁶⁹, regulamentada pela Lei nº. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Tal diploma estabelece as normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados.

²⁶⁷ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 69.

²⁶⁸ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 85-86.

²⁶⁹ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 74.

Entretanto, foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que houve a reafirmação da importância da assistência aos hipossuficientes, ao prever no artigo 5º., inciso LXXIV que cabe ao Estado prestar a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiências de recursos. Na visão de Cezar, a Carta magna de 1988 ampliou a “ação dos serviços de assistência judiciária para uma prestação mais eficaz e completa, extrapolando o assistencialismo do mero acesso ao juízo, para garantir também a assessoria jurídica preventiva e extraprocessual.”²⁷⁰ Além disso, preveem a criação de Defensorias Públicas e dos Juizados Especiais como forma de concretizar o acesso efetivo à justiça.

O segundo movimento se refere à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. No Brasil, somente na década de oitenta é que se passou a falar em ações coletivas, quando do advento da Lei nº. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública.²⁷¹ Posteriormente, com a Constituição de 1988, outros mecanismos foram inseridos no ordenamento jurídico com o intuito de proteção dos direitos coletivos em sentido amplo: a ampliação da Ação Popular; o mandado de segurança coletivo; o aumento dos legitimados a defender e representar esses interesses, como o Ministério Público, as entidades de classe, associações, partidos políticos; o próprio Código de Defesa do Consumidor passou a disciplinar as ações coletivas para a tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito, e individuais homogêneos dos consumidores lesados.²⁷²

A terceira onda trata de diversas reformas no sistema jurídico, mas se limita, neste trabalho, à inclusão dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos como instrumentos de acesso à justiça numa visão mais abrangente. Tem-se que, e se verificará mais especificamente no terceiro capítulo, mecanismos ditos alternativos de resolução de controvérsias, como a Arbitragem, previstos no ordenamento jurídico brasileiro desde a colonização portuguesa, somente em 1996,

²⁷⁰ CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. p. 75.

²⁷¹ PINHEIRO, José Ernane et al. **Ética, Justiça e direito**: reflexões sobre a reforma do judiciário. p. 246.

²⁷² No Brasil, a Ação Popular é regulamentada pela Lei nº. 4.717, de 29 de junho de 1965; o Mandado de Segurança pela Lei nº. 12.016, de 7 de agosto de 2009, que trata tanto do mando individual quanto coletivo; o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, trata no Título III, artigos 81-104, “Da defesa do consumidor em juízo”.

com a Lei nº. 9.307, é que recebeu regulamentação própria.

Para Bolzan de Moraes e Spengler,

(...) a inserção do Brasil, neste contexto de readequação dos procedimentos judiciais através de outros meios para o tratamento de conflitos, passa a tomar forma a partir dos arts. 125, IV, e 447 do CPC, que preveem sempre a necessidade de proposta de conciliação em todas as demandas judiciais; a Lei 9.099/95, que, de forma tênue, prevê, no seu artigo 2º, o uso dos institutos da conciliação e transação, e a Lei 9.307/96, que regulamentou o instituto da arbitragem.²⁷³

Pode-se perceber uma grande gama de instrumentos, reformas, e inovações legislativas em prol da efetivação do direito de acesso à justiça. Todavia, o grande marco promotor de todo esse movimento, foi a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer definitivamente o acesso à justiça como um direito inafastável do cidadão. O tema deixou de ser apenas teórico e passou a encontrar suporte no texto constitucional, representando assim, um contínuo esforço do operador jurídico brasileiro, no sentido de alargar a porta da justiça.²⁷⁴

Ao prever em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, consagrou-se o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, entendido como o direito de todos ao acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória, relativamente a direitos não só individuais, como também difusos e coletivos.²⁷⁵

Assim, estabelecido constitucionalmente o direito inarredável do acesso à justiça, através do que se convencionou também denominar de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, passa-se, na sequência, a verificar as questões pertinentes a este princípio, bem como as consequências de uma leitura exacerbada de seu conteúdo.

²⁷³ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 111.

²⁷⁴ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 19.

²⁷⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. p. 86.

2.2 PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Mas, nesse grande baile social, todos são comprometidos, ou com os donos do baile ou com a grande maioria que engendra novos ritmos que irão romper com as etiquetas e os próprios fundamentos da festa. E a justiça, julgando-se eterna e equilibrada, não sabe, mas envelhece, esvazia-se, torna-se objeto de chacotas e aqueles que foram por tanto tempo preteridos e nunca tiveram em suas mãos essa mulher, começam a pensar que não é uma fêmea distante e equilibrada que desejam, mas uma mulher apaixonada e comprometida que dance no baile social os novos ritmos da esperança e do comprometimento. Não querem mais um ser acima de todos, mas o que está inserido na luta daqueles que se empurram e gritam para que seus ritmos e músicas sejam ouvidos: os ritmos e músicas da vida, da alegria, do pão e da dignidade. (...) ²⁷⁶ (Parte 2)

Como dito anteriormente, o Estado ao se tornar detentor do poder-dever, ou função de solucionar os conflitos gerados no meio social, teve, ao mesmo tempo, que garantir a esta sociedade que não obstaria o julgamento dos conflitos a ele trazidos pelas partes. A prestação da atividade jurisdicional estaria assim garantida através do direito de acesso à justiça e do que se convencionou denominar de Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Tal princípio que, segundo Grinover, fora se afirmando em todos os Estados modernos, possui dois aspectos: um, representando o poder-dever do Estado, como obrigatoriedade de prestar a tutela jurisdicional, ou seja, indicando o “monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex partes principis*)”; dois, representando para o particular a garantia de acesso à justiça e resolução do conflito pelo Estado em uma eventual necessidade, referindo-se “ao amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*)” ²⁷⁷.

²⁷⁶ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999, p. 13.

²⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (Parágrafos Únicos dos Arts. 249-251 do Código Civil). In: VELLOSO, Carlos Mário da Silva; ROSAS, Roberto; AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. **Princípios Fundamentais Constitucionais**. São Paulo: Lex Editora, 2005, p. 22. “Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual moderníssima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça.” CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.

Esse princípio expressa o poder-dever do Estado na prestação da tutela jurisdicional em contradição à possibilidade do indivíduo utilizar-se de meios impróprios e contrários ao ordenamento jurídico para resolver seus próprios conflitos²⁷⁸. Na leitura de Dinamarco,

Conscientes da necessidade da tutela jurisdicional institucionalizada como fator de paz na sociedade, os povos obtêm do Estado solenes promessas de dispensá-la e pautar o exercício da jurisdição por certas linhas capazes de assegurar a boa qualidade dos resultados. Como em outros países, no Brasil figura em sede constitucional essa fundamental promessa, aqui formalizada na proibição de excluir da apreciação judiciária as queixas por lesão ou ameaça a direitos (art. 5º., inc. XXXV). *Tal é a fórmula tradicionalmente apresentada como garantia constitucional da ação e, em termos mais recentes, como garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.*²⁷⁹

Esse princípio surgiu do desejo de defender o indivíduo contra a atuação do Estado²⁸⁰, pois segundo Portanova, impossibilita a criação de obstáculos que dificultam ou impeçam o cidadão de buscar o seu direito no Poder Judiciário²⁸¹. Ou seja, como também compreende Rodrigues e Lamy, politicamente tem o sentido fundamentado na ideia de separação dos poderes, visando garantir a defesa do indivíduo perante o Estado, colocando-se “como um freio ao possível arbítrio dos poderes do Estado – uma garantia direta contra o arbítrio do Poder Legislativo e indireta contra o arbítrio do Poder Executivo e do próprio Poder Judiciário.”²⁸²

Nesse horizonte, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, segundo Teixeira, toca dois temas relevantes: a efetividade do processo e o acesso à justiça. Pois busca viabilizar tanto a aplicação do direito material como o próprio funcionamento do regime democrático. E nesse aspecto, a jurisdição passa a representar “uma das expressões da soberania e o processo instrumento dessa jurisdição, instrumento político de efetivação das garantias asseguradas

164.

²⁷⁸ PINTO, Luiz Roberto Nogueira. **Arbitragem**: a alternativa premente para descongestionar o Poder Judiciário. São Paulo: Arte & Ciência, 2002. p. 61.

²⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 109.

²⁸⁰ TESCHEINER, José Maria Rosa citado por PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1999. p. 83.

²⁸¹ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1999. p. 82.

²⁸² RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. p. 141.

constitucionalmente e até mesmo manifestação político-cultural”.²⁸³

Para Portanova,

A questão do amplo acesso à justiça traz indiscutível finalidade educativa, de verdadeira adaptação de comportamento a tempos democráticos. Ademais, permite pôr em questão a superação de eventual descompasso entre uma lei antidemocrática e a dinâmica da vida. O Judiciário é acessível, ainda, a demandas que evitem um tratamento exageradamente individualista, na busca de um enfrentamento coletivizado do direito. Assim, prevalece menos o ponto de vista do Estado produtor do direito (legislador/lei, juiz/Judiciário), e prevalece mais a ótica do cidadão como consumidor do direito e da justiça (...).²⁸⁴

Nesse sentido, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional trata de uma garantia para todos que se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos, de buscar abrigo nos órgãos judiciais, não podendo a lei proibir tal acesso. Consagrando, na visão de Câmara, aquilo que se chamou de “direito de acesso aos tribunais”, pois assegura “como garantia fundamental – o direito de demandar perante os órgãos jurisdicionais do Estado, seja qual for a causa que se queira deduzir perante estes”²⁸⁵, devendo-se aqui fazer as ressalvas necessárias quanto às condições legais para a propositura de uma ação.

O entendimento que se emprega ao artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, de que nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, deve ser dirigido no sentido de que qualquer forma de pretensão pode ser levada ao conhecimento do Judiciário para que este se manifeste pela solução adequada. É o que assevera Bueno ao dizer que:

Uma vez provocado, o Estado-juiz tem o dever de fornecer àquele que bateu às suas portas uma resposta mesmo que seja negativa no sentido de que não há direito nenhum a ser tutelado ou, bem menos do que isto, uma resposta que diga ao interessado que não há

²⁸³ TEXEIRA, Sálvio de Figueiredo citado por PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1999. p. 83.

²⁸⁴ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 3. ed. Porto Alegre: Editora do Advogado, 1999. p. 84.

²⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55-56.

condições mínimas de saber se há, ou não, direito a ser tutelado, isto é, que não há condições mínimas do exercício da própria função jurisdicional.²⁸⁶

O princípio em comento tem, para Dinamarco, um significado político de pôr sob controle jurisdicional “todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de insatisfação às pessoas e, portanto o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida.”²⁸⁷

Ademais, esse dispositivo constitucional não se resume em mera garantia de ingresso nos tribunais, mas também garante a própria tutela a que a parte tiver direito. Nesse sentido, tal princípio prescreve que as pretensões deduzidas sejam aceitas em juízo, processadas e julgadas, e que a tutela deferida seja realmente efetivada.²⁸⁸

Esse princípio comporta ainda duas interpretações distintas com relação aos seus destinatários, mas que completam o conteúdo previsto constitucionalmente. Sob uma primeira ótica, o destinatário seria o legislador, ao qual é vedado editar normas que restrinjam ou impeçam os indivíduos de ingressar em juízo. Assim, uma norma jurídica que viesse privar o indivíduo lesado ou ameaçado em seu direito de acessar à justiça deve ser tida como inconstitucional.²⁸⁹

Já numa segunda ótica, verifica-se o Estado-juiz como destinatário do seu conteúdo, pois a Constituição Federal de 1988 ao garantir a todos o direito de acesso à justiça proclamou, por outro lado, o dever do Estado em prestar adequadamente a tutela jurisdicional. Dessa forma, Câmara justifica que,

Tal tutela a ser prestada pelo Estado, porém, não pode ser meramente formal, mas verdadeiramente capaz de assegurar efetividade ao direito material lesado ou ameaçado para o qual se pretende proteção. Em outras palavras, ao direito que todos têm de ir a juízo pedir proteção para posições jurídicas de vantagem lesadas ou ameaçadas corresponde o dever do Estado de prestar uma tutela

²⁸⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do processo civil. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 138.

²⁸⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 198.

²⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 199.

²⁸⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 56.

jurisdicional adequada.²⁹⁰

Logo, qualquer norma que impeça o cidadão de recorrer ao Poder Judiciário ou afaste deste a prerrogativa de exercer a jurisdição é considerada uma afronta ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Por isso, consoante Bueno,

Se a Constituição impõe que a lei não retire do Poder Judiciário a apreciação de qualquer ameaça ou lesão a direito, não há como negar que qualquer lei – e, com maior vigor ainda, qualquer ato infralegal – que pretenda subtrair da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito é irremediavelmente inconstitucional. Como o exercício do direito de ação consagrado neste dispositivo impõe a manifestação do estado-juiz e como esta atuação tem de ser adequada (devida) para outorgar a tutela jurisdicional tal qual requerida, não há como negar que nenhuma lei pode também pretender minimizar o processo e as técnicas processuais adotadas ou adotáveis por ele, para o exercício escorreito da função jurisdicional, sob pena de, indiretamente, minimizar-se a amplitude do art. 5º., XXXV, da Constituição Federal e, por isso mesmo, ser irremediavelmente inconstitucional.²⁹¹

Nessa perspectiva, a justiça se apresenta como a forma mais conhecida, confundindo-se com o Estado através do Poder Judiciário, sendo este o poder responsável por solucionar as lides, emprestando à sociedade no entendimento de Ramos Júnior, o aparato administrativo e judicial necessário para a “harmonização e otimização dos direitos, garantias e prerrogativas conflitantes e antinômicas, é nas mãos do Magistrado que se concentra a missão de sanar pendências. Impor a ordem. Implementar a Justiça, concretizá-la.”²⁹²

A concepção desse princípio está centrada na idéia de supremacia do poder estatal, especificamente no que se refere a resolver as controvérsias e promover, como consequência, a justiça. Da leitura do artigo 5º., inciso, XXXV, extrai-se esta competência exclusiva, ao prever que a “Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, atribuindo a função

²⁹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. p. 57.

²⁹¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do processo civil**. p. 58.

²⁹² RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo: visão crítica**. p. 39.

jurisdicional de forma “inarredável, única e exclusiva”²⁹³ ao Poder Judiciário.

Essa é a concepção que perdura até os dias atuais: da jurisdição enquanto monopólio estatal; de acesso à justiça somente por intermédio dos órgãos judiciais. Os movimentos em prol do acesso colhem os frutos do seu sucesso, através do incremento dos sistemas de assistência judiciária, das Defensorias Públicas, das várias reformas legislativas em prol da tutela dos direitos coletivos, entre outros avanços verificados, em que pese ainda necessitem de adequações. Constitui-se, assim, o direito de acesso à justiça num direito constitucional inafastável por obra do Estado, sucesso que pode ser percebido, igualmente, no grande número de ações que ingressam nos tribunais brasileiros diariamente.

O que se buscou, de forma geral, ao se pleitear acesso efetivo as mais diversas camadas sociais, foi universalizar a jurisdição, ou seja, proporcionar que um número cada vez maior de indivíduos pudesse demandar, quando necessário, perante os órgãos judiciários, e dessa forma, ver garantido o seu direito violado ou ameaçado.

Porém, o sucesso da efetivação do direito de acesso à justiça, através da universalização da jurisdição, trouxe na bagagem algumas implicações. Universalizar a jurisdição é “enderecá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não-jurisdicionalizáveis.”²⁹⁴ Ou seja, permitir que a grande maioria das situações conflituosas dos indivíduos possam ser levadas a julgamento perante os órgãos judiciários para efetivação dos direitos previstos juridicamente. Só haverá, portanto, acesso à justiça se os óbices existentes forem removidos, o que foi objeto de preocupação dos movimentos em prol do acesso à justiça.

No entanto, uma compreensão equivocada extraída dos movimentos de acesso à justiça, e da leitura do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo Mancuso, levou a sociedade a incorporar a ideia de que todo conflito

²⁹³ RISTOW, Edson. **Ética**: função jurisdicional, *due process of law* e o princípio da razoabilidade. p. 43.

²⁹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 113.

deva ser levado aos tribunais brasileiros, desenvolvendo-se uma verdadeira cultura demandista ou judiciarista, que acaba se refletindo na própria atuação do Estado-juiz, e que merece ser verificada sob pena de inviabilizar o próprio acesso à justiça²⁹⁵ Por isso, passa-se a seguir, a verificar as consequências dessa cultura, bem como o movimento inverso, na busca da desjudicialização dos conflitos.

2.2.1 Cultura demandista ou judiciarista

A complexidade da sociedade moderna não atinge, na visão de Watanabe, apenas as estruturas sociais ou econômicas, mas também, o próprio indivíduo inserido na sociedade que passa a ter as mais inúmeras relações, que por sua vez, geram algumas consequências importantes, como por exemplo, o grande número de conflitos oriundos dessas relações que podem ter na base tanto interesses individuais quanto coletivos.²⁹⁶

As lutas sociais, os movimentos de grupos na busca do reconhecimento de novos direitos, a transformação do Estado Liberal em Estado-Providência, bem como a consolidação deste último, representou um grande avanço para a sociedade com relação à expansão dos direitos que passaram a ser garantidos. A consolidação do Estado-Providência representou a expansão dos direitos sociais e, por meio deles, a inserção das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance.²⁹⁷

Ao Estado coube a missão de diminuir as desavenças e as desigualdades sociais, porém com os novos direitos surgiram novos conflitos, que por terem implicância jurídica, a resolução caberia ao Poder Judiciário. Assim, novos conflitos passaram a chegar aos tribunais: relações de trabalho, segurança, habitação, consumo, além das alterações nos padrões familiares que ocasionou uma grande

²⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 98.

²⁹⁶ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; KAZUO, Watanabe. **Participação e processo**. p. 151-152.

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 145.

conflitualidade familiar.²⁹⁸

Esses fatores, consoante Boaventura, resultaram numa explosão de litigiosidade que a própria administração da justiça teria dificuldade de solucionar. Além do mais,

Acrece que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares da década anterior (Fano *et al.*, 1983). Uma situação que dá pelo nome de crise financeira do Estado e que se foi manifestando nas mais diversas áreas de atividade estatal e que, por isso, se repercutiu também na incapacidade do Estado para expandir os serviços de administração da justiça de modo a criar uma oferta de justiça compatível com a procura entretanto verificada.²⁹⁹

O surgimento de novas categorias de direitos (individuais, sociais, difusos, coletivos, individuais homogêneos), faz surgir novos atores e novos conflitos, e essas demandas acabam causando uma explosão de litigiosidade significativa para a estrutura judiciária.³⁰⁰

Por sua vez, a conflituosidade crescente tem várias causas, porém nunca analisadas de forma profunda. O que se tem, no entanto, é a estrutura jurídico-política muito mais ligada “aos ‘remédios’ e quase nunca às causas, deixando de lado análises mais profundas sobre a litigiosidade crescente, que é constantemente ‘traduzida’ na linguagem jurídica e que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciais.”³⁰¹

Essa explosão de litigiosidade se dá tanto com relação à quantidade

²⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 145.

²⁹⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 145.

³⁰⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 78.

³⁰¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 70.

quanto à qualidade de controvérsias que passam a ser dirigidas aos órgãos judiciários, somada a uma “cultura do conflito” que faz com que todos os litígios acabem resultando em ações judiciais. Por isso, a política do direito deveria ser no sentido de uma “judicialização mínima” sob pena de se manter uma “jurisdição ineficaz”.³⁰²

A cultura do conflito, demandista ou judiciarista como também é chamada, instalou-se na sociedade brasileira e segue presente consoante Mancuso, em grande parte por uma leitura equivocada do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.³⁰³ Extraíu-se deste dispositivo uma ideia “genérica, incondicional e prodigalizada” da oferta de prestação jurisdicional, que nenhum Estado de Direito, nem mesmo sendo a maior potência econômica mundial, conseguiria suprir.³⁰⁴

A cultura demandista instalada por conta de uma leitura “exacerbada, quicá ingênua e irrealista, da garantia de acesso à justiça” viu:

(...) nessa oferta o desaguadouro geral e indiscriminado de toda e qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, albergando assim as desavenças que beiram o mero capricho ou o espírito de emulação, como as controvérsias de mínima expressão pecuniária ou nenhuma complexidade jurídica. Umas e outras, em verdade, não justificam a judicialização, na esteira do sábio aviso romano – de *minimis non curat praetor* - podendo e devendo ser resolvidas por outros meios,

³⁰² BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 70.

³⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 98. O “constituente de 1988, tendo instituído uma Carta notoriamente extensa, analítica, pródiga em direitos (mas já não assim quanto aos deveres...), com isso fomentou as expectativas sociais, exacerbando a demanda por justiça. essa tensão se intensificou, ademais, pela frustração causada pelo não-atendimento ou oferta insuficiente, por parte do Estado-administrador, dos numerosos direitos sociais prometidos no texto constitucional. esse ufanista Estado-Providência logo se revelaria incapaz de atender à prometidas benesses, levando cientistas políticos a falarem numa crise do Estado-Providência, que passa pela incapacidade da oferta de serviços judiciários em proporção aos notório crescimento da demanda: ‘(...) a resposta dos tribunais ao aumento da procura de tutela acabou por moderar essa mesma procura, na medida em que os custos e os atrasos da atuação dos tribunais tornaram a via judicial menos atrativa’. (...) ‘Além disso, o aumento da litigação agravou a tendência para avaliação do desempenho dos tribunais em termos de produtividade quantitativa. Essa tendência fez com que a massificação da litigação desse origem a uma judicialização rotinizada, com os juízes a evitar sistematicamente os processo e os domínios jurídicos que obrigassem a estudo ou a decisões mais complexas, inovadoras ou controversas.’” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 143-144.

³⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 61.

perante outras instâncias, fora e além do aparato judiciário estatal.³⁰⁵

Ademais, dessa leitura atrelou-se o sentido de acesso à justiça ao sinônimo de exercício da cidadania, fazendo com que “o número absurdo de processos judiciais pendentes representaria da parte do Estado abundância na oferta de justiça e, da parte do jurisdicionado, o exercício da cidadania.”³⁰⁶

Os dados do Programa “Justiça em Números” do Conselho Nacional de Justiça sobre os novos casos que ingressaram nos tribunais brasileiros demonstraram:

1. No relatório de 2009, que no período de 2004-2008 havia um crescimento médio anual de 1,9% no número de casos novos a ingressar na Justiça Estadual, Federal e do Trabalho; já no ano de 2009, houve um aumento de apenas 0,5% em comparação com 2008; tramitando em geral nas três esferas um total de 86,6 milhões de processos;³⁰⁷
2. No relatório de 2010, fazendo um comparativo com 2009, verificou-se que o número de casos novos do ano de 2010 em comparação com 2009 diminuiu num percentual de 3,9%; totalizando um pouco mais de 24 milhões de novos casos;³⁰⁸
3. No relatório de 2011, que contemplou toda a Justiça brasileira – tribunais que antes não eram contabilizados - verificou-se um crescimento de 8,8% em relação a 2010, e 7,3% em comparação com os tribunais que participaram dos anos anteriores; 26 milhões de casos novos ingressaram

³⁰⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 98.

³⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 13.

³⁰⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama justiça em números 2010. **Justiça em números**. p. 177. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso em: 11 maio 2013.

³⁰⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama do judiciário brasileiro 2009. **Justiça em números**. p. 183. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em 10 maio 2013.

em 2011, totalizando um quantitativo de quase 90 milhões de processos em tramitação.³⁰⁹

4. No relatório de 2012, verifica-se um aumento de 8,4% de novos casos que ingressaram no Poder Judiciário brasileiro em 2012, somando um total de mais de 28 milhões de novas ações judiciais, atingindo o patamar de 92,2 milhões de processos em tramitação no ano de 2012.³¹⁰

Frente a esses dados, verifica-se uma grande cultura demandista, principalmente ao se considerar o censo demográfico brasileiro de 190 milhões³¹¹ de habitantes. Tem-se que a cada duas pessoas, uma tem uma ação judicial em curso,³¹² ocorrendo o fenômeno que Mancuso descreveu como sendo a liberalização ou generalização do serviço estatal de distribuição da Justiça. Segundo o autor, ao se admitir que toda e qualquer controvérsia seja admitida e processada são produzidos três efeitos: fomento da litigiosidade no interno da sociedade; desestímulo na busca de meios alternativos, e, por fim, é fator de sobrecarga do Poder Judiciário, “atulhando-o de processos que, antes, poderiam e deveriam ser resolvidos em outras instâncias.”³¹³

A leitura exacerbada e irrealista do contido no art. 5º., XXXV, da CF – a chamada indeclinabilidade da função judicial do Estado – tem acarretado consequências deletérias, tanto para a administração da justiça como para o jurisdicionado, ao ensejar a ilação de que quaisquer pretensões resistidas ou insatisfeitas devem ser judicializadas. Sem embargo, aquele princípio, ou aquela garantia, têm sido enaltecidos, seja pela facilitação do acesso à Justiça, posta pelo saudoso Mauro Cappelletti como *la prima ondata* de renovação do processo civil, seja porque ali se perscruta um exercício de

³⁰⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números 2012. **Justiça em números**. p. 448. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 11 maio 2013.

³¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números 2013. **Justiça em números**. p. 298-299. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 20 out. 2013.

³¹¹ Dado extraído do Portal IBGE. População: censo demográfico 2010. **Instituto brasileiro de geografia e estatística**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

³¹² Essa comparação não representa a realidade fática, pois, seria necessário averiguar quem são os demandantes, e sabe-se que o próprio Estado é responsável por uma grande parcela dessas demandas.

³¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 58-59.

cidadania, ou se se quiser, um fator de inclusão social por meio da Justiça.³¹⁴

As facilidades e garantias buscadas pelos movimentos de acesso à justiça na busca de garantir efetividade a esse direito não podem ser compreendidas como sinônimo à prodigalização ou à banalização do acesso aos órgãos judiciários. É razoável admitir que situações destituídas de gravidade não devam chegar às portas do Poder Judiciário, “devendo antes receber solução suasória, ou, mesmo, uma postura de tolerância ou renúncia, conforme o caso, condutas adequadas a preservar o convívio pacífico em sociedade.”³¹⁵

Percebe-se que, se no início o objetivo era promover a efetividade do acesso à justiça, e garantir que todos os indivíduos pudessem recorrer ao Poder Judiciário na busca de proteção do seu direito, atualmente, busca-se conscientizar que esse acesso à justiça não pode ser entendido como incentivo ou dever de promoção de ações judiciais. Mesmo porque, um acesso desenfreado acaba pondo em risco a própria efetividade do direito de acesso à justiça, uma vez que este não se restringe apenas a garantir o acesso como um fim em si mesmo, mas, como um meio para se obter uma resposta satisfativa, ou não, de acordo com o direito de cada parte.

Por isso, para se continuar a garantir o próprio acesso à justiça é imprescindível uma mudança de atitude, o que se vislumbra atualmente na proposta de desjudicialização dos conflitos, ou seja, o movimento inverso no sentido de não se levar toda e qualquer desavença aos órgãos jurisdicionais.

2.2.2 Desjudicialização dos conflitos

A desjudicialização dos conflitos pauta-se numa nova postura frente ao conteúdo que se extrai da garantia de acesso à justiça, que o abona como um direito a ser exercido quando necessário, sem judicializar toda e qualquer desavença e sem

³¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 171.

³¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 30 e 99.

incentivar a continuidade de uma cultura demandista.³¹⁶

Escreve Mancuso:

(...) o acesso à Justiça é uma cláusula de reserva, descabendo sua prodigalização generalizada, ao risco de se incentivar a cultura demandista, controvertendo o direito de ação num convite à litigância. Antes, caberia dessacralizar a indeclinabilidade ou inafastabilidade da Justiça, desconectando-a da acepção – irrealista e até ingênua – de que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito deve ter passagem judiciária; os que assim pensam se esquecem de que a ação é um direito do jurisdicionado, e não um dever.³¹⁷

Nesse sentido, o artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao prever que a lei não excluirá do Poder Judiciário apreciação de lesão ou ameaça a direito, não pode ser interpretado como um dever de demandar ou que todas as demandas devam ser dirigidas aos órgãos judiciários. Mas que o direito de acesso à justiça deve operar como uma “cláusula de reserva”, ou seja, somente devendo ser dirigidas ao Poder Judiciário as causas que, em razão da matéria ou da complexidade, exijam a manifestação desse poder.³¹⁸

Essa “cláusula de reserva” ou “reserva do possível” defendida por Mancuso, objetiva adequar a prestação do direito de acesso à justiça à realidade judiciária brasileira, implicando “deslocá-la para um plano de subsidiariedade e não de protagonismo ou oferta primária; isso permitirá concentrar a judicialidade aos casos em que ela seja realmente inevitável”, em razão da matéria ou das pessoas envolvidas.³¹⁹

A sociedade contemporânea com os seus múltiplos conflitos necessita uma Justiça estruturada e atualizada para atender adequadamente as demandas

³¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 153.

³¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 112-113.

³¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 61. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 158.

³¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 181.

dos indivíduos, em termos de quantidade ou qualidade. Consoante Watanabe, o Brasil, mesmo adotando o sistema de jurisdição una – cabe ao Poder Judiciário a solução definitiva em matéria de direito – não pode deixar de vislumbrar outras formas de solução de conflitos.³²⁰

Na percepção de Nalini, “assim como não haverá cadeias suficientes se a pena privativa de liberdade for a única admissível (...) não haverá tribunais que bastem se todas as questões tiverem de ser solucionadas por um juiz”.³²¹ O aumento expressivo no número de processos configura a realidade de uma sociedade demandista, que além de enxergar em um conflito uma ação judicial, acredita que a única forma de solucioná-lo é direcioná-lo aos tribunais brasileiros.

A sociedade brasileira na visão de Nalini,

(...) não pode ser convertida num grande tribunal. Nem todas as causas podem ser submetidas ao convencionalismo de uma decisão judicial, lenta e custosa, hermética e ininteligível para a população. O Judiciário há de ser reservado para as grandes questões. Tudo aquilo que a comunidade puder solucionar por si, sob o influxo da noção de justiça nela disseminada pela atuação do principal dos operadores jurídicos – o juiz – será satisfatório. Há de se ressuscitar o princípio da subsidiariedade e ainda o da solidariedade, não se pretendendo multiplicar o número de juízes até o infinito.³²²

O próprio legislador vem impulsionando essas medidas no incentivo à desjudicialização dos conflitos, com o advento da Lei nº. 10.931 de 2004, que tratou da retificação administrativa de dados no processo de registro de imóveis; a Lei nº. 11.441 de 2007, que autoriza o divórcio extrajudicial, bem como o inventário e a partilha por escritura pública; a Lei nº. 11.977 de 2009, que trata do programa “Minha Casa, Minha Vida” e institui o procedimento extrajudicial de usucapião para regularização fundiária daqueles imóveis.

No entanto, é necessária uma mudança de mentalidade também do

³²⁰ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; KAZUO, Watanabe. **Participação e processo**. p. 132.

³²¹ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 100.

³²² NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 100.

jurisdicionado em verificar o binômio “necessidade – utilidade”³²³ do acesso à justiça. Não se justificando a propositura de ações judiciais quando a controvérsia possa ser solucionada por outros mecanismos idôneos, ou até mesmo, tolerada sob uma postura razoável de boa convivência social. Mas, isso requer não apenas uma alteração de postura, como também uma releitura do próprio artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, inserida, agora, num novo enfoque de acesso à justiça, que se expõe a seguir.

2.3 NOVO ENFOQUE DE ACESSO À JUSTIÇA – CONTEMPLAÇÃO DOS MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Essa bailarina que emerge não será diáfana e distante, não será de todos e de ninguém, não se porá acima dos circunstantes, mas entrará na dança de mãos dadas com os que não podem dançar, e amante da maioria, tomará o baile na luta e na invasão, pois essa justiça é irmã da esperança e filha da contestação. Mas o peculiar nisso tudo é que a velha dama inconstante continuará no baile, açulando seus donos contra essa nova justiça que não tem a virtude da distância nem a capa do equilíbrio, mas se veste com a roupa simples das maiorias oprimidas. Essa nova justiça emergente do desequilíbrio assumido, do compromisso e do conflito destruirá aquela encastelada nas alturas da neutralidade e imergirá na seiva da terra, nas veias dos oprimidos, no filão por onde a história caminha. O que é justiça? É esta.”³²⁴

O novo enfoque dado ao direito de acesso à justiça, verificado na terceira onda de Cappelletti e Garth, contempla novas reformas e estruturas na seara do direito, ou melhor, prega que o enfoque do acesso à justiça exige um estudo crítico e reformador de todo o aparelho judicial.³²⁵ Mas entre todos os aspectos contemplados nesse movimento, importa para a elaboração desta pesquisa, a inserção dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos como instrumentos de acesso à justiça.

³²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 99.

³²⁴ AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça: uma abordagem dialética**. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999, p. 13-14.

³²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 75.

Nessa esteira, vem ganhando corpo a compreensão de que as cortes judiciais não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada. O incentivo na criação e utilização de mecanismos alternativos ao sistema judiciário tradicional tem papel fundamental sobre a forma como a lei é operacionalizada, com que frequência é exercida, em benefício de quem e com que impacto social.³²⁶

Para Dinamarco,

A sólida herança cultural transmitida pela obra dos cientistas do direito, mais a prática diuturna dos problemas da Justiça institucionalizada e exercida pelo Estado com exclusividade mediante julgamentos e constrições sobre pessoas e bens, são responsáveis pelo grande zelo à jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal. Mas a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado.³²⁷

Além do mais, como se sabe, o Estado buscou e detém o monopólio de dizer o direito, porém, na visão de Beneti, dizer o direito não exaure dizer a justiça. Uma vez que a solução justa do litígio tanto pode vir da jurisdição estatal quanto realizar-se por outros métodos de resolução de conflitos. Apenas a “idolatria estatal, alimentada pela nociva ingenuidade científica ou pelo preconceito ideológico impermeável à razão, pode sustentar a crença de que o julgamento” realizado pelo Estado seja “sempre justo e de que somente esse julgamento seja apto à realização da Justiça no caso concreto.”³²⁸

A jurisdição estatal é a forma mais conhecida e evidente de solução de litígios, e ademais, é detentora exclusiva do poder de fazer cumprir tanto as suas decisões quanto dos demais instrumentos alternativos. No entanto não se coaduna na contemporaneidade considerar a jurisdição como a única fonte de acesso à justiça. Existem outros mecanismos capazes de pacificar e pôr fim às contendas. A terceira onda de acesso à justiça contempla, entre outros aspectos, a consideração de que o acesso não se deva dar, necessariamente, por intermédio dos órgãos

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 12.

³²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 117-118.

³²⁸ BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 5, n. 9, p. 104-121, jan/jun. 2002. Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33496>>. Acesso em: 10 mar. 2013. p. 104.

judiciários.

Consoante Mancuso, a concepção contemporânea de jurisdição que vai se afirmando, deixa de ser tão centrada na ideia de poder do Estado, para se ligar à compreensão de função do Estado na resolução dos conflitos. Nesse novo entendimento percebe-se que a jurisdição não pode ser uma função exercida de forma monopolística, cabendo abrir o espectro de distribuição da justiça para contemplação de métodos alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, ou mesmo como equivalentes jurisdicionais.³²⁹

Por isso, segundo Figueira Júnior,

Os métodos alternativos de solução dos conflitos são melhor compreendidos quando enquadrados no movimento universal de acesso à justiça, à medida que aparecem como novos caminhos a serem trilhados facultativamente pelos jurisdicionados que necessitam resolver seus litígios, de forma diferenciada dos modelos tradicionais da prestação de tutela oferecida pelo Estado-juiz.³³⁰

No entanto, para que outros mecanismos de resolução de controvérsias sejam inseridos e considerados como parte integrante do novo modo de se verificar o acesso à justiça, é imprescindível uma releitura do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, de forma a impedir que os entendimentos extraídos do texto sejam incompatíveis com a contemplação de métodos extrajudiciais de resolução de conflitos no que se refere o acesso à justiça.

2.3.1 Releitura do artigo 5º., inciso XXXV, da CF

A importância que o acesso à justiça representa à sociedade e, a preocupação com que esta garantia prevista constitucionalmente não se esvaia numa promessa que de fato não comportará cumprimento, exige, segundo Mancuso, que se “mantenha sua atualidade e aderência à realidade sócio-político-econômica do país” para que ela não se transforme “numa garantia meramente retórica,

³²⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 58.

³³⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 114.

tampouco numa oferta generalizada e incondicionada do serviço judiciário estatal.”³³¹

Interpretação literal e isolada deste dispositivo levaria à conclusão de que qualquer restrição ao direito de utilização da via judicial seria inconstitucional e que tal direito, por consequência, faz-se presente de forma absolutamente ilimitada e irrestrita no ordenamento jurídico brasileiro.³³²

Nesse sentido, da leitura de tal dispositivo em comento, deve-se extrair tratar-se de um dispositivo dirigido diretamente ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, e “só indiretamente ou reflexamente aos jurisdicionados, porque aquele inciso adverte esses dois Poderes para que se abstenham de apresentar proposição tendente a suprimir lides ao contraste jurisdicional, e não mais do que isso.”³³³

Percebe-se que ao contrário daqueles que vislumbram referir-se o artigo 5º., inciso XXXV, a todos os Poderes do Estado e aos jurisdicionados, Mancuso adverte ser preciso que o operador do direito não extraia mais do que realmente contém esse dispositivo constitucional, tanto em termos de extensão quanto de compreensão e finalidade, pois “realisticamente cuida-se de dispositivo endereçado ao legislador, alertando-o para não excetuar da apreciação do Judiciário históricos de lesões sofridas ou temidas.”³³⁴

Por outro lado, Beneti adverte que,

(...) é preciso não extrair das palavras do texto constitucional mais do que ele efetivamente diz, com o resultado de fulminar toda e qualquer possibilidade de utilização larga dos meios alternativos de solução de conflitos. Não se pode, na matéria, usar da interpretação extensiva, nem restritiva, senão da interpretação estrita. A extensão da previsão constitucional significaria nada mais nada menos que suprimir princípio que nem mesmo precisa ser constitucional para situar-se na órbita da intangibilidade: o princípio da autonomia da vontade. Este permite que os cidadãos envolvidos em dissensões a

³³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 55.

³³² TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011. p. 24.

³³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 59.

³³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 66.

respeito de seus direitos resolvam-nas por si sós, sem a intervenção do Estado. Daí se segue que podem, por vontade autônoma, buscar o auxílio de outrem para o encaminhamento das vontades no sentido do ajuste, nem que seja mediante a aceitação, como própria, da vontade de interveniente neutro, que lhes solucione o conflito.³³⁵

Já para Tenenblat, a confusão terminológica entre “acesso à justiça” e “acesso ao Poder Judiciário” agrava as concepções que se extrai da temática, uma vez que a confusão entre os conceitos “está nos levando para o extremo oposto: a banalização da utilização da via judicial, com a judicialização de questões que deveriam ser solucionadas em outras esferas.”³³⁶

(...) não dá mais para se defender o direito de ação de forma ilimitada ou se considerar absoluto o princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição de 1988, art. 5º, inc. XXXV) e, com isto, deixar-se de atentar para os efeitos deletérios que a ausência de restrições – sobretudo riscos – no acesso ao Poder Judiciário provoca. Assim, da mesma forma como a sociedade aprova medidas destinadas a evitar o desperdício em relação a recursos naturais (água, por exemplo), está na hora de se pensar em ações concretas visando ao uso racional dos serviços jurisdicionais.³³⁷

Contudo, ao se manter as compreensões elásticas de acesso à justiça, de modo a inafastabilidade ser aplicada também aos jurisdicionados, o artigo 5º., inciso XXXV, continuará a ser visto como um convite a litigância, “induzindo a que todo e qualquer interesse contrariado ou insatisfeito seja de logo formatado numa ação judicial.”³³⁸ E, a inserção e utilização dos métodos extrajudiciais que tenham, numa primeira análise, o condão de distanciar a jurisdição estatal, sejam considerados inconstitucionais, uma vez que afastam a manifestação do Poder Judiciário na resolução de determinada controvérsia.

É nesse sentido que Mancuso defende o caráter residual da justiça estatal e a relatividade do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, pois a

³³⁵ BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. p. 108-109.

³³⁶ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. p. 34.

³³⁷ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. p. 34.

³³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 186.

função judicial não é imposta, mas ofertada a quem dela necessite. Não se podendo extrair de tal dispositivo uma obrigação de utilização dos órgãos judiciários, salvo determinadas causas que exijam passagem pelo Poder Judiciário.

Na concepção de Tenenblat, restringir o acesso é essencial para auxiliar o desempenho satisfatório da máquina do Judiciário, no entanto, essa limitação se refere ao acesso ao Poder Judiciário e não ao acesso à justiça³³⁹, já que esta pode ser alcançada por outros mecanismos também eficientes.

Por isso, uma releitura do dispositivo constitucional em comento requer:

(...) o implemento de uma política judiciária em mais de uma frente; mudança da mentalidade do jurisdicionado brasileiro; efetiva informação à população quanto aos outros modos de resolução de conflitos; valorização deste último mesmo no âmbito dos processos judiciais em curso; prévio encaminhamento dos contraditores aos agentes, órgãos ou instâncias capacitados à composição justa do conflito; concepção residual do acesso à Justiça estatal, por modo a valorizá-la e preservá-la para a recepção das lides relevantes para a comunidade, efetivamente complexas, ou ainda aquelas que, em razão de peculiaridades da matéria ou das pessoas envolvidas, não comportam resolução por outros meios (ou quando estes tenham sido esgotados), inclusive as ações ditas necessárias.³⁴⁰

Assim, nessa nova leitura que se faz do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, é possível inserir os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos sem que estes estejam afrontando a ordem jurídica, principalmente a constitucional, ou estejam privando os indivíduos do acesso à justiça, ou o Poder Judiciário de promovê-la. Dessa forma, no último ponto deste capítulo, passa-se a tratar, de forma resumida, desses instrumentos que se colocam ao lado da jurisdição estatal com o mesmo propósito de dar solução aos conflitos.

2.3.2 Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos (MESCs)

Uma vez compreendido que os tribunais judiciais não são os únicos instrumentos a serviço da pacificação social, cabe verificar quais os demais mecanismos aptos a cumprir com essa função. Segundo Bolzan de Moraes e

³³⁹ TENENBLAT, Fábio. **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**. p. 24.

³⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 33.

Spengler, a sociedade “consciente das limitações estatais frente aos seus reclamos, jamais deixou de preservar outros métodos de tratamento dos conflitos, embora o Estado detivesse o monopólio da Jurisdição.”³⁴¹

Quanto à terminologia empregada é possível encontrar autores referindo-se a métodos alternativos, mecanismos extrajudiciais, equivalentes jurisdicionais, parajurisdicionais, ADR (*Alternative Dispute Reslution*), entre outras. No entanto, atualmente vem ganhando corpo a compreensão de que o uso da expressão “métodos alternativos” deve ser utilizada com cuidado. Ensina Carmona, que a alternatividade refere-se a uma distinção que se faz com relação à jurisdição estatal, fazendo um alerta no sentido de que a terminologia tradicional de se referir a “meios alternativos” está recebendo algumas críticas, sendo mais correto falar-se em “meios adequados” e não “alternativos”, pois um “sistema multiportas de resolução de disputas, em resumo, oferecerá aos litigantes diversos métodos, sendo necessário que o operador saiba escolher aquele mais adequado ao caso concreto.”³⁴²

Para Dinamarco, a valorização do emprego de métodos extrajudiciais na solução das demandas e na “condução à ordem jurídica justa”, reforça a equivalência entre eles e a jurisdição estatal. Do ponto de vista jurídico, as diferenças entre a Justiça estatal e a Justiça privada podem ser inúmeras, principalmente no que se refere à falta de poder desta, para efetivar as decisões. Porém se analisada a função social que exercem, vê-se que ambas objetivam pacificar os conflitos, daí que os métodos alternativos ao menos possam ser considerados parajurisdicionais.³⁴³

Por isso, no entendimento de Mancuso,

(...) todo equivalente jurisdicional ou meio alternativo capaz de tornar dispensável a ação judicial ou de antecipar o desfecho daquela já em curso deve ser prestigiado, dentro de uma óptica finalística e instrumental, em se considerando os custos, ônus e incertezas inerentes a todo processo judicial. Trata-se de dar espaço à

³⁴¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 113.

³⁴² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31-32.

³⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 122.

resolução das controvérsias fora e além do aparato judiciário estatal, seja por deliberação dos próprios interessados, seja por indução de um agente facilitador (conciliador, mediador), numa modalidade de justiça mais centrada no equânime do que estritamente jurídico (nesse sentido de rígida 'adstrição da norma de regência aos fatos'), com isso prevalecendo os ideais da 'composição justa dos conflitos' e da 'pacificação das partes', sobre o fetiche obsessivo da decisão de mérito.³⁴⁴

Nesse sentido, entre esses métodos pode-se citar: a negociação, a conciliação, a mediação, a Arbitragem³⁴⁵, o juiz de aluguel³⁴⁶, mini-juízo³⁴⁷, entre outros tantos. No entanto, esses instrumentos não serão objeto de estudo, salvo a Arbitragem que será o tema específico do próximo capítulo. Quanto aos demais, restringe-se aqui em abordar, de forma sucinta, os instrumentos presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos podem ser classificados em: autocompositivos (autônomos) – aqueles em que os próprios litigantes encontram uma solução, ou melhor, “os titulares do poder de decidir são as partes”³⁴⁸; ou heterocompositivos³⁴⁹ (heterônomos) - aqueles no qual as partes não

³⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 195.

³⁴⁵ Segundo Figueira Júnior, não se deve confundir Arbitragem - método de resolução de controvérsias com arbitramento que “significa o procedimento de apuração de determinada circunstância, fato, valor ou coisa, do qual não se tem elementos certos de avaliação, em que a atividade do arbitrador na objetiva a resolução de litígios, mas sim a composição de interesses conflitantes.” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. p. 131. Na mesma esteira escreve Carmona, a Arbitragem é “meio de solucionar controvérsias”, arbitramento é “meio de integrar um elemento faltante em um contrato”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 07.

³⁴⁶ O juiz de aluguel (rent-a-judge) é “uma modalidade de arbitragem, pela qual as partes, geralmente antes do ajuizamento do processo, designam um julgador particular, a que se submetem, por acordo de acatamento da decisão. (...). Resolvida a controvérsia pelo juiz de aluguel, é a decisão espontaneamente cumprida, ou, caso não o seja, será levada à jurisdição comum, valendo a decisão do juiz de aluguel como um respeitado parecer ou, se assim pactuado, como a própria vontade das partes.” BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. p. 119.

³⁴⁷ O mini-juízo (mini-trial) é “geralmente utilizado, por grandes empresas, as partes se reúnem, presentes seus dirigentes em um mesmo local e, em seguida, passa-se à exposição e à argumentação de seus advogados, Como se se tratasse de um julgamento real, exaurindo eles, efetivamente, todos os pontos e argumentos. Finalmente, retiram-se os advogados e passam os dirigentes das partes a tomar decisões, geralmente regando a solução da controvérsia por intermédio de acordo, que formalizam.” BENETI, Sidnei Agostinho. **Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade**. p. 120.

³⁴⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 114.

³⁴⁹ Consoante Mancuso, a “nomenclatura heterocomposição, é geralmente, reservada às formas não-

decidem, mas sim um terceiro, “a titularidade do poder decisório passa das partes (autonomia) para um terceiro (heteronomia)³⁵⁰; e unilaterais - decididos por uma das partes, ou bilaterais – depende da manifestação de ambas. Os autocompositivos unilaterais são: a autotutela, a renúncia, a desistência e o reconhecimento do pedido. Os autocompositivos bilaterais são: a transação, a conciliação e a mediação. Os heterocompositivos são: a jurisdição estatal e a Arbitragem.³⁵¹

Os instrumentos: autotutela, renúncia, desistência, reconhecimento do pedido e transação foram abordados no primeiro capítulo. Restará aqui, verificar a conciliação e a mediação, uma vez que o instituto da Arbitragem será visto no próximo capítulo.

Dinamarco ensina que é possível verificar mais uma classificação com relação aos métodos autocompositivos: os espontâneos e os induzidos. Os espontâneos, como a própria denominação sugere, são aqueles que as partes solucionam o conflito por si só (autotutela, renúncia, desistência, reconhecimento do pedido e a transação). A autocomposição induzida seria aquela em que as partes chegam à resolução “mediante a intercessão de uma terceira pessoa”³⁵² (conciliação e mediação). Adverte-se que a autonomia das partes é mantida nesses instrumentos. Nos dois institutos, a titularidade da decisão permanece com as partes, como na autotutela, contudo a diferença é de que, neles, a busca da solução “passa a ser auxiliada pela presença do mediador/conciliador, portanto constituindo

estatais de distribuição de Justiça, embora a Justiça Estatal (CF, art. 92) também configure, em certo modo, uma heterocomposição, na medida em que o exercício da função judicial implica o afastamento das partes (e nesse sentido ela se diz substitutiva), abrindo espaço para a intercessão do Estado juiz, que assim avoca o poder-dever de dirimir a lide mediante uma solução imposta unilateralmente: a sentença, norma jurídica concreta, imposta às partes.” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 277-278.

³⁵⁰ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 116.

³⁵¹ Ver MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 183-283. Mancuso difere da classificação e insere a mediação como método heterocompositivo. BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 105-119.

³⁵² DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 121.

modos menos rudes de se lidar com interesses conflitantes.”³⁵³

Os institutos da conciliação e da mediação são muitas vezes tidos como sinônimos, no entanto, diferem em alguns aspectos, embora ambos tenham o objetivo de dar solução às controvérsias. Para Mancuso, o conciliador tem uma função mais “pró-ativa”, ou seja, tem uma participação maior na busca da solução que o mediador.³⁵⁴

Na conciliação busca-se o acordo, ou seja, “as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial ou para nele pôr um ponto final, se porventura ele já existe.” Ao conciliador cabe a função de sugerir, interferir, aconselhar; já na mediação, o mediador facilita a comunicação sem interferir ou induzir as partes a um acordo.³⁵⁵

Explica Figueira Júnior,

A mediação como uma técnica de composição dos conflitos não se identifica totalmente com a conciliação, nada obstante a similitude existente entre ambas. Naquela, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica aos limites escritos da aproximação dos contendores. Diversamente, na conciliação, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito, o conciliador, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações apontando as vantagens ou desvantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição.”³⁵⁶

No ordenamento jurídico brasileiro, a conciliação está prevista tanto no âmbito do processo judicial quanto arbitral, cabendo ao juiz e ao árbitro por força de lei buscar conciliar as partes.³⁵⁷ Podendo se dar antes ou durante o desenrolar de

³⁵³ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 115.

³⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 276.

³⁵⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 115.

³⁵⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. p. 131.

³⁵⁷ O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 125, inciso IV: “O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código competindo-lhe: (...) IV – tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.”. A Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regulamenta o instituto da Arbitragem,

um processo judicial. Já a mediação não possui regulamentação própria, ainda carece de uma lei que a regule e estabeleça de forma concreta os limites de sua utilização. No entanto, alguns projetos de lei já foram elaborados com o intuito de regulamentar o instituto no Brasil, por exemplo, o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados sob o nº. 4.827 de 1998, e no Senado Federal sob o nº. 94 de 2002, que busca institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos³⁵⁸; e o Anteprojeto de Lei do Novo Código de Processo Civil que inclui na Seção V, do Capítulo III, que trata dos “Auxiliares da justiça”, as figuras dos conciliadores e mediadores judiciais, cabendo aos conciliadores sugerir soluções para o litígio e os mediadores auxiliar as pessoas em conflito para que por si mesmas identifiquem alternativas mutuamente benéficas. Ambos os projetos ainda não tiveram a votação concluída.³⁵⁹

Todavia, tanto o mediador quanto o conciliador são terceiros imparciais, que buscam auxiliar as partes a encontrar uma solução adequada para a controvérsia, de modo a fazer com que ambas saiam satisfeitas. Para Figueira Júnior, o sucesso desses dois institutos reside justamente em permitir que a solução pacífica da causa seja encontrada pelas próprias partes, não resultando por isso em vencidos ou vencedores.³⁶⁰

Esses instrumentos como outros tantos, tidos como mecanismos extrajudiciais ou alternativos, vêm auxiliar as partes em disputa para que possam dispor de outros meios para resolver as pendências entre elas, fazendo com que a compreensão que se extrai do acesso à justiça não se vincule, necessariamente, à atuação jurisdicional estatal.

dispõe no seu artigo 21, parágrafo 4º: “Competirá ao árbitro ou tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, (...)”.

³⁵⁸ Este projeto prevê em seu artigo 1º que para os fins daquela lei, “mediação é a atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos.” PROJETO DE LEI Nº. 4.827, de 1998. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrar_integra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998>. Acesso em: 25 maio 2013.

³⁵⁹ ANTEPROJETO DE LEI DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. **Senado Federal**. Brasília, 2010. p. 79-80. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2012.

³⁶⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. p. 133.

No decorrer deste capítulo, buscou-se demonstrar a evolução que vêm sofrendo as concepções acerca do acesso à justiça, da diversidade da própria ideia da categoria “justiça” às variedades de sentido do termo “acesso à justiça”. Os movimentos verificados por Cappelletti e Garth demonstram não estar, a expressão “acesso à justiça”, afastada das alterações sociais, mas acompanhando a sociedade e adequando-se às novas realidades.

Na busca por efetividade ao direito de acesso à justiça, verificou-se o melhoramento dos sistemas de assistência judiciária, a inclusão e reforma de novos instrumentos jurídicos em prol da defesa de direitos coletivos, que permitiram que grande parte das pessoas pudesse recorrer aos tribunais na busca da efetivação ou proteção dos seus direitos. Um direito de acesso à justiça elevado ao patamar de princípio constitucional e interpretado, até então, como inafastável por obra de quem quer que fosse.

No entanto, o sucesso de tal garantia se fez sentir pela grande demanda de conflitos que passaram a ser dirigidos aos órgãos judiciários, deixando transparecer a ideia de que o enunciado no artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, bem como, o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, fosse um incentivo a litigância ou que qualquer desavença fosse o suficiente para se promover ações judiciais.

Frente à cultura demandista que se instalou, busca-se hoje demonstrar o verdadeiro significado do direito de acesso à justiça, sob pena de o direito de acesso irrefreável aos tribunais inviabilizar o próprio direito de acesso à justiça, já que este não se resume apenas em promover ações judiciais ou que estas sejam aceitas pelos órgãos judiciários, mas também visa garantir que os direitos nestas ações declarados sejam realmente satisfeitos.

Nessa perspectiva e na terceira onda de acesso à justiça, vislumbram-se outros métodos de se obter justiça, que longe de ser uma função apenas do Poder Judiciário, passa a ser alcançada por instrumentos desenvolvidos pela sociedade antes mesmo da assunção por parte do Estado da função de resolver os conflitos de seus cidadãos. Essa nova perspectiva pauta-se na ideia de que a justiça, não necessariamente, se alcança apenas por obra do Estado, mas também por outros

mecanismos auto ou heterocompositivos, da mesma maneira, capazes de pacificar e promover a justiça.

Assim, percebe-se atualmente a necessidade de promoção de métodos que permitam aproximar as partes e fazer com que essas participem diretamente na solução da controvérsia e não simplesmente deixem a cargo de um terceiro que julgue pela melhor solução. No entanto, como nem sempre isso é possível, a atuação de um terceiro com poder de julgar se faz imprescindível para findar o conflito. E aí, podem as partes, dependendo do objeto em disputa se valer ou do Poder Judiciário ou de outro instrumento denominado de Arbitragem, que será estudado a seguir.

CAPÍTULO 3

O INSTITUTO DA ARBITRAGEM E SUAS IMPLICAÇÕES

“Que os primeiros Juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito e a quem o nome de árbitros convém mais do que de juízes; que o mais sagrado dos tribunais seja aqueles que as partes mesmas tenham criado e eleito de comum acordo.”³⁶¹

O acesso à justiça, configurado na terceira onda de Cappelletti e Garth, não se restringe mais ao acesso ao Poder Judiciário. Acesso à Justiça não necessariamente significa acesso a este Poder, em que pese muitos casos dependerem do acesso a esta instituição para se alcançar a tão almejada justiça.

Nesse sentido, outros instrumentos são colocados à disposição da sociedade brasileira com a finalidade de solucionar, e, dentro dos seus limites legais, proporcionar da mesma forma o acesso à justiça. São inúmeros os mecanismos ditos alternativos para solucionar controvérsias, mas limita-se neste espaço, estudar um dos métodos mais antigos de resolução pacífica de conflitos de que se tem notícia, desenvolvido muito antes da assunção por parte do Estado do poder-dever ou função de pacificar as contendas.

Esse instituto, com raízes no ordenamento jurídico desde a colonização portuguesa, sempre esteve presente no Brasil, mas ao mesmo tempo, pouco utilizado de fato. Incluído na terceira onda dos movimentos de acesso à justiça, recebe novo enfoque de estudo não se restringindo a mero método alternativo de resolução de conflitos, e passa a ser visto como segunda via para se alcançar a justiça.

É nessa esteira que se busca, neste capítulo, estudar o instituto da Arbitragem e apresentar peculiaridades que lhe permitirão ser visto como um equivalente jurisdicional. Inclusive, colocado ao lado da Justiça Estatal como mais uma via de acesso à justiça e não como afronta à Constituição Federal no que se refere à Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

³⁶¹ PLATÃO.

Para tanto, serão abordados primeiramente os aspectos gerais, como o histórico da Arbitragem tanto nacional quanto internacional, posteriormente a Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regulamenta o instituto no ordenamento jurídico brasileiro, e por último, as implicações desse mecanismo em suas relações com outros ramos do Direito.

3.1 ASPECTOS GERAIS DA ARBITRAGEM

“Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes.”³⁶²

Levando-se em consideração o grau de civilidade alcançado pela sociedade até então, e a boa lógica, é razoável pensar que as controvérsias sejam resolvidas num primeiro estágio pelas próprias partes envolvidas através dos mecanismos autocompositivos espontâneos (renúncia, desistência, reconhecimento do pedido), e num segundo momento, se necessário, pelos induzidos (mediação, conciliação), somente se justificando o uso dos instrumentos heterocompositivos (justiça estatal ou arbitral), em caso de fracasso dos anteriores.³⁶³

Dessa forma, a Arbitragem é tida como um mecanismo privado de resolução de controvérsias, no qual as próprias partes escolhem os seus julgadores, chamados de árbitros, estabelecem as próprias regras para o desenvolvimento do procedimento arbitral, e se submetem à decisão proferida pelo ou pelos árbitros.

Na conceituação de Guilherme, a Arbitragem é uma “técnica que visa solucionar questões de interesse de duas ou mais pessoas”, que tanto podem ser físicas ou jurídicas, sobre bens que estas possam livremente dispor, nomeando um julgador – os árbitros – para que este decida, “sem estar investido dessas funções

³⁶² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 33.

³⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº. 9.307/96. p. 33.

pelo Estado.”³⁶⁴

Como a Arbitragem pode ser utilizada tanto na esfera internacional (pública ou privada), quanto nacional, para Cretella Júnior, é importante um conceito geral de Arbitragem não comprometido com nenhuma área da ciência jurídica, assim, o autor desenvolve uma definição, estabelecendo que a Arbitragem é “um sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais”, através do qual as partes conflitantes, sejam elas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, “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.”³⁶⁵

Já para Strenger, o instituto da Arbitragem pode ser definido como sendo o “sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”.³⁶⁶

No entendimento de Carmona, a Arbitragem,

(...) meio alternativo³⁶⁷ de solução de controvérsias através da intervenção 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 – é colocada à disposição de quem quer que seja para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.³⁶⁸

³⁶⁴ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007. p. 33.

³⁶⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista Informação Legislativa**. V. 25, nº. 98, p. 127-138, abr/jun. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181851>>. Acesso em: 10 jan. 2013. p. 128.

³⁶⁶ STRENGER, Irineu. Citado por CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 30.

³⁶⁷ Quanto à designação do instrumento como alternativo é importante ressaltar que este termo é empregado no intuito de diferenciá-lo do processo judicial ou da jurisdição estatal, uma vez que estes são a forma tradicional e mais empregada na resolução de controvérsias. No entanto, vem ganhando corpo a compreensão de que a nomenclatura correta deveria ser “meios adequados” e não alternativos. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº. 9.307/96. p. 32-33.

³⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei nº. 9.307/96. p. 31.

Por conseguinte, a Arbitragem constitui-se num mecanismo extrajudicial, no qual as partes ao estarem diante de uma situação controvertida, envolvendo interesses suscetíveis de serem resolvidos mediante Arbitragem, podem optar por se utilizar da justiça estatal, desse mecanismo ou de outros já estudados anteriormente.

Apesar da grande tradição judiciarista, ou seja, de que todas as demandas sejam resolvidas no Poder Judiciário, é importante verificar que a Arbitragem esteve presente no decorrer do desenvolvimento da civilização humana muito antes de se imaginar um Poder Estatal incumbido da função jurisdicional, por isso a seguir, será estudada a evolução histórica desse mecanismo.

3.1.1 Desenvolvimento histórico – da Antiguidade à contemporaneidade

Têm-se relatos do emprego da Arbitragem desde a Antiguidade, aproximadamente a 3000 a.C, entre os Babilônios, na Grécia Antiga e em Roma. Em razão disto, é considerada um dos institutos mais antigos de resolução pacífica de conflitos de que se tem notícia, e que perdurou até os dias de hoje. Segundo Figueira Júnior, a busca de proteção dos direitos “originou-se nos povos primitivos do próprio instinto humano de preservação e da concepção individualista do justo e injusto”.³⁶⁹

A Grécia, em sua história mitológica, é rica em exemplos da utilização da Arbitragem.³⁷⁰ Há relatos que “deuses comuns uniam e aproximavam o povo grego, inspirando-o para soluções amigáveis de contendas”.³⁷¹ O maior desenvolvimento

³⁶⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 24.

³⁷⁰ “A mitologia grega refere-se a *Paris*, filho de Príamo e Hécuba, no monte Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Príamo e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada à mais bela. O litígio foi decidido em favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, posteriormente, por *Paris*, daí resultando a Guerra de Tróia. E o rei *Acrision*, da cidade de Argos, pai de Danae, teria instituído o primeiro tribunal internacional, ao qual se referem Pausanias e Plutarco, em suas obras. A mais antiga arbitragem teria ocorrido entre Messênia e Esparta, em 740 a. C. A arbitragem é mencionada, ainda, nos poemas de Homero (*Ilíada*, Canto XIII, VS. 486), onde o juiz-árbitro se denomina *Istor*, que significa ‘o que sabe’, ou ‘o sábio’.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 03.

³⁷¹ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. Brasília: Consulex, 2001. p. 25.

desse instituto se deu na Grécia,

(...) considerada o berço da arbitragem e do direito Internacional Privado. A prática da arbitragem era reflexo da própria religião grega cuja cultura trazia em sua mitologia a resolução das questões entre deuses e heróis através da presença de um terceiro chamado a intervir. A evolução do instituto acompanhou o desenvolvimento da sociedade grega, a princípio dentro da delimitação de cada cidade e, aos poucos, foi se inserindo e delineando sua forma nos costumes, leis e tratados firmados entre as cidades gregas.³⁷²

A nação grega buscou, através da Arbitragem, resolver os conflitos que surgiam das relações entre as Cidades-Estados. No entanto, a Arbitragem não era empregada nas relações com estrangeiros, mas, formalizavam tratados de paz e de comércio com cláusulas de não cometer injustiças ou atos arbitrários. Como por exemplo, os Tratados de Paz entre Atenas e Esparta em 445 a.C e entre os atenienses e os beócios em 244 ou 245 a.C que previam a Cláusula Compromissória.³⁷³

Quando desenvolvido o procedimento arbitral dava-se publicidade da decisão, para conhecimento de todo o povo, através de uma placa de mármore ou de metal colocada nos templos das respectivas cidades, na qual era gravado o conteúdo da sentença. Apesar de, a Arbitragem ter sido utilizada por vários povos, foi na Grécia que esse instituto se desenvolveu de forma mais acentuada, passando a servir de modelo para a resolução dos conflitos às demais civilizações que se seguiram.³⁷⁴

A Arbitragem na Grécia perdurou mesmo após o estabelecimento de juízes públicos, não perdendo a sua força, passando a coexistir com a jurisdição estatal, mantendo-se até o século II a.C., quando da dominação romana.³⁷⁵

Em Roma, a Arbitragem se desenvolve principalmente na resolução de

³⁷² MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21.

³⁷³ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. p. 26.

³⁷⁴ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. p. 26.

³⁷⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 22.

conflitos entre particulares.³⁷⁶ Segundo Bolzan de Moraes e Spengler, a Arbitragem romana ganha destaque por apresentar muita semelhança com os princípios constantes nas legislações que regulamentam o instituto atualmente, pois o árbitro já “era livre para evitar o formalismo do direito puro e utilizar mecanismos mais pragmáticos encaminhados a alcançar uma resposta mais satisfatória, cabível era a execução forçada do laudo arbitral.”³⁷⁷

O Direito Romano conheceu bem as quatro fases evolutivas dos métodos empregados para dar solução aos litígios desenvolvidos ao longo da civilização humana. A Primeira, com o estabelecimento da pena do talião, prevista na Lei das XII Tábuas, a vingança privada – autotutela –; a segunda, a fase da Arbitragem facultativa; a terceira, a Arbitragem obrigatória; e por último, se estabelece a Justiça Pública realizada pelo próprio Estado.³⁷⁸

Aproximadamente em meados do século II a.C, instaura-se o processo romano chamado de “formular”, o qual se desenvolvia em duas fases: uma destinada à colocação e preparação do juízo, desenvolvida perante um magistrado; e a segunda dirigida ao exame da lide e pertinente à formulação do juízo, elaborada diante de um órgão judicante, designado pelo magistrado, o chamado juízo arbitral.³⁷⁹

O processo formular precisa ser compreendido de maneira geral dentro do sistema de execução privada, da bipartição do processo em duas fases e da presença de árbitros ou juízes leigos. Fazer justiça segundo a lei não queria dizer entregar ao Estado a execução do julgamento, mas o próprio beneficiário executar o julgamento segundo as regras aceitáveis e sob a supervisão do magistrado (pretor). O processo desenrola-se em duas fases bem distintas, como visto: mas o julgamento, porque feito praticamente em resposta à formula dada pelo magistrado, não comportava apelação. Administrar a fórmula (fase *in iure*) era administrar a justiça, julgar

³⁷⁶ “A característica imperialista do política de Roma não fortaleceu o desenvolvimento da arbitragem internacional, uma vez que todos faziam parte do Império Romano. Contudo, como possibilitava a manutenção dos usos e costumes dos povos conquistados, o instituto teve continuidade, internamente, na tradição grega sendo aperfeiçoado pelas normas de Direito Romano.” MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 22.

³⁷⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 169.

³⁷⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 25.

³⁷⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 26-28.

(fase *in iudicium*) era decidir o conflito.³⁸⁰

Dessa forma, os indivíduos que se encontravam em conflito compareciam diante do pretor ou magistrado, comprometendo-se a cumprir o que seria determinado na sentença e, em seguida, escolhiam um árbitro de confiança, o qual era incumbido pelo pretor de julgar a causa. Assim, a Arbitragem que era facultativa, ou seja, as partes decidiam se queriam ou não que o seu litígio fosse decidido por uma terceira pessoa, passou no sistema romano, a ser obrigatória, pois necessariamente o mérito da discussão seria decidido por um árbitro sem interferência do magistrado.

No período de Justiniano³⁸¹ (527 d.C a 565 d.C), a decisão arbitral já tornada obrigatória, tem incrementada a possibilidade de exigência do cumprimento de seu conteúdo. O inadimplemento passa a ser atacado por uma ação proposta perante o magistrado para executar o laudo arbitral, compelindo a parte a cumprir com sua obrigação e sendo vedado ao magistrado se manifestar quanto ao mérito da questão.³⁸²

Assim, gradativamente o Estado começa a ser responsável pela solução dos conflitos, chegando-se a *cognitio extra ordinem*, fase que substitui o processo formular e acaba com a bipartição de tarefas entre juiz e o árbitro. Conforme Cintra, Grinover e Dinamarco, essa modificação ocorre à medida que o Estado vai se afirmando e consegue se impor perante os particulares “mediante invasão da sua antes indiscriminada esfera de liberdade”, fazendo nascer, gradativamente, a sua “tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos.”³⁸³

O resultado dessa interferência e o fim da bipartição do processo romano

³⁸⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. p. 40.

³⁸¹ “O aperfeiçoamento maior se deu com a prática e pela legislação, contida no direito Justiniano, sobre o costume existente, dando maior certeza ao instituo. Justiniano tratou da decisão arbitral, criando a possibilidade de execução, na medida em que as partes houvessem se obrigado no compromisso ou na cláusula compromissória, procurando evitar que as partes frustrassem a justiça recusando-se a cumprir a decisão.” MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 23.

³⁸² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 30.

³⁸³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. p. 30.

acarretaram: a valorização dos juristas da época; a centralização dos poderes de julgamento em um único órgão, pois somente ao juiz coube a função de solucionar por definitivo as lides; e a novidade do recurso ou apelação, até então vedados, já que tanto o juiz quanto o árbitro não podiam rever as decisões um do outro.³⁸⁴

Isso leva ao enfraquecimento do instituto da Arbitragem, porque ela vai perdendo força à medida que o “Estado romano se publiciza instaurando a ditadura e depois assumindo por longos anos o poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.”³⁸⁵

Com as invasões bárbaras, a Arbitragem reaparece, além de esses povos desconhecerem o sistema romano, preferiam resolver as controvérsias segundo suas próprias leis e costumes, fazendo com que a solução privada de conflitos prevalecesse.³⁸⁶

A partir do século XII, a Arbitragem é bastante utilizada na Europa. Escritos da época continham regras expressas e minuciosas sobre o compromisso arbitral, que era aplicável também às controvérsias familiares.³⁸⁷ Segundo Figueira Júnior, é possível verificar cinco causas para o desenvolvimento da Arbitragem no período medieval: “ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre o Estado e Igreja.”³⁸⁸

Nesse período, a Arbitragem passa a ser utilizada para solucionar conflitos entre senhores feudais, comerciantes,³⁸⁹ soberanos, situações da própria

³⁸⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. p. 40.

³⁸⁵ MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem internacional no Brasil**. São Paulo: RCS Editora, 2005. p.12.

³⁸⁶ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 04.

³⁸⁷ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 05.

³⁸⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 30.

³⁸⁹ “Com o surgimento dos burgos medievais, que promoviam feiras e também nas cidades portuárias, passa a ser frequente o uso da arbitragem, tanto pelas *Guildas* (associações de comerciantes), estabelecidas a partir do século XIV, como pelos primeiros tribunais marítimos.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 05.

Igreja Católica, entre outros. Consoante Muniz,

A Idade média foi um período de grande sucesso da arbitragem. Ela já tinha difundindo-se entre os cristãos com a participação, de forma acentuada, da Igreja Católica. A influência da Igreja devia-se tanto à sua ingerência nas questões dos Estados e soberanos, quanto aos tratados que lhe davam tal poder ou, até mesmo, aos decretos dos suseranos que reconheciam aos enviados, ou representantes do Papa, o direito de atuarem como árbitros para resolverem litígios públicos ou particulares nas mais variadas formas de solução de controvérsias (entre soberanos, sobre questões de território, ou sobre partilha, parentesco, tutela etc.).³⁹⁰

Todavia o sucesso do medievo não seria visto na Idade Moderna em razão do absolutismo que se instala após o feudalismo.³⁹¹ O surgimento do Estado Moderno e a concentração do poder, fizeram com que a Arbitragem retrocedesse mais uma vez, “sofrendo retração com a promulgação dos Códigos de Processo Civil que traziam restrições ao instituto, principalmente com o cerceamento da autonomia da vontade em relação ao processo.”³⁹²

Nesse contexto, a Arbitragem tem sua utilização reduzida frente ao Estado que monopoliza a função de resolver os litígios dos cidadãos. Internacionalmente não foi diferente, somente em 1794, após a Revolução Francesa, ao ser firmado o Tratado Jay de Amizade, Comércio e Navegação entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, é que ressurge a Arbitragem como mecanismo de solução pacífica de controvérsias.³⁹³

Foi a busca pela estabilidade para a sociedade internacional que gerou o reavivamento da Arbitragem, com a criação dos organismos internacionais e a assinatura de tratados que passaram a incluí-la como mecanismo eficaz para a manutenção da paz e das relações entre os Estados.³⁹⁴ Como exemplo, as Conferências de Paz(1899), que votaram as Convenções de Haia, incentivaram o uso de procedimentos pacíficos, como a Arbitragem, para dar solução aos conflitos

³⁹⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 23.

³⁹¹ MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem internacional no Brasil**. p. 13.

³⁹² MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem internacional no Brasil**. p. 24.

³⁹³ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. p. 28.

³⁹⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 24-25.

na esfera internacional.³⁹⁵

Após a expansão do comércio internacional, a Arbitragem torna-se um instituto de excelência na resolução de conflitos oriundos de negociações, também recebendo grande importância nas legislações internas de cada país, ao ponto de ser incluída, atualmente, no grupo dos equivalentes jurisdicionais. Por isso, antes de se verificar a inserção desse mecanismo no ordenamento jurídico brasileiro, se mostra pertinente abordar alguns aspectos desse instituto nas esferas internacional e transnacional.

3.1.2 Arbitragem na esfera internacional e transnacional

Não há um Poder Judiciário mundial para os agentes envolvidos em negociações internacionais submeterem seus conflitos.³⁹⁶ Sendo coerente pensar que, um mecanismo capaz de se moldar à exigência de cada controvérsia nesta seara, fosse enquadrado como um dos principais instrumentos de pacificação.

A impossibilidade de submeter Estados estrangeiros ao Poder Judiciário nacional e a insegurança de sujeição em negócios internacionais a uma legislação específica de certo Estado são fatores que contribuíram para o instituto da Arbitragem se firmar como “instrumento viável de pacificação social e mundialmente aceito para dirimir conflitos de maneira civilizada, rápida, menos onerosa e efetiva.”³⁹⁷

Uma compreensão geral do que vem a ser uma Arbitragem Internacional pode ser extraída da Lei-Modelo da UNCITRAL³⁹⁸, que estabelece ser Internacional

³⁹⁵ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. p. 28.

³⁹⁶ “A Corte Permanente de Justiça Internacional – C.P.J.I., criada após a 1ª. Guerra Mundial, na época da Sociedade das Nações – S.D.N., e a Corte Internacional de Justiça – C.I.J., que a sucedeu, estabelecida em 1945, é órgão da Organização das Nações Unidas – ONU, representam tentativas de dotar a sociedade internacional de um órgão jurisdicional, à semelhança dos tribunais nacionais, mas estes somente julgaram e julgam Estados (artigo 34.1 do Estatuto da C.I.J.) quando estes, voluntariamente, submetem seus litígios.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 23.

³⁹⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 36.

³⁹⁸ Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional – UNCITRAL, “Durante três anos, mediante trabalhos de um comitê formado por representantes de 58 países, incluindo o Brasil, e 18 organizações internacionais, a Comissão discutiu os termos de uma lei-modelo sobre

aquela Arbitragem: na qual as partes ao firmarem a convenção tiverem seu estabelecimento em Estados diferentes; o lugar da Arbitragem ou o lugar onde deve ser executada parte da obrigação estiver situado fora do Estado do estabelecimento das partes; na convenção terem as partes acordado que o objeto tem conexões com mais de um país.³⁹⁹

Consoante Pinheiro, existem inúmeros fatores responsáveis pelo grande uso da Arbitragem na esfera internacional, principalmente no que se refere ao comércio. Assinala que cerca de 90% dos contratos de comércio internacional prevêm o uso da Arbitragem, justamente por ser a justiça arbitral “mais expedita porque se reveste de menos formalismo”, e também “a atuação dos árbitros não depende dos condicionalismos que muitas vezes emperram os processos judiciais.”⁴⁰⁰

Ademais, os árbitros são escolhidos dentre pessoas com grande conhecimento na matéria objeto do litígio, o que representa muita segurança na resolução da controvérsia. A facilidade do reconhecimento das decisões arbitrais internacionais pelos ordenamentos jurídicos nacionais, a confidencialidade e a flexibilidade na aplicação de certas normas fazem com que o procedimento arbitral se adéque às exigências do conflito, e não o conflito às exigências do processo.

É possível encontrar cinco espécies de Arbitragens desenvolvidas ao

a Arbitragem, com o intuito de buscar harmonização das diversas legislações internas dos países, ao invés de unificar a matéria por meio de uma convenção internacional” FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 23. O texto final dessa Lei Modelo foi aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 1985. Atualmente vários países inserem em suas legislações internas disposições dessa lei, como também o fez Brasil. Esta lei visa “proporcionar maior uniformidade e harmonia às normas internacionais de comércio, que se aplicam nas relações entre particulares submetidos a legislação estatais distintas (...). É composta de um conjunto de normas sobre arbitragem comercial internacional, que as partes podem adotar por escrito em seus contratos. Se adotadas, só não serão aplicadas se conflitarem com normas de ordem pública a que estejam subordinadas. Dentre outros preceitos, a Lei-Modelo prevê: a força da decisão arbitral como sentença judicial sem a necessidade de homologação; a obrigatoriedade da cláusula compromissória e sua executoriedade perante o Judiciário local competente, atribuindo-lhe o efeito de extinguir a causa sem julgamento de mérito; a garantia da autonomia da vontade e dos princípios processuais da igualdade das partes, ampla defesa, contraditório e livre convencimento do julgador, etc.” MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 160.

³⁹⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. p. 239.

⁴⁰⁰ PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito comercial internacional**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 345.

longo do desenvolvimento da sociedade. A Arbitragem celebrada entre Estados Soberanos – aquela regida por normas de Direito Internacional Público, os tratados, os costumes internacionais. A Arbitragem desenvolvida entre Estados Soberanos e particulares nacionais – ocorre quando o Estado celebra contrato com particular sujeito à jurisdição do próprio Estado, e o instrumento prevê a utilização da Arbitragem seguindo as normas nacionais do Estado, exemplo a Lei nº. 11.079 de 2004 que trata da Parceria Público-Privada, em seu artigo 11, inciso III, prevê o uso da Arbitragem. A Arbitragem empregada entre Estados Soberanos e particulares estrangeiros – contratos celebrados entre Estados e particulares estrangeiros na qual o instrumento prevê o emprego da Arbitragem⁴⁰¹. A Arbitragem operada entre sujeitos particulares de ordenamentos jurídicos diferentes – quando o contrato tem relação com ordenamentos jurídicos distintos. E a Arbitragem entre sujeitos particulares vinculados ao mesmo ordenamento jurídico – estabelecida entre nacionais, e aplicando-se as normas do ordenamento jurídico pátrio.⁴⁰²

E ainda, Pinheiro desenvolveu uma sexta espécie de Arbitragem que passa a abrigar uma nova esfera - a Transnacional⁴⁰³. Segundo ele, a Arbitragem Transnacional é aquela que não se vincula a nenhum Estado ou organismo estatal, e tampouco a suas normas, ela se desenvolve no campo transnacional e por isso

⁴⁰¹ “É a chamada *arbitragem mista*, instaurada com frequência para solucionar litígios surgidos por força de contratos internacionais ou investimentos estrangeiros, que se encontra na linha divisória do interesse público e dos interesses privados.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 31.

⁴⁰² CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 31-32.

⁴⁰³ Transnacional “é concebido como aquilo que atravessa o nacional, que perpassa o Estado, que está além da concepção soberania do Estado e, por consequência, traz consigo, inclusive, a ausência da dicotomia público e privado.” “O fenômeno da transnacionalização representa o novo contexto mundial, surgindo principalmente a partir da intensificação das operações de natureza econômico-comercial no período do pós-guerra, caracterizado – especialmente – pela desterritorialização, expansão capitalista, enfraquecimento da soberania e emergência de ordenamento jurídico gerado à margem do monopólio estatal.” STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 16, 24-25. “O ordenamento jurídico transnacional apareceria como um conjunto ou sistema, no sentido de que suas normas responderiam a pautas axiológicas comuns, que justificariam sua consideração como um todo e que atualmente são praticamente impossíveis de serem alcançadas pelos direitos nacionais, comunitário e internacional.” CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. p. 65.

desenvolve suas regras e instituições próprias.⁴⁰⁴

Assim, a Arbitragem Transnacional em sentido amplo é definida como “aquela que coloca problemas de determinação do seu estatuto”, ou seja, daquele conjunto de normas que regerá todo o procedimento arbitral. A Arbitragem Transnacional em sentido estrito é entendida como a Arbitragem que se desenvolve no campo do comércio internacional, no qual se desenvolvem regras, princípios e costumes próprios não vinculados necessariamente aos Estados Soberanos, como por exemplo, a *lex mercatoria*.⁴⁰⁵

O emprego da Arbitragem nessa esfera tem razões de ser mais específica. Defende esse autor que,

Frequentemente não agrada a nenhuma das partes a sujeição aos tribunais e à lei da outra parte. A escolha da jurisdição e da lei de um terceiro Estado também não é, muitas vezes, uma solução conveniente, porque falta a proximidade com os tribunais deste Estado e a familiaridade com a sua lei. A estipulação de uma convenção de arbitragem é uma solução mais cômoda; acresce que em vasta medida os árbitros podem decidir os litígios com base em critérios autônomos, que dispensam a referência a uma lei estadual.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005. p. 27-35. “Os tribunais da arbitragem transnacional estão numa posição diferente: além de não serem criados pelo Direito de um Estado nem integrarem uma organização estadual têm contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado e, por isso, nenhum Estado é exclusivamente competente para definir o seu estatuto. Por conseguinte, este tribunais não tem uma *lex fori* compatível à dos tribunais estaduais e não estão submetidos a um particular sistema nacional de Direito Internacional Privado.” PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005. p. 29.

⁴⁰⁵ PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. p. 27-34. A *lex mercatoria* “pode ser considerada o grande corpo autônomo de normas de natureza transnacional, pois se traduz em regras que nascem e se desenvolvem longe dos comandos estatais, embora reconhecidas e aplicadas diariamente no comércio mundial.” STELZER, Joana. O fenómeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 40.

⁴⁰⁶ PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito comercial internacional**. p. 346. Para Grau, “O árbitro, ao atuar nesse quadro, é um juiz aculturado, na medida em que não vinculado a determinado ordenamento. (...). Aí algumas das distinções que apartam o árbitro que atua no plano interno de um Estado e os que fazem arbitragem internacional (transnacional). Cumpre a estes últimos assegurar a preservação de uma ordem jurídica transnacional, por eles mesmos produzida. Produzida plenamente, contudo, na medida em que eles se ocupam tanto do processo legislativo quanto do processo de produção normativa; no seu atuar superpõem-se as duas dimensões do direito, a dimensão legislativa e a dimensão normativa.” GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 327-328.

A título de exemplificação é possível encontrar diversos tratados e convenções internacionais abordando o emprego da arbitragem. Em 1923 tem-se o Protocolo de Genebra versando sobre cláusulas arbitrais; 1927 a Convenção de Genebra sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras; 1958 a Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, que substituiu o Protocolo e a Convenção de Genebra sobre o mesmo assunto;⁴⁰⁷ 1975 a Convenção do Panamá sobre a Arbitragem comercial internacional regional e interamericana; em 1985 a Lei-Modelo da Uncitral (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional), que estabeleceu um texto padrão de lei para a Arbitragem comercial internacional; entre outros instrumentos.⁴⁰⁸

É vasto o número de tratados e convenções que preveem a Arbitragem como um dos mecanismos para solucionar eventuais conflitos entre Estados, além, da sua previsão nos contratos estipulados na seara privada. Segundo Bolzan de Moraes e Spengler, no plano internacional,

(...) assistiu-se a um crescimento vertiginoso e diferenciado das relações comerciais externas impulsionadas pela globalização econômica que contribuiu para revestir de importância os juízes arbitrais. Estes acompanharam, de perto e de igual maneira o desenvolvimento e incremento das relações entre Estados e entre particulares, o que inevitavelmente repercutiu na formação de tratados na área internacional, bem como novas codificações no que se refere à arbitragem entre particulares no âmbito de cada país.⁴⁰⁹

A Arbitragem na esfera internacional ou na transnacional defendida por Pinheiro, pressupõe uma série de aspectos importantíssimos, no entanto não serão verificados aqui por fugirem da perspectiva de estudo a que se propõe este trabalho.

É visível a importância recebida pela Arbitragem nessas searas, contudo, o que se busca demonstrar é que o recorrente emprego desse instrumento no âmbito internacional vai trazer grandes reflexos, na regulamentação do instituto em

⁴⁰⁷ BRASIL, Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 5 jun. 2013.

⁴⁰⁸ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 249-305.

⁴⁰⁹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 170.

muitos países, inclusive no Brasil, além de proporcionar o reconhecimento de sua eficiência na resolução dos conflitos e consequentemente na pacificação social.

3.1.3 Arbitragem no Brasil

A Arbitragem e o Brasil tiveram momentos distintos. Nas relações internacionais o Brasil avançou mais que internamente. Em 24 de setembro de 1923, o Brasil assinou o Protocolo de Genebra que trata sobre a validade das cláusulas arbitrais. Internamente esse Protocolo só foi reconhecido em 1932 pelo Decreto nº. 21.187, que reconheceu a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias pelos quais os Estados ou particulares se obrigavam contratualmente.⁴¹⁰

Em 1928 assina o Código de Bustamante⁴¹¹ que trata sobre a jurisdição arbitral. Em 1933 foi criada a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (Ciac), com sede no Rio de Janeiro, através de um acordo entre a American Arbitration Association e a União Pan-americana.⁴¹²

Em 1967 foi fundado o Centro Brasileiro de Arbitragem (CBA), com sede no Rio de Janeiro.⁴¹³ No ano de 1975 o Brasil aderiu à Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional, assinada no Panamá, porém foi reconhecida internamente somente em 09 de maio de 1996, por meio do Decreto Legislativo nº. 1.902.⁴¹⁴

⁴¹⁰ Consoante Muniz, o Brasil “foi o único país sul-americano assinar o tratado, sendo ratificado em 1932, porém, foi o último a aceitar a vinculação da cláusula compromissória em relação a litígios futuros.” MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 155.

⁴¹¹ O Código de Bustamante é “um acordo abrangente sobre direito civil, comercial, penal e processual vigente entre 15 países latino-americanos. As suas disposições só são vinculativas com relação aos países contratantes sendo, porém, às vezes, consultadas com relação a países não contratantes”. CASELLA, Paulo Borba et al. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTR, 1996. p. 33.

⁴¹² LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas**. p. 32.

⁴¹³ “Várias instituições nacionais e internacionais que foram criadas, ou por acordo entre Estados, ou por iniciativa privada, tiveram como objetivo, previsto em regulamentos próprios, resolver contencioso econômico por decisões arbitrais, apesar das convenções internacionais uniformizadoras de regras, nem sempre sufragadas universalmente pelo Brasil, inclusive” LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas**. p. 31.

⁴¹⁴ CASELLA, Paulo Borba et al. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. p. 34.

O Brasil assinou a Convenção de Montevideu em 1979, que trata sobre os efeitos de extraterritorialidade das sentenças e decisões arbitrais estrangeiras, sendo reconhecida internamente somente pelo Decreto nº 2.411 de 1997. E em 2002, através do Decreto nº. 4.311, promulga a validade da Convenção sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de Nova Iorque elaborada em 1958, apesar de não ter feito parte do tratado na época.⁴¹⁵

Como se pode perceber, apesar de o Brasil ter participado de certas convenções sobre a Arbitragem, levou algum tempo para que estas fossem incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro. Internamente não foi diferente, o instituto esteve sempre presente, porém, pouco uso dele se fez. Ou como sugere Cretella Neto, a “Arbitragem no Brasil: sempre existente na lei, pouco aplicada na prática”.⁴¹⁶

O instituto da Arbitragem encontra-se presente em nosso ordenamento jurídico desde a colonização portuguesa, sendo que as Ordenações Filipinas de 1603, já disciplinavam questões referentes a Juízes Arbitrais e dos Arbitradores mantidas no Brasil, mesmo após a Proclamação da Independência em 1822.⁴¹⁷

Em 1824 a Constituição do Império regulamentou questões sobre juízes árbitros e suas sentenças em seu artigo 160, no título destinado a tratar do Poder Judiciário. “Nas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juízes Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim convencionarem as mesmas Partes”.⁴¹⁸ Consoante Muniz, a Constituição de 1824, primeira constituição brasileira, ao tratar expressamente do instituto, “estabeleceu a arbitragem de maneira vanguardista, antecipando-se a construção teórica que se

⁴¹⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 158. MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem internacional no Brasil**. p. 101.

⁴¹⁶ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 09.

⁴¹⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 41. “Com a Independência em 1822, manteve-se a vigência das ordenações Filipinas que disciplinavam o processo arbitral em seu Título XVI, Livro II, sob o título ‘Dos Juízes Árbitros’ – expressão que coincide com a do texto constitucional de 1824 (art. 160).” SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**: (lei nº. 9.307, 23.9.96) mudança cultural. São Paulo: LTR, 2001. p. 19.

⁴¹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 32.

seguiria no século XX.”⁴¹⁹

Com as leis de 1831 e 1837 a Arbitragem torna-se obrigatória para os litígios que envolvessem questões de seguro e locação.⁴²⁰ Com o Código Comercial de 1850, essa obrigatoriedade foi estendida para todas as outras causas provenientes de relações comerciais. Como previam os seus artigos, abaixo citados, atualmente revogados pela Lei nº 10.406 de 2002:

Art. 245. Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Art. 294. Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

Assim, tanto nas questões mercantis resultantes entre comerciantes, como nas divergências ocorridas entre os sócios de uma mesma empresa, dever-se-ia utilizar, obrigatoriamente, do instituto da Arbitragem. A compulsoriedade desse mecanismo foi ressaltada, com o artigo 348 da mesma Lei, ao tratar do procedimento da reclamação.

Art. 348. (...) A reclamação que for apresentada em tempo, não se acordando sobre ela os interessados, será decidida por árbitros, dentro de outros 10 (dez) dias úteis; os quais o juiz de direito do comércio poderá prorrogar por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.

O Regulamento nº. 737, que estabeleceu o procedimento processual da utilização da Arbitragem nas causas comerciais, acabou por reforçar ainda mais o caráter obrigatório da Arbitragem, porém, para alguns doutrinadores como Figueira Júnior, Bolzan de Moraes e Spengler, essa obrigatoriedade trouxe inúmeras críticas ao instituto. Por tal descontentamento, em 1866 foi editada a Lei nº. 1.350 que revogou os dispositivos, tornando novamente voluntária a instituição da Arbitragem.⁴²¹

A Constituição de 1891 referia-se à Arbitragem como forma de evitar

⁴¹⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 42.

⁴²⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 32.

⁴²¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 32. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 169.

conflitos externos.⁴²² A Constituição de 1934 estabeleceu como competência do Poder Legislativo da União disciplinar sobre a Arbitragem comercial.⁴²³ Já a Constituição de 1937, nada tratou de substancial a respeito do instituto, porém, previu em seu artigo 18, alínea d:

Art 18. Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

(...)

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;⁴²⁴

A Constituição de 1946 pela primeira vez previu uma garantia expressa da via judicial,⁴²⁵ dispondo no artigo 141, parágrafo 4º:

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 4º - A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.⁴²⁶

Para a Arbitragem, a garantia de acesso à justiça e a inafastabilidade de manifestação do Poder Judiciário preconizados neste dispositivo e mantidos nas constituições posteriores, soou como impeditivo de sua utilização. No entanto, consoante Muniz, o que se buscou foi somente uma “reação às restrições impostas por Getúlio Vargas aos Tribunais à época da ditadura.”⁴²⁷

⁴²² MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 42.

⁴²³ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário**: (lei nº. 9.307, 23.9.96) mudança cultural. p. 19.

⁴²⁴ BRASIL. Constituição de 1937. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o37.htm>. Acesso em 5 jun. 2013.

⁴²⁵ CASELLA, Paulo Borba et al. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. p. 35-36.

⁴²⁶ BRASIL. Constituição de 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A3o46.htm>. Acesso em 5 jun. 2013.

⁴²⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 43.

A Constituição de 1967, com a Emenda nº. 1 de 1969 ou Constituição de 1969, abordaram a Arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos de modo pacífico nas relações internacionais.⁴²⁸ E, do mesmo modo, a atual Constituição Federal de 1988 tratou da Arbitragem de forma indireta ao prever como princípio a ser respeitado pelo Brasil nas suas relações internacionais, a solução pacífica dos conflitos. Prevendo-a também, como opção dos litigantes para resolução de dissídios coletivos de trabalho.⁴²⁹

Explica Cretella Neto que,

A falta de menção expressa à arbitragem no texto constitucional, e também devido a ênfase nas garantias fundamentais, dentre elas as do devido processo legal e do acolhimento do princípio da inarredabilidade da prestação jurisdicional, levou algumas vezes mais afoitas a se levantar em favor da posição de que a arbitragem estaria suprimida *tout court* de nosso ordenamento jurídico.⁴³⁰

O Código Civil de 1916 tratou da Arbitragem, em seus artigos 1037 a 1048, como compromisso e foram revogados pelo advento da Lei nº 9.307 de 1996. O Código Civil de 2002 também trata da arbitragem no Capítulo XX, nos artigos 851 a 853. Os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 dispuseram sobre a Arbitragem facultativa nos artigos 1.031 a 1.040 e 1.072 a 1.102, respectivamente. Esses, atualmente, encontram-se revogados pela Lei nº 9.307 de 1996, que regulamenta o instituto da Arbitragem no Brasil.

A Lei nº 8.078 de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 51, VII, proibiu a utilização obrigatória da Arbitragem nas cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços. E a Lei nº 9.099 de

⁴²⁸ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 42.

⁴²⁹ O artigo 4º, inciso VII, da Constituição Federal de 1988 estabelece: “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...), VII - solução pacífica dos conflitos;” o artigo 114, prevê: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.” BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴³⁰ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 12.

1995, que criou os Juizados Especiais, possibilita em seus artigos 24 a 26 a utilização do juízo arbitral em sede dos juizados.

Em suma, essa é a sequência da evolução histórica e legislativa da Arbitragem até o advento da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, lei que passou a regulamentar o utilização do mecanismo no Brasil. É possível verificar que a Arbitragem não é um instituto novo, nem no que tange a sua inserção no ordenamento jurídico pátrio, nem no que se refere às relações internacionais brasileiras. Porém, foi somente em 1996, com o advento da Lei de Arbitragem, que esse instrumento ganha regulamentação própria, servindo esta lei de marco divisório na história do instituto no país.

3.2 LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM – LEI Nº. 9.307/96

“Diante desse novo quadro que se anima por matizes vibrantes a buscar intensamente a recuperação de um tempo perdido num vazio quartel de século, que se fez ausente ou quase esquecido por um sistema instrumental obsoleto mantido estático e na contramão da história jurídica contemporânea por lapso considerável, os fluídos que se expandem do regime arbitral insculpido na Lei 9.307/96 são deveras positivos e alentadores, a ponto de transmitir aos nossos espíritos a certeza de que trilhamos caminhos que nos levarão a encontrar na arbitragem de hoje mecanismos flexíveis, menos ortodoxos, seguros, informais, céleres e menos onerosos, destinados a melhor satisfação das pretensões dos jurisdicionados na busca e no encontro da justa composição dos seus conflitos, em sede nacional ou internacional, e, portanto, voltados a tão decantada pacificação social (...).”⁴³¹

Regulamentar a Arbitragem no Brasil não foi uma tarefa fácil, pairava o pensamento de que a falta de tradição do uso de mecanismos extrajudiciais, como a Arbitragem, eram fadados ao abandono. E além do mais, posicionamentos doutrinários consideravam o juízo arbitral um meio “primitivo, regressivo mesmo, a que pretendem volver, por atração psíquica a momentos pré-estatais”.⁴³²

⁴³¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 290.

⁴³² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 01.

Os obstáculos ao emprego da Arbitragem resultavam da própria falta de regulamentação específica, pois até 1996 era estabelecida pelo Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil, que simplesmente previam a instituição por meio do compromisso arbitral, inexistindo previsão da cláusula compromissória, e a necessidade de homologação da decisão arbitral pelo Poder Judiciário para surtir efeitos, aspectos que inviabilizavam o uso da Arbitragem.⁴³³

Porém, para Figueira Júnior, o insucesso da Arbitragem no Brasil não se deve à falta de regulamentação, pois sempre houve previsão de sua utilização, o que na verdade justificou a ausência de efetiva utilização do instituto foram os “entraves criados pelas respectivas legislações, sempre hábeis a desencorajar o pretense interessado em solucionar seus conflitos através da arbitragem.”⁴³⁴

No entanto, assinala Carmona que não foi preciso muito tempo para que as opiniões pessimistas acerca da Arbitragem “fossem totalmente destroçadas pela realidade”, pois este mecanismo não se “revelou método selvagem e abusivo de resolver litígios”, e os meios alternativos de solução de controvérsias “floresceram no Brasil, na América Latina e no resto do planeta e não houve a tão propalada revolta do judiciário contra os mecanismos extrajudiciais de solução de litígios.”⁴³⁵ Logo surgindo as ideias que levariam à busca por uma lei que regulamentasse a utilização e a previsão desse mecanismo para solucionar as controvérsias.

3.2.1 Dos Anteprojetos de lei

Durante a década de 80, tramitaram três Anteprojetos de lei com o intuito de regulamentar o instituto no país, o que demonstrou a preocupação do legislador em aperfeiçoá-la internamente e adequá-la ao âmbito internacional. O próprio governo federal percebendo o atraso da legislação brasileira em relação à dos demais países, solicitou em 1981, através do extinto Ministério da

⁴³³ “Assim, enquanto a Bélgica (1972), a França (1980), Portugal (1986), a Itália (1983) e a Espanha (1988) aboliam ou pelo menos mitigavam a exigência de homologação de laudos arbitrais, o legislador brasileiro mantinha-se fiel às suas tradições históricas, emperrando a utilização do mecanismo de solução de controvérsias.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 05.

⁴³⁴ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 96.

⁴³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 02.

Desburocratização, a elaboração de um Anteprojeto de Lei com vista a regulamentar a Arbitragem, no entanto, acabou esquecido e abandonado. Ocorrendo o mesmo com o Anteprojeto de 1986. Em 1988 outro Anteprojeto é oferecido para debate e, por conter inúmeros, erros foi arquivado.⁴³⁶

Frente ao fracasso das três tentativas, “abateu-se o desânimo sobre os estudiosos da arbitragem”, que haviam procurado contribuir para o aprimoramento dos trabalhos apresentados na elaboração desses três anteprojetos.⁴³⁷ Contudo, na busca de reverter esse quadro em 1991 é lançada a “*Operação Arbiter*”, que objetivou rediscutir o instituto da Arbitragem e elaborar um anteprojeto de lei condizente com a realidade e as necessidades daqueles que poderiam se utilizar desse mecanismo, resultando em abril de 1992, no Anteprojeto de Lei, que seria mais tarde, transformado no Projeto de Lei nº. 78/92.

A comissão instituída para a elaboração desse projeto foi composta por: Selma M. Ferreira Lemes, Pedro Antônio Batista Martins e Carlos Alberto Carmona. Estudiosos que buscaram aproveitar os aspectos relevantes constantes nos três anteprojetos anteriores e aperfeiçoá-los com a participação de diversos setores da sociedade. Dessa forma,

(...) o anteprojeto prestigiou o princípio da autonomia da vontade e fortaleceu a Arbitragem institucional tratou de forma conjunta à cláusula e o compromisso arbitral, que receberam a denominação de ‘convenção de arbitragem’, equiparou o laudo a ‘sentença arbitral’ e superou o problema da homologação da decisão arbitral e do respectivo recurso de apelação.⁴³⁸

Em junho de 1992, por iniciativa do Senador Marco Maciel, originou-se o Projeto de Lei que recebeu no Senado o nº. 78/92 e na Câmara dos Deputados o nº. 4.018/93. Após quatro anos de discussão esses projetos se transformaram no novo e esperado sistema da Arbitragem, materializado na Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Segundo Figueira Júnior, apesar de a Lei de Arbitragem ter demorado em

⁴³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 05-06.

⁴³⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 09.

⁴³⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 101.

se estabelecer juridicamente, “trouxe consigo o positivo resultado do amadurecimento que só o tempo, alquimicamente, consegue operar com maturidade.” A espera por uma lei específica que pudesse prever os aspectos necessários à utilização da Arbitragem, “não foi em vão e o novo regime arbitral, bem sistematizado em quarenta e quatro artigos, veio colocar o Brasil lado a lado com outros países detentores da mais moderna e atualizada legislação sobre o tema.”⁴³⁹

Na mesma esteira escreve Muniz,

Essas transformações, decorrentes da nova lei, colocaram o Brasil à frente da legislação internacional, adequando as normas brasileiras às necessidades e realidades da ordem econômica e jurídica interna e mundial, revitalizando o instituto através de postulados realistas, no intuito de, promovendo uma mudança de mentalidade, estabelecê-lo de forma definitiva como via alternativa à solução de litígios, ainda que se coloque, futuramente, frente a um Judiciário sem problemas.⁴⁴⁰

Dividida em sete capítulos, nos seus 44 artigos, a Lei de Arbitragem estabelece as regras que possibilitam empregá-la como meio alternativo - ou adequado para certas causas - para resolução de conflitos. Regras que vão desde os objetos litigiosos passíveis de serem resolvidos mediante Arbitragem, até regras de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

Não visa este trabalho um estudo minucioso sobre a Lei de Arbitragem, no entanto, é pertinente a verificação de algumas características sobre a utilização desse mecanismo para que se possa dar continuidade ao tema proposto e verificá-lo no próximo capítulo como segunda via de acesso à justiça.

3.2.2 Principais aspectos procedimentais no emprego da Arbitragem

A própria Lei nº. 9.307/96 estabelece as diretrizes para instituição, desenvolvimento e sentença do procedimento arbitral, bem como delimita as causas e as pessoas que podem fazer uso desse mecanismo. Consoante seu artigo 1º., “As pessoa capazes de contratar poderão valer-se da Arbitragem para dirimir litígios

⁴³⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 101-102.

⁴⁴⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 17.

relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Este dispositivo engloba várias regras para utilização desse mecanismo: os sujeitos, o objeto, e a facultatividade do instituto.

Como o próprio artigo determina somente as pessoas capazes de contratar poderão se valer da Arbitragem, no entanto a lei não traz quem são as pessoas capazes e, por isso, se aplicam as normas de capacidade civil regidas pelo Código Civil de 2002. Adverte a doutrina que a referência feita ao vocábulo “pessoas” deve ser compreendido incluindo tanto as pessoas físicas quanto jurídicas.⁴⁴¹ Ademais, a capacidade para contratar, coincide de modo geral, com a capacidade civil das pessoas (físicas ou jurídicas), porém em determinadas circunstâncias, mesmo estando a pessoa apta para a prática dos atos da vida civil, pode se encontrar impedida de contratar, como por exemplo, o empresário em processo falimentar.⁴⁴²

Por isso, é imprescindível a verificação das pessoas quanto à sua capacidade de contratar para se utilizar a Arbitragem, sob pena de nulidade. Como bem escreve Carmona, “Condição *sine qua non* para utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem.”⁴⁴³

Os litígios passíveis de serem resolvidos mediante Arbitragem, por disposição de lei, devem necessariamente envolver direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, não envolvendo tais direitos, como questões de estado de pessoas, de direito pessoal de família ou outros que não versem sobre aspectos patrimoniais, é vedado o uso da Arbitragem.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ “Pessoa física (ou pessoa natural) é o ser humano, nascido vivo, de ventre feminino. (...). Já pessoa jurídica é a entidade constituída mediante contrato, podendo ser de direito público (interno, externo) e de direito privado e sua existência legal apenas se materializa quando tem seus atos constitutivos, estatutos ou compromissos inscritos no respectivo registro, ou com autorização do Governo, quando exigido.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 27.

⁴⁴² CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 28.

⁴⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 37.

⁴⁴⁴ O Artigo 852 do Código Civil estabelece; “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.”

Os direitos patrimoniais (“conjunto de bem materiais e pessoais de cada um”) disponíveis são aqueles “referentes à tutela dos interesses de âmbito meramente individual”, podendo os titulares desse direito, “envolvê-los em ampla gama de negócios jurídicos, observando apenas certas formas legais – quando a legislação específica assim o exigir”.⁴⁴⁵

Na esteira do que enfatiza Carmona,

Diz-se 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. Assim, são disponíveis (do Latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.⁴⁴⁶

Nesse sentido, nem todos os direitos patrimoniais são disponíveis. Por exemplo, o caso de um bem recebido em doação com cláusula de impenhorabilidade ou de incomunicabilidade. Se pender algum litígio sobre esse bem, mesmo que entre pessoas capazes, objeto lícito e patrimonial, não será possível a utilização da Arbitragem, pois o bem não é disponível.⁴⁴⁷

Percebe-se que não é todo tipo de conflito passível de ser solucionado via Arbitragem, a lei impõe quais litígios podem ou não se servir deste mecanismo, cabendo aos litigantes nos demais casos recorrer ao Poder Judiciário. A preocupação com o cumprimento dessa exigência pode ser verificado também no artigo 25 da Lei de Arbitragem que dispõe:

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de

Segundo Carmona, “de maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relativas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que tem por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre tantas outras, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendores.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 38.

⁴⁴⁵ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 38-39.

⁴⁴⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 38.

⁴⁴⁷ CORRÊA, Antônio. **Arbitragem no direito brasileiro**: teoria e prática (comentários à Lei n. 9.307, de 23.09.1996). Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 27.

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.

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

A preocupação do legislador é patente em estabelecer as regras que permitam a mais clara e objetiva lisura no procedimento arbitral, de modo que mesmo estando as partes solucionando uma controvérsia fora do âmbito jurisdicional estatal, ainda devem a este recorrer caso as circunstâncias da causa assim exigirem.

Ainda nesse dispositivo, é possível verificar outra questão importante no que se refere ao uso da Arbitragem, a sua facultatividade, ou seja, o legislador estabeleceu que as partes “poderão” e não “deverão” se utilizar da Arbitragem, vigorando, o Princípio da Autonomia das Partes⁴⁴⁸ quanto à escolha do mecanismo que melhor lhes aprouver para solucionar suas discórdias.

O artigo 2º., reafirma a autonomia das partes ao convencionar o uso desse instituto, permitindo que estas escolham a forma como se dará o procedimento arbitral. Desse modo, as partes podem optar por uma Arbitragem: de direito⁴⁴⁹, de equidade⁴⁵⁰, com base nos princípios gerais do direito⁴⁵¹, com base nos usos e costumes⁴⁵², regras internacionais do comércio,⁴⁵³ ou ainda, as partes

⁴⁴⁸ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 38-39. “A esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis. Autonomia da vontade é, portanto, o princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos.” AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº. 109, jan./mar. 1991. p. 207.

⁴⁴⁹ “Aquela em que o árbitro está obrigado a resolver a disputa aplicando as normas de direito positivo.” GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. p. 40.

⁴⁵⁰ “Aquela em que o árbitro pode decidir segundo seu entendimento de justiça, dada as circunstâncias de cada caso, ou seja, aplicando regras por ele formuladas.”⁴⁵⁰ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. p. 40.

⁴⁵¹ “São regras consagradas na ciência do Direito e regras acatadas pela maioria dos membros da sociedade acerca de determinados fatos.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 27.

⁴⁵² “regra da vida social que, por sua observância geral e frequente, passa a ser considerada de cumprimento obrigatório, segundo opinião comum dos membros da sociedade.” CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 27.

podem escolher as regras de direito a serem aplicadas desde que não contrariem, por disposição de lei: os bons costumes e a ordem pública nacional. Isso significa que as normas aplicadas à Arbitragem não precisam necessariamente ser brasileiras. Sendo cabível a opção pelos contratantes de normas do Direito Francês, Alemão, ou qualquer outra nacionalidade.⁴⁵⁴

Essa possibilidade de escolher e estabelecer as normas para o procedimento arbitral evidencia que as partes podem optar em fazer uso da Arbitragem não apenas para evitar uma ação judicial, mas também por poderem escolher as normas a serem aplicadas para dar solução à controvérsia. O que permite oferecer mais “segurança nas contratações, já que a escolha prévia da lei aplicável não submeterá os litigantes aos azares dos mais diversos mecanismos decorrentes de sistemas de conflitos de leis.”⁴⁵⁵

Pela Lei brasileira de Arbitragem, as partes que optarem em fazer uso desse mecanismo, firmarão uma Convenção de Arbitragem, instrumento pelo qual as partes “decidem submeter à Arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos ou a surgir entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual.”⁴⁵⁶ A Convenção de Arbitragem como gênero, comporta duas espécies: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória e o compromisso arbitral foram definidos na Lei, prevendo seu artigo 4º que: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os

⁴⁵³ Mais conhecidas como *Lex Mercatoria*, são normas, que regem o comércio internacional. Essas normas são formadas por cinco fontes: “os contratos tipos (espécie de tratado entre associações formadas por comerciantes de um mesmo ramo profissional), as condições gerais de compra e venda, as condições do Comecon (Conselho de Entreeajuda Econômica), os *Incoterms* (regras para interpretação de termos comerciais) e as leis uniformes (Projeto do Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado)”. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. p. 80

⁴⁵⁴ O artigo 2º., dispõe: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”

⁴⁵⁵ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 65.

⁴⁵⁶ LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. p. 55.

litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”; e em seu artigo 9º:

“O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

A distinção entre esses dois instrumentos é o tempo em que se dá a Convenção de Arbitragem, enquanto a cláusula compromissória é um pacto firmado entre os contratantes, no sentido de que sobrevivendo conflitos - ou seja, estes ainda não existem - relacionados a determinado contrato, esses serão solucionados mediante a Arbitragem. Já no compromisso arbitral, o pacto é firmado para solucionar conflito já existente e não futuros como no caso da cláusula compromissória.

A lei determina que ao se convencionar a cláusula compromissória, esta deve ser estipulada por escrito, podendo constar no próprio contrato ou em documento específico, desde que este faça referência ao respectivo contrato. E adverte que nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá validade se o aderente tomar a iniciativa da utilização da Arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou no próprio documento com a cláusula em negrito e com assinatura específica para a cláusula compromissória.⁴⁵⁷

Além disso, a cláusula compromissória poderá ser: cheia: quando as partes, ao inseri-la no contrato, definem desde já, a escolha de árbitro *ad hoc* ou de uma entidade especializada em procedimentos arbitrais; ou vazia: quando as partes não mencionam a forma da Arbitragem e tampouco se será por árbitro *ad hoc* ou entidade especializadas, apenas fazem menção no sentido de seus litígios serem resolvidos pela Arbitragem.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ O artigo 4º. especifica: “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. § 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira. § 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.”

⁴⁵⁸ A Arbitragem *ad hoc* é aquela em que as partes escolhem um ou mais árbitros para atuar no

Já o compromisso arbitral pode ser: extrajudicial quando se convencionou seguindo as exigências da Lei nº. 9.307/96, sendo celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público, e cumprindo com os requisitos obrigatórios e ou facultativos previstos nos artigos 10 e 11 da Lei⁴⁵⁹; ou, judicial quando instaurado perante o Poder Judiciário, em razão de demanda fundada na resistência quanto à instauração da Arbitragem, na existência de cláusula compromissória. Ou porque no decorrer do processo principal as partes, em comum acordo, resolvem extingui-lo sem julgamento do mérito para instauração da Arbitragem, e neste caso, o compromisso arbitral far-se-á por termos nos autos.⁴⁶⁰

A importância da Convenção de Arbitragem que se ressalta aqui, além dos seus inúmeros aspectos e implicações previstos na lei, é quanto aos seus efeitos. Pois tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral, uma vez firmados, tem o condão de retirar do Estado a competência para solucionar tais conflitos sejam eles presentes ou futuros.

A convenção de se utilizar a Arbitragem ou não é facultativa, porém uma vez estipulada a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral as partes devem solucionar o conflito através deste mecanismo, já que há previsão legal de imposição judicial do compromisso arbitral quando da previsão da cláusula compromissória. É permitido a parte exigir judicialmente que a outra firme o

processo sem vínculo com uma entidade especializada. A Arbitragem Institucional é aquela em que as partes decidem se utilizar de uma entidade especializada na Arbitragem, optando pelos seus regulamentos e procedimentos. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. p. 43.

⁴⁵⁹ O artigo 10 estabelece: “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 IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.” Já o artigo 11 prevê os requisitos facultativos: “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. Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.”

⁴⁶⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 195.

compromisso nos termos do artigo 7º. da Lei, daí a importância e seriedade ao se estipular o uso da Arbitragem.

O Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 267 que trata das causas de extinção do processo sem resolução de mérito, prevê no inciso VII, a Convenção de Arbitragem como uma das causas de extinção do processo. Segundo Montenegro Filho, existindo cláusula compromissória e confirmado o ingresso da ação judicial, o réu pode se insurgir contra a postura tomada pelo autor, e arguir em preliminar de contestação o descumprimento da cláusula compromissória e requerer a extinção do processo, que, caso acolhida, “impõe a extinção do processo sem a resolução do mérito, forçando as partes a solucionarem a pendenga através do árbitro.” No entanto, por uma razão óbvia a “matéria não pode ser conhecida de ofício⁴⁶¹ pelo magistrado, por ser do interesse exclusivo das partes.”⁴⁶² Se ambas convencionaram a Arbitragem e ambas desistem de utilizá-la, não haveria o porquê de ser imperativo seu emprego.

Esse afastamento da jurisdição estatal ocasionado pela Convenção de Arbitragem - afastamento num primeiro momento, já que se as partes se sentirem prejudicadas pelo descumprimento das exigências previstas na lei, poderão solicitar a intervenção judicial a qualquer momento - levou a Lei de Arbitragem a ser questionada quanto à sua constitucionalidade justamente por se entender, na época, que esse afastamento feriria o direito de acesso à justiça e, conseqüentemente, violaria o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, tema que será abordado no próximo capítulo.

⁴⁶¹ Uma pesquisa encomendada pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas com o intuito de investigar a relação entre o instituto da Arbitragem e o Poder Judiciário demonstrou em seu Relatório Inicial sobre a Existência, Validade e Eficácia da Convenção de Arbitragem, que esse entendimento não é unânime entre os tribunais brasileiros. Em vários casos o processo foi extinto sem julgamento do mérito de ofício pelos juízes por considerarem o pactuado pelas partes através da convenção arbitral. Já outros, pautaram-se na necessidade de arguição da existência de cláusula compromissória pela parte, pois esta matéria não poderia ser conhecida de ofício pelo juiz. RELATÓRIO VALIDADE, EFICÁCIA E EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL. **Arbitragem e Poder Judiciário**. Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). p. 29. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf. Acesso em: 10 jun. 2013.

⁴⁶² MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 318.

Surgindo a lide resultante da relação contratual e existindo cláusula compromissória, duas circunstâncias podem ocorrer, segundo Figueira Júnior: a primeira, as partes de comum acordo decidem instituir o juízo arbitral; a segunda, não havendo acordo ou recusando-se a parte a firmar o compromisso arbitral, o interessado poderá ajuizar ação perante a justiça estatal para que seja julgado o conflito referente à pactuação do compromisso. A sentença que acolher o pedido do autor valerá como compromisso arbitral e deverão ser nomeados os árbitros para dar prosseguimento ao desenrolar do procedimento arbitral.⁴⁶³

O procedimento arbitral se processará de acordo com as regras determinadas pelas partes quando da convenção arbitral. Nada sendo pactuado, poderão as partes deixar a cargo do próprio árbitro ou tribunal que regulem o procedimento ou ainda deixar a cargo de uma entidade ou órgão arbitral, no caso de uma Arbitragem institucional.

Do mesmo modo que o processo judicial, o procedimento arbitral tem, por lei, estabelecido os princípios que devem vigorar durante o desenrolar da lide, como por exemplo, o princípio do contraditório; princípio da igualdade entre partes; princípio da imparcialidade e do livre convencimento do árbitro.⁴⁶⁴

O árbitro, mesmo sendo escolhido pelas partes, no exercício de suas funções é considerado juiz de fato e de direito, além de ser equiparado a funcionário público para efeitos penais. E deve proceder e conduzir o procedimento arbitral com a mesma lisura que um juiz estatal, com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, pois a sentença que emanar do procedimento arbitral terá o mesmo efeito que uma sentença judicial, sem necessitar de homologação para surtir efeito no mundo jurídico, e não ser passível de recurso.⁴⁶⁵

⁴⁶³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 192.

⁴⁶⁴ O artigo 21, parágrafo 2º. estabelece: “§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

⁴⁶⁵ Prevêem os artigos: “Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal. Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” Carmona explica ser “possível que o legislador, ao empregar a consagrada expressão ‘juiz de fato e de direito’, tenha tido em mente a ideia de que em alguns juízos separam-

Consoante Cretella Neto, a dispensa de homologação da decisão arbitral está dentre os “maiores méritos do legislador pátrio, que removeu grande entrave à adoção da arbitragem”, pois a necessidade de homologação fazia com que as partes enfrentassem dois processos: um arbitral e outro judicial, e por isso, os litigantes preferiam pleitear diretamente ao Poder Judiciário.⁴⁶⁶

Devendo constar os mesmos requisitos que uma decisão judicial - relatório, fundamento e dispositivo, além da data e lugar em que foi proferida no caso da decisão arbitral – a sentença arbitral tem prazo⁴⁶⁷ para ser proferida sob pena de nulidade da sentença e extinção do compromisso arbitral. Nas palavras de Carmona,

Considerando que as partes têm, na convenção de arbitragem, o poder de regular integralmente o procedimento a que desejam submeter-se, é razoável que regulem também no processo e estabeleçam o limite do dano marginal causado pela natural demora na obtenção de uma decisão para seu litígio.⁴⁶⁸

Não obstante todas essas características, o árbitro não tem o poder de fazer valer a sua decisão, em que pese ter os mesmos efeitos jurídicos de uma sentença judicial⁴⁶⁹. Assim, a parte vencedora frente ao descumprimento da parte vencida, pode pleitear judicialmente a execução daquela sentença arbitral com vista a dar efetividade ao direito nela previsto. Sendo somente “através da ordem

se as decisões de fato e de direito (como ocorre com o julgamento do juro, onde apenas os fatos são submetidos aos jurados, enquanto toca ao juiz togado aplicar o direito), querendo deixar consolidada a ideia de que no juízo arbitral não se fará tal separação; talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juízes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juízes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 268-269.

⁴⁶⁶ CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 171.

⁴⁶⁷ O artigo 23, prescreve: “A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro. Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

⁴⁶⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 340.

⁴⁶⁹ O artigo 31 dispõe: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

executória (ordenamento ou *exequatur*) da decisão arbitral emanada do Poder Judiciário que a sentença originada em jurisdição paraestatal adquire força executiva em sentido amplo.”⁴⁷⁰

Assim, fazendo um apanhado geral da Lei de Arbitragem, tem-se que, às partes é possibilitado escolher os seus julgadores – os árbitros⁴⁷¹ -; estabelecer as regras para o desenvolvimento do procedimento arbitral tanto materiais quanto processuais; determinar o prazo para ser proferida a sentença arbitral; recorrer ao Poder Judiciário no caso de descumprimentos dos requisitos obrigatórios e que são causas de nulidade da decisão arbitral;⁴⁷² somente cabendo recurso da sentença arbitral para retificação no caso de erro material, dúvida ou obscuridade constante na sentença;⁴⁷³ e em caso de descumprimento da parte vencida, buscar executá-la na via judicial, já que a sentença arbitral tem o mesmo efeito de uma decisão judicial e constitui-se num título executivo judicial, mas os árbitros não possuem poderes para fazer cumprir suas decisões.

Em síntese, esses seriam alguns dos aspectos previstos na Lei de Arbitragem para o emprego desse instituto. A lei prevê outras regras de suma importância, não esgotadas nesse breve apanhado, que conduzem o procedimento arbitral. Outros preceitos merecem ser visitados, mas não serão objeto de estudo por fugirem do objetivo proposto inicialmente.

Dessa forma, passa-se a seguir a verificar as implicações do uso da Arbitragem após a edição da Lei nº. 9.307/96, a sua previsão como mecanismo de resolução de conflitos em leis específicas, e as vantagens e desvantagens

⁴⁷⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 274.

⁴⁷¹ O artigo 3º., prevê: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.”

⁴⁷² O artigo 33 estabelece: “A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.” Os casos de nulidade da sentença arbitral estão previstos no artigo 32, da Lei de Arbitragem.

⁴⁷³ O artigo 30 prescreve: “No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.”

apresentadas pelos doutrinadores na utilização desse mecanismo.

3.3 ARBITRAGEM E SUAS IMPLICAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

“Há sempre aqueles que olham para trás, recusando-se a ver o futuro ou a sociedade que os cerca.”⁴⁷⁴

A Lei de Arbitragem representou um marco para história do instituto no Brasil. Após sua edição, e principalmente, após a declaração de sua constitucionalidade, esse mecanismo passou a se desenvolver e receber expressiva atenção por parte da doutrina, ao ponto de ser uma das formas mais incentivadas para resolução de conflitos no direito contemporâneo.⁴⁷⁵

As transformações promovidas pela Lei de Arbitragem permitiram ao Brasil se adequar juridicamente às necessidades internas e internacionais. Segundo dados publicados, no ano de 1996 em que foi promulgada a Lei nº. 9.307/96, passou-se a realizar anualmente no Brasil, cerca de quatro mil Arbitragens.⁴⁷⁶ Informações divulgadas pela Câmara de Comércio Brasil-Canadá em 2008, indicaram que o Brasil em sua Corte de Arbitragem, se tornou o maior usuário de Arbitragem na América Latina, ultrapassando o México e a Argentina. E, atualmente, ocupa o 4º. lugar no ranking dos países usuários da Câmara de Comércio Internacional de Paris, ficando abaixo apenas dos Estados Unidos, França e Alemanha e acima da Itália, Espanha e Suíça.⁴⁷⁷

Na visão de Molina,

A instituição da Lei nº. 9.307, em 1996, foi um fator determinante, pois ofereceu maior eficácia à arbitragem, contribuindo não só para o

⁴⁷⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. O presente e o futuro da arbitragem no Brasil. **Resultado**, Amo III, nº. 23, p. 16-17, out./nov./dez. 2007.

⁴⁷⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. p. 04.

⁴⁷⁶ HINKEL, Mariana. Advogar sem a Justiça. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, n. 16, p. 38-43, 2007.

⁴⁷⁷ MOLINA, Ligia. Conquista nos números. **Revista da Câmara Brasil-Canadá**, ano 2, n. 12, p. 42-43, dez-jan. 2008.

surgimento das instituições administradoras, como no crescente uso do novo instituto jurídico, especialmente pela sua divulgação em congressos, seminários, debates, estudos em faculdades e nas associações de classe e culturais. 'A confiabilidade na arbitragem, especialmente depois de 2001 – quando ocorreu a confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal e a posterior ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil-, aliada às inúmeras vantagens, faz com que essa cultura tenha um futuro crescente na comunidade nacional' (...).⁴⁷⁸

A Lei de Arbitragem surgiu como ponto de partida para o desenvolvimento do instituto no país, servindo-se de um diploma dinâmico, enxuto e atualizado.⁴⁷⁹ Várias leis posteriores passaram a incluir o instituto da Arbitragem como mecanismo apto a resolver certos litígios. Alargando o espectro da lei específica e passando a ser utilizada também na esfera da administração pública para controvérsias entre órgãos ou entidades. Por isso, passa-se a expor a seguir algumas leis e instituições que prevêm o uso da Arbitragem.

3.3.1 Arbitragem nos demais ramos

Na área empresarial, a Arbitragem ganha destaque pela celeridade, sigilo e rapidez nas decisões. Além do mais, o desenvolvimento econômico brasileiro registrado nos últimos anos, o aumento no fluxo de negócios com as companhias internacionais contribuiu para que as empresas nacionais assimilassem a Arbitragem como meio de solução de conflitos afetos a esta área.⁴⁸⁰

Outro aspecto a ser considerado é a dinâmica comercial, que exige decisões rápidas, precisas e seguras, já que uma empresa pode ter sérios prejuízos diante de um "litígio sem solução, ou cuja solução depende de um processo judicial cujo desfecho não tem dia e hora para terminar".⁴⁸¹

Percebendo essa realidade, o legislador procurou prever como forma de estimular a solução consensual de conflitos a Arbitragem na lei que trata das Sociedades Anônimas – Lei nº. 6.404 de dezembro de 1976 -, que sofreu alterações

⁴⁷⁸ MOLINA, Ligia. Conquista nos números. **Revista da Câmara Brasil-Canadá**. p. 42.

⁴⁷⁹ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**. p. 76.

⁴⁸⁰ MOLINA, Ligia. Conquista nos números. **Revista da Câmara Brasil-Canadá**, p. 42.

⁴⁸¹ MARTINS, James; BERTOLDI, Marcelo M. **Simples Nacional: Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 256.

pela Lei nº. 10.303 de outubro de 2001, ao acrescentar ao artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas o parágrafo 3º⁴⁸², que passou assim a dispor:

Art. 109. (...)

§ 3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

Seguindo o conteúdo deste dispositivo, em 2001 foi criada, pela então Bovespa (atual BM&FBOVESPA S.A. – Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros), a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) para resolver disputas societárias e do mercado de capitais. Atuando nos conflitos originados no âmbito das companhias comprometidas com a adoção de práticas diferenciadas de governança corporativa e transparência, e também em outras controvérsias entre pessoas físicas e jurídicas, mas, desde que sejam referentes a direito empresarial.⁴⁸³

Outra lei a prever o uso desse mecanismo foi a Lei Complementar nº. 123 de 2009 – que estabeleceu o Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – dispondo em seu artigo 75:

Art. 75. As microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos de conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução dos seus conflitos.

Na esfera da Administração Pública, a Lei nº. 11.079 de 2004 - que criou o regime de Parcerias Público-Privadas - trouxe para o instituto da Arbitragem um

⁴⁸² Conforme Bertoldi, já era possível a utilização da arbitragem para solução de disputas societárias, mesmo antes da reforma da Lei das Sociedades Anônimas. Ao introduzir o parágrafo 3º ao artigo 109, o legislador demonstrou a intenção de salientar a possibilidade de se utilizar a Arbitragem como instrumento para a solução dos litígios que vierem a surgir. BERTOLDI, Marcelo M. **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentário à lei 10.303, de 31-10-2001. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002. p. 73

⁴⁸³ “A arbitragem no mercado de capitais oferece inúmeras vantagens (...) pois é capaz de agilizar a solução dos conflitos societários e, em consequência, dar maior fluidez ao próprio mercado de capitais, fazendo com que seja proferida rapidamente uma decisão, a fim de que os investidores não se prejudiquem com a longa demora da justiça togada, (...). Não há olvidar também que se mostra benéfico o sigilo vigorante nessa forma de composição dos conflitos, já que o procedimento arbitral só transcorre na presença das partes e dos árbitros, constituindo um sistema reservado de solução de conflitos.” GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**. p. 53. Ver informações em: CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO - CAM. Disponível em: <<http://www.camaradomercado.com.br/index.asp>>.

novo campo de atuação, a resolução de controvérsias entre o poder público e os particulares - em que pese as inúmeras críticas⁴⁸⁴ e posicionamentos favoráveis e contra ao emprego da Arbitragem nesta seara - essa lei dispôs em seu artigo 11, inciso III:

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

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

Ainda na esfera administrativa, é possível citar a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), através do Ato Regimental nº 5, de 27 de setembro de 2007, inicialmente, com o objetivo de prevenir e reduzir o número de litígios judiciais que envolviam a União, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas federais, e, atualmente, empenha-se em solucionar controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.⁴⁸⁵

O Código de Defesa do Consumidor proibiu a instituição “compulsória” da cláusula compromissória, no entanto não há óbice quando a opção em adotar a Arbitragem seja acordada entre as partes. Ademais, a própria Lei de Arbitragem

⁴⁸⁴ “O debate a respeito da juridicidade da solução, mediante arbitragem, de conflitos entre as partes nos contratos administrativos segue inúmeras vezes por vias inadequadas. Os argumentos em favor e contra a adoção do instituto da arbitragem nesses contratos não atingem, em regra, o núcleo da questão. (...) Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da Administração como, antes, é recomendável, posto que privilegia o interesse público. (...) A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (...). Daí por que, sempre que puder contratar – o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais -, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.” GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 303-314.

⁴⁸⁵ CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. **Cartilha**. 3. ed. Advocacia-Geral da União. 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br>. Acesso em 10 jun. 2013.

estabelece que só terá validade a cláusula nos contratos de adesão se o aderente for quem propuser a utilização desse instrumento de forma expressa, ou contiver no contrato a cláusula arbitral, desde que esteja em negrito e com uma assinatura especial para essa cláusula.

Consoante Figueira Júnior, a cláusula compromissória mesmo inserida em contrato de adesão, mas observando os requisitos mínimos indispensáveis constantes na Lei de Arbitragem, é válida e eficaz entre as partes contratantes. O que pode ocorrer é a resistência do consumidor em cumprir com o avençado e, neste caso, deverão ser analisadas as particularidades em concreto, para que a Arbitragem e os Direitos do Consumidor se completem e não se excluam.⁴⁸⁶

Dessa forma, a lei de Arbitragem se tornaria compatível com o Código de Defesa do Consumidor, podendo ser “funcionalizada para a efetivação das normas protetivas dos consumidores, servindo como alternativa para a promoção do princípio de acesso à justiça.”⁴⁸⁷

Outro ramo do Direito em que o uso da Arbitragem não é pacífico é nas relações trabalhistas. Apesar da previsão constitucional do uso desse instituto nos dissídios coletivos de trabalho, na esfera individual a divergência é encontrada nos próprios tribunais⁴⁸⁸, uns considerando incabível o uso da Arbitragem na esfera trabalhista, outros compreendendo que, se forem cumpridas as exigências da Lei nº. 9.307/96, e não houver vício de consentimento é totalmente cabível o emprego da Arbitragem. Para Rosa “em tempo de crise, a Arbitragem pode ser a solução para equilibrar direitos dos trabalhadores e uma eventual flexibilização na lei trabalhista”.⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 190.

⁴⁸⁷ RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 14.

⁴⁸⁸ A “jurisprudência pátria tem tornado relativas as objeções à arbitragem, ora apresentando-se mais restritiva, ora mais liberal, cingindo-as àquelas questões ou aspectos de fato, numa análise circunstancial, possam envolver direitos irrenunciáveis dos trabalhadores, a que a lei trabalhista der esta conotação.” GARCEZ, José Maria Rossane. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 65.

⁴⁸⁹ ROSA, Pérsio Ferreira. Crise, direito do trabalho e arbitragem. Revista Visão Jurídica, São Paulo, n. 35, p. 26, 2009. p. 26

Explica, Garcez, que ultimamente tem-se notado uma aceitação maior da Arbitragem no contexto trabalhista. A jurisprudência passou a reconhecer a existência de certos direitos disponíveis (participação e divisão dos lucros e resultados da empresa) para o trabalhador, e por isso, considerando possível o emprego da Arbitragem para dirimir conflitos relacionados a esses direitos.⁴⁹⁰

As Câmaras de Arbitragem, destinadas a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, efetivamente foram concebidas como fórmula para atenuar o volume de ações, criando mecanismo preventivo, instrumentalizando as partes para a celebração de acordos, estes que, no caso das ações trabalhistas, não somente podem ocorrer após o término dos contratos de trabalho, mas também durante a sua vigência, resolvendo questões pendentes entre empregados e empregadores, solucionando as lides que se desenvolvam na constância dos pactos, mediante quitação conforme vontade dos litigantes, relativamente a tópico específico ou geral.⁴⁹¹

Na esfera do Direito Ambiental também há vozes defendendo o uso desse mecanismo internamente, já que, no âmbito internacional é recorrente o emprego da Arbitragem, contando até, com instituições específicas como a Corte Internacional de Conciliação e Arbitragem Ambiental.⁴⁹²

Como o meio ambiente não se constitui em um direito patrimonial disponível, mas em um bem pertencente a coletividade, ou como melhor explica Morato Leite e Ayala, “visualiza-se o meio ambiente como um macrobem, que além de incorpóreo e imaterial, se configura como bem de uso comum do povo”, e,

⁴⁹⁰ GARCEZ, José Maria Rossane. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 65.

⁴⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª. Região. Processo trabalhista. Recurso Ordinário nº. 00020549020105020491, da 10ª Turma, Relatora: Sônia Aparecida Gindro. **Consulta a jurisprudência**. Disponível em: <www.trt02.gov.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordaos>. Acesso em: 13 abr. 2013.

⁴⁹² A Corte Internacional de Arbitragem e Conciliação Ambiental foi fundada em 1994, no México, com sede no México e na cidade San Sebastián na Espanha. Tem por objetivo dirimir conflitos ambientais tanto entre Estados, quanto entre pessoas físicas ou jurídicas. A Corte também atua como órgão consultivo sobre questões referentes ao Direito Ambiental, que tenham repercussão internacional, nacional ou regional. Atualmente a Corte conta com 29 árbitros de diversos países, inclusive um brasileiro. Na resolução dos conflitos são aplicados pela Corte: os tratados internacionais e os convênios de Direito Privado; as regras gerais e princípios do Direito Ambiental Internacional; o Direito Nacional relevante, de acordo com as regras geralmente aceitas pelo Direito Internacional Privado; e quaisquer outros princípios ou regras que a Corte considere importantes. CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO AMBIENTAL. **Estatutos**. Disponível em: <<http://iceac.sarenet.es/Castellano/estatutos.html>>. Acesso em: 18 jul.2011.

portanto, “significa que o proprietário, seja ele público ou particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado”⁴⁹³, o emprego da Arbitragem em litígios envolvendo o Direito Ambiental não seria possível.

No entanto, alguns defensores da utilização do mecanismo na esfera ambiental partem da concepção do meio ambiente como um microbem, “considerando os elementos que o compõem”, florestas, rios e, neste caso, o bem ambiental pertence tanto ao poder público, quanto ao particular⁴⁹⁴, poderia ser passível de se empregar a Arbitragem, se demonstrada a possibilidade de “disponibilidade no exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobre a parcela de microbens ambientais”.⁴⁹⁵ Ou seja, na hipótese de um dano à propriedade privada decorrente de poluição atmosférica (paredes enegrecidas), ou falta de água pura que ocasione a diminuição da produção de uma empresa. Tais fatos estariam relacionados à violação de direitos patrimoniais, e, portanto, poderiam ser objeto de Arbitragem. Porém, se a mesma poluição atmosférica viesse a causar problemas pulmonares a um número indeterminado de crianças, não se trataria de violação a direito patrimonial disponível e, dessa forma, não seria cabível o uso da Arbitragem⁴⁹⁶.

A previsão do instituto da Arbitragem, como se pode perceber, não se restringe a Lei 9.307/96, outras leis também a preveem como mecanismo apto a dar solução aos conflitos existentes ou a existir, além das divergências que pairam quanto o seu emprego na esfera dos contratos administrativos, nas relações de consumo, nas relações trabalhistas, no que se refere ao Direito Ambiental, entre outros.

Segundo Mancuso, essas previsões do uso da Arbitragem em outras esferas do direito, “impende tomar com um grão de sal” o requisito da

⁴⁹³ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 59.

⁴⁹⁴ LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 241.

⁴⁹⁵ FRANGETTO, Flávia Witkowski. **Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional?** Campinas: Millennium Editora, 2006. p. 40.

⁴⁹⁶ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 803.

disponibilidade do objeto para a aplicação do procedimento arbitral. Podendo-se hoje considerar tal requisito como inoperante em alguns casos, como por exemplo, o uso na esfera da Administração Pública.⁴⁹⁷

Esse aumento no campo de atuação da Arbitragem vem conferir a esse instrumento mais confiabilidade e solidificação do seu emprego numa cultura até então tida como judiciarista. Demonstrando que o instituto está em constante progressão e que a opção por se utilizar métodos extrajudiciais, não necessariamente, deva estar restrita às concepções primárias de ser a Arbitragem um mecanismo de pacificação apenas no que se refere a direitos patrimoniais disponíveis, mas estar atento à função social desempenhada por esse meio alternativo. Como bem disserta Basso, não basta apenas uma lei nova sobre a Arbitragem, é preciso retomar o debate sobre esse instrumento “através de uma visão realista, prática e dinâmica, onde a realização do homem é a meta, e isso exige, fundamentalmente, a mudança de espírito do operador jurídico.”⁴⁹⁸

O sortido elenco das modalidades de arbitragem evidencia, de um lado, sua flexibilidade conceitual, consentindo subtipos diversos, que se amoldam às singularidades dos casos concretos, e, de outro, sugere tratar-se de experiência exitosa, já que ela não se expandiria tão notoriamente se os resultados práticos fossem insatisfatórios ou não apresentassem vantagens em comparação com o que as partes poderiam obter na via contenciosa estatal (solução adjudicada).⁴⁹⁹

Na sequência, serão verificadas algumas características inerentes à Arbitragem e o desenrolar do procedimento arbitral, que permitem extrair as vantagens e desvantagens ao se adotar este instrumento na solução das controvérsias.

3.3.2 Vantagens e desvantagens

Os doutrinadores elencam uma série de vantagens e desvantagens no emprego da Arbitragem sempre em comparação com o sistema processual judicial.

⁴⁹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 271.

⁴⁹⁸ BASSO, Maristela citado por MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 17.

⁴⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 273.

Naturalmente que na esfera em que se possibilita o uso da Arbitragem “direitos patrimoniais disponíveis”, esse instrumento se mostra flexível às exigências do conflito e à pretensão das partes, no entanto, isso tem um custo.

Consoante Figueira Júnior, “desde que feita uma opção adequada pela jurisdição arbitral, não se vislumbra propriamente nenhuma desvantagem que possa advir dessa escolha”⁵⁰⁰. Mesmo assim é possível elencar uma série de desvantagens na aplicação da Arbitragem vistas pelos doutrinadores: o procedimento arbitral pode ser mais demorado que o processo judicial; pode ocorrer durante o procedimento arbitral a necessidade de se socorrer do Poder Judiciário; ausência de procedimento rígido que pode acarretar atos ilícitos; ausência de neutralidade dos árbitros; existência de ressentimento entre as partes o que dificultaria o procedimento arbitral; a sentença arbitral não dá oportunidade para recurso; o custo da Arbitragem é maior que no Poder Judiciário; comum desequilíbrio de poder entre as partes, ou seja, os contratantes possuem situações econômicas diferentes e, por conseguinte o hipossuficiente seria prejudicado; falta de fundamento para discussão judicial posterior; além, do entendimento de que a justiça deve prevalecer antes que a paz, os críticos entendem que considerar equivalentes um acordo e uma sentença “seria reduzir a função social da decisão jurisdicional a uma mera resolução de conflitos privados”.⁵⁰¹

Algumas dessas desvantagens apresentadas não se coadunam com a realidade verificada. Sabe-se que o procedimento arbitral, por ter prazo estipulado pelas partes, é mais célere que o processo judicial de rito comum. O fato de as partes se socorrerem do Poder Judiciário em caso de alguma especificidade da causa, não pode ser vista como desvantagem uma vez que confere às partes mais segurança em relação aos atos praticados pelo árbitro e lisura ao procedimento arbitral. A falta de rigidez permitindo às partes estipular as regras para o procedimento, não é sinônimo de flexibilidade absoluta, a Lei de Arbitragem é bem rígida quanto ao cumprimento dos requisitos obrigatórios, autorizando a parte

⁵⁰⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 104.

⁵⁰¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 109. Ver também, BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 201-202. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 102-104.

prejudicada a requerer a anulação do compromisso ou da sentença arbitral.

Da mesma forma, a ausência de neutralidade e o ressentimento das partes não estão relacionados diretamente com o instituto da Arbitragem, pois neste, as próprias partes escolhem os árbitros podendo substituí-los se for necessário, e ademais, se ambas as partes pactuam a cláusula e firmam o compromisso arbitral, posteriormente, é porque possuem a intenção de ver resolvida a sua lide.

Já no que se refere à inexistência de recurso e a impossibilidade de rediscussão judicial da matéria decidida pelo árbitro, talvez se mostre como desvantagem para alguns, mas para outros é uma vantagem, pois o que faz a Arbitragem ser um instituto vantajoso é a agilidade e celeridade do procedimento. Existindo recursos das decisões arbitrais, ou permitindo que o Poder Judiciário pudesse analisar novamente a matéria, essas vantagens deixariam de existir. Quanto ao custo de um procedimento, isso dependerá de como se dará a Arbitragem, se *ad hoc*, se institucional, o valor a ser discutido, a complexidade do litígio, o número de árbitros a fazerem parte do tribunal, as perícias necessárias, entre outros fatores que dependem da análise do caso concreto.

Apesar das desvantagens citadas, as vantagens da Arbitragem são consideradas muito maiores, e por isso, absorvem as desvantagens. Segundo Figueira Júnior, o instituto da Arbitragem não possui nenhuma desvantagem, pois,

(...) não se pode falar em desvantagens ou prejuízos decorrente da irrecorribilidade das decisões arbitrais, quando foram as partes, previamente e em comum acordo, que excluíram do Poder Judiciário o conhecimento do conflito, (...) porque não desejavam ver a pendenga eternizando-se com a prodigalidade dos recursos colocados à disposição dos jurisdicionados no sistema processual tradicional.⁵⁰²

As vantagens elencadas pela doutrina na utilização da Arbitragem são inúmeras, principalmente por serem utilizadas em grande escala nas relações comerciais, na qual os contratantes quase sempre possuem o interesse de resolver o assunto pendente de forma mais rápida, para dar continuidade aos negócios, e as decisões são cumpridas espontaneamente. Em suma: tem-se ampla liberdade de

⁵⁰² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 104.

contratação, pois, são as partes que decidem a forma do desenvolvimento e julgamento da Arbitragem; pode ser utilizada em qualquer controvérsia que envolva direitos patrimoniais disponíveis; maior celeridade na solução de conflitos, uma vez que, a própria lei determina o prazo para ser proferida a sentença, quando não convencionado outro pelas partes; economia processual, o seu procedimento é informal; sigilo no procedimento arbitral, somente as partes em litígio decidem se o processo se tornará público ou não;⁵⁰³ a sentença arbitral constitui-se num título executivo judicial; possibilidade de seguir a execução do contrato que se tornou objeto do litígio, enquanto se resolve a questão pendente; no campo internacional evita a submissão do conflito a tribunais estrangeiros; facilitação da transação⁵⁰⁴; escolha dos julgadores (árbitros) para a causa.⁵⁰⁵

Ao se verificar as vantagens e desvantagens da Arbitragem encontram-se argumentos que podem ser vistos como vantajosos por alguns, quanto desvantajosos para outros, dependendo da análise do objetivo que pretendem as partes. É o que ocorre, por exemplo, com a inexistência de recursos. As mesmas características dirigidas ao processo arbitral para que este se torne eficiente e vantajoso em determinadas situações, podem ser apontadas como negativas para outras.⁵⁰⁶

Essas são algumas das vantagens encontradas na doutrina, no entanto, deve-se ter cuidado ao se optar pela Arbitragem, pois as regras são claras e bem definidas, não se admitindo a utilização desse mecanismo como forma de discussão prévia da causa, para depois, na tentativa de postergar a conclusão final da desavença ou evitar o cumprimento da decisão, buscar sem fundamento plausível, rediscutir a matéria no Poder Judiciário. Essa atitude transformaria a Arbitragem, ao invés de método alternativo, em mais um subterfúgio legal de procrastinação

⁵⁰³ As partes assinam um pacto com o árbitro de confiabilidade e privacidade, em que é garantido o sigilo absoluto. As partes não são obrigadas a tornar público, documentos confidenciais ou de preço e marketing da empresa. CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. p. 229.

⁵⁰⁴ “A experiência já mostra que a natureza do instituto muitas vezes leva as partes a adotar um acordo mais facilmente do que no caso de uma ação judiciária normal”. BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 201.

⁵⁰⁵ BOLZAN DE MORAIS, José Luis; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 201.

⁵⁰⁶ BACELAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 116.

processual.

Além de todas essas questões até então estudadas, é pertinente verificar outro instrumento legal que prevê o emprego da Arbitragem com outras características e que se dá no âmbito da Justiça Estatal.

3.3.3 Arbitragem prevista na Lei nº. 9.099 de 1995

A Arbitragem prevista na lei que trata dos Juizados Especiais difere em algumas características daquelas verificadas na Lei nº. 9.307/96. Prevista nos artigos 23 a 26 da Lei nº. 9.099, de 26 de setembro de 1995, a Arbitragem pode ser empregada caso não ocorra a conciliação e as partes optem, de comum acordo, em estabelecê-la seguindo as regras previstas na citada lei.

Diferentemente da Arbitragem desenvolvida com base na Lei nº. 9.307/96, o juízo arbitral no Juizado Especial é instaurado independentemente da existência de um compromisso arbitral ou cláusula compromissória, desenvolvendo-se na sequência dos atos processuais previstos no âmbito dos juizados, e por isso, é considerada Arbitragem endoprocessual, ocorrendo sob o manto da Justiça Pública e não da Justiça Privada. Às partes também é facultado escolher os árbitros, no entanto, estes serão escolhidos dentre o corpo de juízes leigos do respectivo órgão.

Outra diferença consiste na decisão proferida em sede desse juízo arbitral, o laudo deverá ser apresentado ao juiz togado para que este o homologue por sentença, e esta sim será irrecorrível. No entendimento de Dinamarco, a decisão desse árbitro é qualificada pela lei como laudo e não sentença, justamente por estar sujeita a homologação pelo juiz togado para tornar-se eficaz.⁵⁰⁷

Apesar dessa previsão legal, não se encontra, na prática, utilização da Arbitragem nos Juizados Especiais. Doutrinadores como Figueira Júnior, explicam que isso se deve ao fato da quase absoluta incompatibilidade da Arbitragem com os Juizados Especiais, “a começar pela ausência do elemento principal e sobre o qual se funda todo o juízo arbitral, que é a renúncia à jurisdição estatal e a opção pela

⁵⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**. p. 679.

jurisdição privada e autônoma, decorrente de livre estipulação entre as partes.”⁵⁰⁸

Alguns dos problemas e obstáculos ao emprego da Arbitragem em sede de Juizados Especiais têm como razão: a gratuidade do sistema; a falta de celeridade; a inexistência de sigilo e a limitação da escolha dos árbitros.⁵⁰⁹ Contudo, a inserção do instituto da Arbitragem nas causas afetas aos Juizados Especiais se deve, segundo Carmona, aos

(...) entusiastas extremados da arbitragem, que viam no instituto a panacéia para os males de que padece o Poder Judiciário, tiveram oportunidade de diminuir seu ardor, acomodando-se às limitações que a realidade impõe. A esses exagerados parecia que a arbitragem seria capaz de, por si só, aliviar a sobrecarga de processos que hoje sufoca os órgãos do Poder Judiciário, o que levou até à redação de dispositivos como o art. 25 da Lei 7.244/84, depois substituído pelo art. 24 da Lei 9.099/95, ambos objetivando criar as condições propícias para a expansão da utilização do juízo arbitral nos juizados especiais. Como disse, a experiência acabou por revelar que, na maior parte dos Estados, as partes não se socorrem da arbitragem para resolver as controvérsias de menor complexidade levadas aos Juizados (...).⁵¹⁰

Para alguns, o único fruto que se pode colher, talvez, da “inserção anômala” da Arbitragem nos Juizados Especiais, seja a sua “difusão ou popularização”, na medida em que, paulatinamente, poderá se tornar, senão utilizada, ao menos conhecida.⁵¹¹ Porém a falta de concretização da possibilidade oferecida pela lei em se utilizar desse mecanismo nos Juizados Especiais, não pode significar o fracasso do instituto ou descaracterizar os demais aspectos de uma solução buscada via procedimento arbitral. Como bem salienta Dinamarco, tanto a Arbitragem desenvolvida nos moldes da Lei nº. 9.307/96 quanto aquela que poderia se desenvolver em sede de Juizados Especiais caso as partes assim acordassem, institucionalmente, produziram o mesmo resultado, “o escopo superior de

⁵⁰⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 146.

⁵⁰⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 146-147.

⁵¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 02-03.

⁵¹¹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 147.

pacificar”.⁵¹²

É importante ressaltar que, apesar da evolução da Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, com regulamentação própria e várias outras disposições legais prevendo-a, na prática, continua sendo ainda um instituto pouco conhecido e pouco utilizado por grande parte da população.⁵¹³ Isso não significa que a Arbitragem devesse ter ocupado o lugar da Justiça Estatal, mas sim, que a sociedade ao menos tivesse conhecimento dos demais mecanismos postos a sua disposição para composição das controvérsias.

O então senador Marco Maciel quando da promulgação da Lei de Arbitragem, afirmou que um dos objetivos do processo de modernização, que por sua vez é pouco percebido pela própria sociedade, porém, importante em termos de mudança social, é a diminuição da tutela do Estado e o aumento dos poderes dos cidadãos. As mudanças, na maioria das vezes, nem são notadas, mas trata-se de criar mecanismos que possam garantir a proteção e os direitos dos indivíduos frente às novas demandas que o Estado deve atender. Os mecanismos decorrentes dessas mudanças têm por “finalidade normatizar as práticas usuais da política, valorizando a conciliação, a busca do consenso e a solução pacífica dos conflitos, garantidoras, de um lado, da coesão social e da legitimidade, e de outro, da própria governabilidade.”⁵¹⁴

O ressurgimento das discussões acerca de outros métodos de solução de conflitos, na grande maioria, está assentado na crise⁵¹⁵ da jurisdição estatal. O que

⁵¹² DINAMARCO, Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**. p. 679.

⁵¹³ GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de arbitragem**. p. 50.

⁵¹⁴ MACIEL, Marco. **Arbitragem e avanço institucional**. 1997. p. 01-02.

⁵¹⁵ Sobre a crise da jurisdição estatal, escreve Bolzan de Moraes, que esta deve ser vista em diferentes perspectivas: “Uma que diz respeito ao financiamento – infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos – que dizem respeito não apenas aos valores (custas judiciais, honorários, etc), efetivamente dispendidos, como também ao custo diferido que se reflete em razão do alongamento temporal das demandas (...). Outra, diz respeito a aspectos pragmáticos da atividade jurídica, englobando questões relativas à linguagem técnico-formal utilizada nos rituais e trabalhos forenses, a burocratização e lentidão dos procedimentos e, ainda, o acúmulo de demandas. A terceira crise se vincula a incapacidade tecnológica de os operadores jurídicos tradicionais lidarem com novas realidades fáticas que exigem não apenas a construção de novos instrumentos legais, mas, também, a reformulação das mentalidades (...). Por fim temos aquela crise que diz respeito em particular aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para a busca de uma solução pacífica para os conflitos a partir da atuação prática do direito aplicável ao caso sub judice. O que se vislumbra aqui é a

de certo modo não deixa de contribuir, no entanto, é preciso computar também o vertiginoso crescimento populacional e o conseqüente aumento das relações sociais, a complexidade das causas, a celeridade exigida por algumas, e a adequação dos equivalentes jurisdicionais às exigências dos novos conflitos.

Mesmo porque, embasar a pertinência da utilização da Arbitragem na crise da jurisdição estatal é um argumento frágil até mesmo para o próprio instituto, uma vez que, teria descaracterizada sua importância e características próprias frente a uma justiça estatal que, futuramente se mostre sem problemas.

Como bem disserta Mancuso, “quem não contribui para a solução torna-se parte do problema”. O Estado brasileiro ao garantir uma gama infindável de direitos não se preparou e nem se aperfeiçoou para receber a grande contingência de conflitos que passaram a ser dirigidos ao Poder Judiciário.

A notória morosidade da prestação jurisdicional, decorrente do acúmulo de processos em primeiro e segundo graus, evidencia que a Justiça não soube se antecipar aos fatos, nem ao menos traçar estratégias e programas de atuação para enfrentá-los, demorando a internacionalizar as sucessivas transformações por que foi passando a sociedade brasileira, massificada e globalizada, implicando profundas alterações nos costumes, interesses e necessidades, que recrudesceram os conflitos existentes e fizeram emergir outros novos. Não tendo, assim, nossa Justiça acompanhado os acontecimentos, depois viu-se atropelada por eles.⁵¹⁶

A edição da Lei de Arbitragem brasileira deixou transparecer para os mais afetos ao instituto, que seria a solução para os problemas do Poder Judiciário, outros entendiam que a Arbitragem tinha por escopo substituir a jurisdição estatal.⁵¹⁷ Contudo, não foi, não é, e nem será o propósito desse mecanismo.

A Arbitragem se mostra como meio alternativo à jurisdição estatal, no sentido de pacificação dos conflitos resolvidos por sua utilização, ou seja, apresenta-

interrogação acerca da adequação do modelo jurisdicional para atender às necessidades sociais do final do século – e do milênio – em razão do conteúdo das demandas, dos sujeitos envolvidos ou, ainda, diante do instrumental jurídico que se pretende equidade, etc.” BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 98-102.

⁵¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 251.

⁵¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 02.

se como uma segunda forma de as partes conflitantes findarem a sua contenda.

Não tem o condão de, apesar de que indiretamente possa produzir algum efeito positivo, solucionar o problema de sobrecarga da Justiça Estatal e tampouco substituí-la.

Figueira Júnior é enfático ao afirmar que se equivocam os que pensam que a importância do instituto da Arbitragem reside em desafogar o Poder Judiciário, ou se mostrar como mecanismo mais célere, eficaz, secreto para solucionar as lides. Da mesma forma, não busca substituir a jurisdição estatal e muito menos concorrer com ela.⁵¹⁸ Na verdade, sua importância

(...) reside em ser mais um instrumento institucionalmente legítimo colocado no sistema à disposição dos jurisdicionados para a busca da solução de seus múltiplos conflitos de ordem interna ou externa (notadamente nos dias de hoje, com a formação de grandes blocos econômicos, com o fenômeno denominado de 'globalização' e do incremento das relações comerciais internacionais), que serão conhecidos por profissionais especializados técnica ou cientificamente na matéria, objeto da controvérsia.⁵¹⁹

O papel das partes nesse aspecto é preponderante, pois, cabe a elas verificar os aspectos positivos e negativos na utilização da jurisdição estatal ou arbitral, de acordo com as especificidades do conflito e as possibilidades jurídicas disponibilizadas pelo império estatal. "A idéia-força consiste em que cada um desses caminhos tenha o seu espaço e a sua clientela, preservando o foco principal, que é o de outorgar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível."⁵²⁰

No entanto, paira ainda um resquício de uma discussão já terminada em 2001 pelo Supremo Tribunal Federal, de que, conforme a Lei de Arbitragem, ao optarem as partes por esse mecanismo estariam renunciando o direito de acesso à justiça e desrespeitando o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional. Agregado a esse fato, ainda se tem a falta de conhecimento da existência e do desenrolar de um procedimento arbitral, e uma cultura judiciarista. Questões que

⁵¹⁸ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 145.

⁵¹⁹ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**. p. 143-144.

⁵²⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. p. 269.

precisam ser verificadas para que se possa compreender que numa concepção mais ampla, acesso à justiça não significa acesso ao Poder Judiciário. Outros instrumentos postos à disposição dos jurisdicionados e regulamentados pelo próprio Estado também são aptos à pacificação social e promoção da justiça.

É nesse contexto, que se abordará no último capítulo a constitucionalidade da Lei de Arbitragem com o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, de modo a demonstrar a conciliação entre ambos, e de que podem conviver harmonicamente, sem se excluírem, o que permitirá enxergar no instituto da Arbitragem mais uma via de acesso à justiça e instrumento partícipe na construção de uma justiça mais democrática.

CAPÍTULO 4

DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E O INSTITUTO DA ARBITRAGEM: a complementaridade entre os sistemas judicial e arbitral

Na China no século VII, o imperador no exercício de suas funções, expediu o seguinte decreto: “Ordeno que todos aqueles que se dirigirem aos Tribunais sejam tratados sem nenhuma piedade, sem nenhuma consideração de tal forma que se desgostem tanto da ideia do direito quanto se apavorem da perspectiva de comparecerem perante um magistrado. Assim o desejo para evitar que os processos se multipliquem assombrosamente. O que ocorreria se inexistisse o temor de ir aos tribunais? O que ocorreria se pensassem que os juízes são sérios e competentes? Se essa falsa ideia se formar, os litígios ocorrerão em número infinito e a metade da população será insuficiente para julgar os litígios da outra metade.”⁵²¹

À luz da concretização dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão ou geração como denomina a doutrina, vários institutos jurídicos tiveram incrementadas e aperfeiçoadas suas teorias, e consequentemente, ressignificados os seus conceitos e concepções.

As ideias acerca da jurisdição não se mostram as mesmas de outrora. O próprio Processo Civil passou a carregar além da função jurídica, escopos sociais e políticos na busca da concretização efetiva dos direitos proclamados, a responsabilidade declaratória se tornou insuficiente à realidade contemporânea.

No mesmo sentido, o acesso à justiça abandona o caráter monopolístico do Estado-Juiz, e passa a agregar os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos (mediação, conciliação, Arbitragem) como mecanismos aptos, da mesma forma que o Poder Judiciário, na consecução da justiça.

No entanto, a conciliação e a mediação não possuem a peculiaridade de afastar o exercício da jurisdição estatal, como faz o instituto da Arbitragem, e

⁵²¹ DAVID, René citado por FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996.** p. 191.

tampouco possuem, os conciliadores e os mediadores, o poder de solucionar a demanda, submetendo às partes ao cumprimento do decidido, como possuem, por força de lei, os árbitros.

Dessa forma, visando conciliar a Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e o emprego da Arbitragem, para que este instituto possa ser visto, compreendido e utilizado como segunda via de acesso à justiça, busca-se neste último capítulo, abordar a Arbitragem com suas peculiaridades, no que lhe permite ser vista como um equivalente jurisdicional, sob o manto da concepção contemporânea de jurisdição abrangente.

Assim, abordar-se-á primeiramente, a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, posteriormente, as discussões acerca da natureza jurídica do instituto da perspectiva contratualista à equivalência jurisdicional, e, por derradeiro, a democratização dos meios de acesso à justiça.

4.1 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO ESTATAL E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE ARBITRAGEM – LEI Nº. 9.307/96

“Quem quiser obter de outro alguma coisa difícil não deve tomar a coisa como um problema, mas elaborar simplesmente seu plano, como se fosse o único possível; logo que vir aparecer nos olhos do interlocutor a objeção, a réplica, deve saber interromper logo a conversa e não lhe deixar tempo.”⁵²²

A Convenção de Arbitragem decorrente do compromisso ou da cláusula arbitral tem por finalidade criar um vínculo entre os contratantes que, sobrevindo algum conflito oriundo da relação ou negócio pactuado, este será submetido à resolução arbitral e não judicial, tendo o condão de excluir ou afastar a jurisdição estatal na resolução da controvérsia.⁵²³

⁵²² NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução de Antonio Carlos Braga, 3. ed. São Paulo: Escala. p. 248.

⁵²³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996. p. 191.

Esse afastamento, gerador de inúmeras críticas, não pode ser compreendido como exclusão de recurso à tutela jurisdicional estatal de forma absoluta. Seja pela estipulação da cláusula compromissória ou pelo compromisso arbitral, ambos numa primeira análise produzem o mesmo efeito: retirar do juiz estatal a prerrogativa de conhecer e resolver a controvérsia entre as partes. Ou como sugere Carmona,

Em síntese apertada, a convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19).⁵²⁴

No entanto, esse afastamento em outra mirada não ocorre, várias são as disposições da Lei de Arbitragem que estabelecem o recurso ao Poder Judiciário para resolver situações não abarcadas pelo instituto da Arbitragem, ou até mesmo pelo descumprimento dos preceitos legais por parte do árbitro.

Ademais, as concepções acerca da jurisdição a vêem como algo inafastável, por se tratar justamente de um poder-dever ou função do Estado. Pela função de dirimir os conflitos e fazer imperar a vontade e os fins a que se destinam as leis, a jurisdição tem como princípio constitucional, previsto no art. 5º, XXXV, a inafastabilidade. Garantia do jurisdicionado de que o Estado não pode criar óbices que impeçam, afastem ou excluam os indivíduos de terem acesso à justiça.⁵²⁵

Com a Lei de Arbitragem, a garantia de acesso à jurisdição estatal não foi afetada, entretanto, criou-se instrumentos como a cláusula e o compromisso, que inicialmente permitem excluir da atividade jurisdicional a competência para dirimir certos conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Nessa mirada, por permitir o afastamento da atividade estatal, não obstante a edição da Lei de Arbitragem ter representado um marco histórico para o

⁵²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 79.

⁵²⁵ GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 61.

instituto no país, antes mesmo de começar a vigorar já pairava discussão referente à constitucionalidade de tal dispositivo legal, justamente por apresentar, no entendimento de alguns, dissonância com o artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal.

4.1.1 Constitucionalidade da Lei nº. 9.307/96

A celeuma⁵²⁶ sobre a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem Brasileira teve origem em 1994, quando duas empresas, uma brasileira e outra suíça, firmaram um contrato a ser executado no Brasil, no qual estava previsto a remessa de royalties do Brasil para o exterior, após determinado período. Como as partes não chegaram a um acordo sobre o valor a ser remetido, e por estar previsto em contrato a cláusula compromissória, as partes submeteram esta pendência à Arbitragem. Por questão de conveniência, a Arbitragem foi desenvolvida na Espanha, sendo o laudo arbitral, proferido na cidade de Catalã em Barcelona.

As partes decidiram acatar a decisão arbitral, e a empresa brasileira, pretendendo enviar o valor estipulado, dirigiu-se até o Banco Central do Brasil para que este autorizasse o envio da quantia devida. No entanto, o Banco Central do Brasil alegou que não poderia autorizar tal remessa, pois, a sentença arbitral estrangeira necessitaria estar homologada, na época, pelo Supremo Tribunal Federal.

Por tal motivo, a empresa suíça requereu a homologação da sentença arbitral ao Supremo Tribunal Federal, que rejeitou o pedido sob argumentação de que o laudo arbitral não havia sido homologado pelo juízo em que foi proferido, na Espanha. Dessa forma, a empresa suíça informou que na Espanha desde 1988, a sentença arbitral não precisaria ser homologada pelo Poder Judiciário, como ocorre atualmente no Brasil.

⁵²⁶ Sobre o caso que deu origem a discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem verificar CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 150. CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem brasileira**. p. 18-22. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na sentença estrangeira nº. 5. 206-7 – Reino da Espanha. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. 12 dez. 2001. **Coordenação de Análise de Jurisprudência**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 fev. 2012.

Em outubro de 1996, a Lei nº. 9.307/96 ainda não estava vigorando quando o Ministro José Carlos Moreira Alves propôs que o julgamento dessa causa fosse adiado e que os autos fossem encaminhados ao Ministério Público para manifestação. Iniciando-se aí a discussão.

Em que pese, ter o Procurador Geral da República, Geraldo Brindeiro, concluído seu parecer em março de 1997, pela plena constitucionalidade da lei, entendia o Ministro Sepúlveda Pertence, ser inconstitucionais alguns dispositivos da Lei, argumentando no sentido que ao escolher a Arbitragem as partes estariam afastando o Poder Judiciário de solucionar atuais e futuros conflitos, o que estaria ferindo a garantia constitucional de acesso à justiça.

Argumentava o Ministro que o emprego da Arbitragem para dirimir conflitos já existentes era totalmente constitucional. O compromisso arbitral assim firmado versando sobre direitos patrimoniais disponíveis não feriria o princípio do acesso à justiça. Pois,

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece, (...) é que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito. Não estabeleceu que as partes interessadas não excluirão da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devam levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental da ação.⁵²⁷

Porém, como a Lei de Arbitragem previa e prevê o emprego da cláusula compromissória, que se refere ao compromisso prévio de utilização da Arbitragem para dirimir conflitos futuros, ou seja, ainda não existentes e, uma vez instituída a cláusula, as partes obrigatoriamente devem se socorrer da Arbitragem e não mais do Poder Judiciário. No entendimento do Ministro este dispositivo contrariava a Constituição.

⁵²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na sentença estrangeira nº. 5. 206-7 – Reino da Espanha. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. 12 dez. 2001. **Coordenação de Análise de Jurisprudência**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 fev. 2012.

Na cláusula compromissória, entretanto, o objeto dessa opção, posto que consensual, não são lides já determinadas e concretizadas, como se dá no compromisso: serão lides futuras e eventuais, de contornos indefinidos; quando muito, na expressão de Canelutti (ob. Cit., p. 550), lides determináveis pela referência ao contrato de cuja execução possam vir a surgir.

A renúncia, com força de definitiva, que aí se divisasse à via judicial já não se legitimaria por derivação da disponibilidade do objeto do litígio, que pressupõe a sua determinação, mas, ao contrário, consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de acesso à jurisdição, cuja validade os princípios repelem.⁵²⁸

Apesar de anos de discussão, em 2001 o Supremo Tribunal Federal decide pela constitucionalidade⁵²⁹, afirmando o Ministro Carlos Velloso, em consonância com o parecer do Procurador Geral da República, que “direito de ação” não significa “dever de ação judicial”. Como a Lei de Arbitragem trata de *direitos patrimoniais disponíveis*, é perfeitamente possível que as partes conflitantes renunciem ao direito de recorrer ao Poder Judiciário. Pois, o que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal preconiza é um direito de ação e não um dever. Quando as partes decidem empregar a Arbitragem na resolução de conflitos existente ou a existir, não é a lei que está excluindo o Poder Judiciário de conhecer o

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na sentença estrangeira nº. 5. 206-7 – Reino da Espanha. Agravante: MBV Comercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Indústria e Comércio LTDA. 12 dez. 2001. **Coordenação de Análise de Jurisprudência**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>. Acesso em: 4 fev. 2012.

⁵²⁹ “O Supremo Tribunal Federal lidou, de outubro de 1996 a dezembro de 2001, com a questão da suposta inconstitucionalidade de dispositivos legais relativos à Lei de Arbitragem: em 10 de outubro de 1996 o Min. Moreira Alves, após o voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence em demanda de homologação de sentença arbitral proveniente do Reino da Espanha, propôs a conversão do julgamento em diligência para ouvir o Ministério Público Federal sobre a constitucionalidade da Lei 9.307/96. Acolhida a proposta, os autos foram remetidos ao Procurador Geral da República que, em março de 1997, manifestou-se pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem e pelo provimento do agravo. Em sessão de 8 de maio de 1997 o Mi. Sepúlveda Pertence apresentou voto em que declarava inconstitucionais o parágrafo único do art. 6º., o art. 7º. E seus parágrafos e no art. 41 as novas relações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inc. IX, do CPC e o art. 42. o Mi. Nelson Jobim pediu vista dos autos nesta oportunidade e o julgamento só prosseguiu em 22.11.2000, quando o Min. Jobim votou pela constitucionalidade dos dispositivos mencionados. Depois de nova interrupção, o julgamento prosseguiu em 21.3.2001, com o voto do Min. Ilmar Galvão, que também votou pela constitucionalidade da lei. Em 3.5.2001 votaram a Min. Ellen Gracie, Maurício Correa, Marco Aurélio e Celso de Mello, todos pela constitucionalidade da Lei, bem como o Min. Sydney Sanches (que acompanhou o relator, votando pela constitucionalidade dos dispositivos legais questionados). Em 12.12.2001 finalmente completou-se o julgamento, com o voto dos Min. Néri da Silveira e Moreira Alves, que acompanharam o relator.” CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 150.

conflito, mas as partes de comum acordo.⁵³⁰

Para Ayoub,

(...) o fundamento constitucional da inafastabilidade do acesso à justiça, para inibir o alcance do instituto da Arbitragem, não tem sustentação legal para se manter viva no nosso ordenamento. Note-se que inconstitucional seria a proibição de acesso ao Judiciário, o que, de fato, não ocorre com este novel diploma, vez que, em se tratando de direitos disponíveis, assim conceituados os bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por estarem desembaraçados, as partes podem optar pela solução por um juiz leigo ou, querendo, através de pronunciamento da Justiça Pública. Nessa linha de raciocínio, é forçoso acrescentar que a justiça entregue aos leigos não é estranha em nosso ordenamento jurídico. Para fundamentar a inferência, basta recordar o Tribunal do Júri, composto por jurados que mesmo não investidos do Poder Jurisdicional, são os responsáveis pelo julgamento do caso concreto.⁵³¹

Na visão de Carmona, o Supremo Tribunal Federal teve a sensibilidade necessária para perceber o aspecto negativo que avançaria sobre o instituto da Arbitragem caso o compromisso arbitral fosse considerado incompatível ao ordenamento jurídico brasileiro. Razão pela qual entendeu por bem, afastar a infundada tese de inconstitucionalidade.⁵³²

Essa discussão acerca da constitucionalidade gerou grande insegurança à utilização da Arbitragem, que somente a partir de 2002 começou lentamente a se dissipar. Porém, segundo Cretella Neto, não é possível precisar por quanto tempo ainda se farão sentir os reflexos do voto contrário do Ministro Sepúlveda Pertence⁵³³.

Atualmente, é corrente a compreensão de que não se trata de afastamento da jurisdição estatal, mas de opção por outro modo de resolução de conflitos. Ou como sugere Greco Filho, não há afastamento pleno da atividade

⁵³⁰ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 21.

⁵³¹ AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem**: o acesso à justiça e a efetividade do processo uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 46-47.

⁵³² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 148.

⁵³³ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem brasileira**. p. 21.

jurisdicional, pois as partes ainda podem se socorrer do Poder Judiciário em certos casos e devem, em outros, como na eventual necessidade de uma execução forçada da sentença arbitral.⁵³⁴

A inconstitucionalidade⁵³⁵ estaria deflagrada caso a exclusão de recurso aos órgãos judiciais estivesse assentada na própria lei e não na convenção entre as partes sobre direitos que elas próprias podem dispor livremente. Esse posicionamento é manifestado por Nery Júnior,

O que não se pode tolerar por flagrante inconstitucionalidade, é 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 a jurisdição. Não se poderá ir à justiça estatal, mas a lide será resolvida pela justiça arbitral. Em ambas há, por óbvio, a atividade jurisdicional.⁵³⁶

Nesse contexto, o que se verifica é que a disposição constitucional de controle inarredável por parte do Estado na resolução dos conflitos, lesão ou ameaça a direito, não significa aversão ou proibição a mecanismos ou instrumentos que possibilitam às próprias partes dar solução às controvérsias surgidas entre elas. A garantia de acesso à justiça não se altera com a convenção de Arbitragem, e tampouco o direito de ação é restringido. Apenas encontra-se diante de uma segunda via que leva os litigantes a alcançarem um deslinde para a desavença além

⁵³⁴ “Finalmente, com excludente da atividade jurisdicional, é de lembrar-se a convenção de arbitragem, regulada na Lei n. 9.307/96, que substituiu os antigos compromisso e juízo previstos no Código Civil e no Código de Processo, hoje totalmente revogados nesse ponto. Por meio da convenção da arbitragem, que consiste na cláusula de arbitragem e no compromisso arbitral, as partes maiores e capazes podem, com relação a direitos patrimoniais disponíveis, subtrair o exame de questões da apreciação judicial, elegendo árbitros particulares. Contudo, não há afastamento pleno da atividade jurisdicional porque a validade da instituição da arbitragem e suas sentença podem ser questionadas perante o Poder Judiciário, como, também, determinados aspectos, se for necessária a execução forçada, que será sempre judicial.” GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual brasileiro**. p. 202

⁵³⁵ Para Muniz, estudando essa questão da constitucionalidade da lei de Arbitragem, pode-se dizer, “que a interpretação da inafastabilidade do controle judiciário (art. 5º., XXXV), assim como a interpretação de qualquer conceito, valor e princípio jurídico deve ser entendida de acordo com seu contexto histórico e social. este princípio surgiu no Direito Brasileiro em 1946, como reação ao regime ditatorial de Getúlio Vargas, visando extirpar a prática de comissões e inquéritos policiais e parlamentares que examinam de forma sumária, sem respeito ao contraditório, ampla defesa ou devido processo, e decidiam sem permitir ao Judiciário examinar a questão. Paulino Jacques ao comentar o art. 153, em seu § 4º da Constituição de 1967, expõe que o dispositivo sanciona o *judicial control*, através do qual atribui-se ao Poder Judiciário o controle da legalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, em defesa dos direitos individuais.” MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 56-57.

⁵³⁶ NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. p. 77.

das estruturas judiciárias estatais.

Permitindo-se verificar, segundo Figueira júnior,

(...) que o novo sistema normativo da arbitragem não exclui do Poder Judiciário, a apreciação da decisão arbitral (desde que ocorridas determinadas circunstâncias), bem como não impõe de forma absoluta aos jurisdicionados a instituição desse juízo. Estamos diante de uma opção concedida pelo sistema normativo vigente e, portanto, de faculdade concedida às partes litigantes para buscarem essa forma alternativa de solução dos seus conflitos.⁵³⁷

Assim, ao conceber a ação como direito e não como dever de acionar o Poder Judiciário para toda e qualquer celeuma, a afastabilidade da jurisdição estatal ocorrida num primeiro momento quando da opção pelas partes pelo uso da justiça privada, não justifica mais a compreensão do emprego da Arbitragem como afronta constitucional à inafastabilidade do controle jurisdicional.

Antes, vislumbra a autorização do Estado na utilização de mecanismos específicos e capazes de findar litígios atinentes à esfera privada das partes, que não possuem um espectro alargado de reflexos e efeitos sobre a sociedade que exijam a atuação de toda a estrutura judicial estatal.

4.2 NATUREZA JURÍDICA: DA VISÃO CONTRATUALISTA À EQUIVALÊNCIA JURISDICIONAL

“Ao longo da evolução histórica, a resolução dos conflitos observou um movimento pendular, indo das formas privadas de justicamento ao outro extremo do monopólio estatal da jurisdição. Hoje, ambas essas polaridades exacerbadas podem-se dizer superadas, voltando o pêndulo in média virtus, cabendo antes reconhecer a premissa de que os dissensos e controuersias esgarçam o tecido social e engendram pontos de tensão tendencialmente formadores de processos judiciais (...). A atribuição de dizer o Direito não mais deve ficar restrita exclusivamente ao Estado, mas deve caber a todo órgão ou instância capaz de prevenir ou compor com justiça os litígios,

⁵³⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996.** p. 160.

*registrando-se, nesse sentido, tendência contemporânea à desjudicialização dos conflitos, na esteira do ideário da democracia participativa e pluralista.”*⁵³⁸

Para se compreender qualquer instituto, instituição ou conceituação jurídica é pertinente analisar sua função de forma sistemática com os demais mecanismos da esfera jurídica. Verificar a relação com as diversas categorias e conjuntos de normas permite encontrar a localização desse instituto em relação aos demais mecanismos integrantes do sistema jurídico.⁵³⁹

Determinar a natureza jurídica⁵⁴⁰ de um instituto é uma questão complexa, pois, engloba uma série de entendimentos e considerações acerca do objeto analisado, constituindo-se um campo fértil às discussões. Na prática, pode parecer de pouca utilidade se debruçar sobre a natureza das instituições jurídicas, porém, para alguns mecanismos como a Arbitragem, constitui-se num meio de se compreender melhor sua atuação no vasto campo do direito.⁵⁴¹

Nesse sentido, ao se estudar a denominação da natureza jurídica do instituto da Arbitragem, verifica-se a existência de doutrinas antagônicas. Há vozes defendendo o seu caráter privado contratualista, outras a vendo com natureza jurisdicional, e ainda os que vislumbram um misto de natureza contratual e jurisdicional. Assim, são encontradas três correntes: a contratualista, a jurisdicional e a híbrida.

4.2.1 Natureza Contratual

Como a Convenção de Arbitragem se dá através da cláusula ou do compromisso, constituindo-se num negócio jurídico proveniente da autonomia da

⁵³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 727.

⁵³⁹ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 30.

⁵⁴⁰ “Assim, a natureza jurídica deve refletir a verdadeira expressão ontológica da matéria em estudo, levando-se em consideração os seus elementos constitutivos; qualquer esboço classificatório dependerá sempre da prévia e antecedente fixação da natureza jurídica do fenômeno, instituto ou instituição jurídica analisada.” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996**. p. 152.

⁵⁴¹ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 183.

vontade das partes, e esta estipulação está inserida na maioria das vezes em contrato ou compromisso, não deixa de ser uma espécie de contrato no qual se estabelecem as regras para o desenvolvimento do procedimento arbitral, que parte dos estudiosos passou a classificá-la como instituto de natureza contratual, ligada estritamente ao âmbito privado de Direito Civil.

A natureza contratualista é corrente defendida pelos privatistas, que veem a Arbitragem como mero contrato estipulado pelas partes com objetivo de findar um conflito.⁵⁴² Sob essa ótica, o vínculo criado entre as partes e o árbitro é eminentemente contratual, recaindo na zona de autonomia da vontade dos particulares que, por autorização legislativa, podem solucionar conflitos referentes à direitos patrimoniais disponíveis sem se socorrer do Poder Judiciário.

Na defesa dessa concepção, assinala-se que os árbitros não são juízes, mas apenas particulares escolhidos pelas partes, que não possuem a qualidade de funcionário público e por isso não administram a justiça em nome do Estado. O poder dos árbitros decorreria das faculdades das partes e não por força de lei, uma vez que a função ou poder-dever jurisdicional é uma forma de exteriorizar o poder indelegável do Estado.⁵⁴³

Explica Muniz,

Segundo os privatistas, a arbitragem tem natureza puramente contratual, prevalece a figura da convenção arbitral na qual as partes acordam a resolução do conflito, entregando a decisão a terceiros (os árbitros), outorgando-lhes poderes. Estes atuam como mandatários das partes e sua decisão nada mais é que a manifestação da vontade das partes, assemelhando-se a sentença arbitral a um contrato que põe fim ao litígio. Baseia-se, conforme já expandido, na ausência de coatividade da sentença arbitral, necessitando da presença do poder estatal para que possa ser executada e dando prevalência à verdade *'jurisdictio sine coercitione nulla est'*, não havendo como prosperar a teoria da jurisdição para seus adeptos.⁵⁴⁴

⁵⁴² MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 183-184.

⁵⁴³ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 183-184.

⁵⁴⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 30.

Os defensores⁵⁴⁵ dessa corrente fundamentam a tese também na ausência de poder de império⁵⁴⁶ por parte do árbitro. Pois para fazer cumprir sua decisão é necessário se socorrer do monopólio estatal. Essa falta de poder coercitivo do árbitro para obter o cumprimento forçado da decisão, em caso de descumprimento por parte de um dos litigantes, reforçaria a ideia de a Arbitragem não se constituir numa verdadeira jurisdição.

Consoante Moraes e Spengler, essa teoria parte do princípio de que a noção dada à jurisdição engloba duas características básicas: a função de julgar, fazer imperar a vontade da lei impondo o cumprimento do decidido. Carecedor da segunda função, não se poderia dar ao instituto da Arbitragem natureza distinta da contratual, pois está ausente um requisito primordial: o poder de império dos árbitros.⁵⁴⁷

Assim, a origem contratual e a falta de poder de coação fazem com que o instituto da Arbitragem não passe da concepção de um contrato estipulado com o objetivo puro e simples de compor uma controvérsia existente ou a existir. Apesar de a sentença arbitral ser equiparada à sentença judicial e se constituir em um título executivo judicial, o juízo arbitral não possui poderes coercitivos para garantir a efetividade do cumprimento da decisão, devendo a parte requerer a execução do laudo perante o Poder Judiciário. Dessa forma, a sentença arbitral é equiparada

⁵⁴⁵ Francesco Canelutti, para quem a arbitragem é tida como equivalente jurisdicional, no entanto nega a função de caráter público da arbitragem. Para Salvatore Satta os árbitros não exercem função jurisdicional, pois, a confiança depositada nos árbitros é a expressão de um resultado mais cômodo e reservado, de imediata renúncia à jurisdição. Já na visão de Hugo Rocco, o Estado deixa aos indivíduos a faculdade de exercer uma função pública, no caso da função desempenhada pelos árbitros, no entanto, não perdem a qualidade de simples particulares. A arbitragem seria um instituto de caráter excepcional, no qual o árbitro exerce função jurisdicional em certas e determinadas situações e com determinadas garantias dadas por lei. Compreende Crisanto Mandrioli que a arbitragem é um juízo privado, cuja estrutura judiciária não basta para atribuir ao produto dele, a sentença arbitral, a plenitude de eficácia do ato jurisdicional. Elio Fazzalari considera que os árbitros não realizam jurisdição, mas sim, uma espécie de justiça cognitiva privada, ditada por um particular. No mesmo sentido disserta Leo Rosenberg, para quem os tribunais arbitrais são de caráter privado, é por isso a sentença arbitral também é ato privado, apesar de possuir efeitos de direito público. CARREIRA ALVIM, J.E. **Comentários à Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.2002. p. 24-28.

⁵⁴⁶ “Poder de dizer, ordenar e fazer exercer compulsoriamente o direito afirmado.” FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996. p. 156.

⁵⁴⁷ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 184.

simplesmente a um negócio jurídico que põe fim ao litígio.

Não obstante essas compreensões e para contrapor essas ideias, outra parte da doutrina vem defendendo com argumentos fortes não se resumir a Arbitragem a mero contrato privado entre as partes, mas tratar-se de verdadeira atividade jurisdicional dentro dos limites impostos pela Lei nº. 9.307/96.

4.2.2 Natureza jurisdicional

Aos adeptos da natureza jurisdicional do instituto da Arbitragem, esse mecanismo extrajudicial de resolução de conflitos constitui-se em verdadeira forma secundária de acesso à justiça, distanciando-se de quesitos formais como cláusula contratual para classificá-la, passando a considerar a função social e jurídica desempenhada por este instrumento.⁵⁴⁸

Essa tese é fundamentada no caráter público de se administrar a justiça. Combatendo os argumentos da tese contratualista, defendem que a sentença proferida por um árbitro tem o mesmo efeito jurídico daquela proferida por um magistrado.⁵⁴⁹

Além do mais, o poder conferido aos árbitros advém da Lei de Arbitragem, e foi o próprio Estado quem ofereceu a oportunidade de as partes solucionarem seus conflitos fora do âmbito da justiça pública. Não havendo, portanto, motivo para se desconsiderar o exercício equivalente da atividade jurisdicional.⁵⁵⁰

Nesse aspecto, é necessário salientar que o emprego da Arbitragem e a atuação do árbitro possuem restrições, apesar deste ter de se submeter às mesmas responsabilidades e deveres dos magistrados⁵⁵¹, não significa que o árbitro exerce a

⁵⁴⁸ Ludovico Mortara, para quem a arbitragem tem natureza jurisdicional e os árbitros são investidos de jurisdição. Piero Calamandrei: considera os árbitros como substitutivos da jurisdição ou equivalentes do processo, ou meios de defesa extrajudicial. Conclui que os árbitros são verdadeiros auxiliares da justiça.

⁵⁴⁹ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 184.

⁵⁵⁰ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 185.

⁵⁵¹ O artigo 14 da Lei de Arbitragem estabelece: "Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações

atividade jurisdicional plena. Como visto anteriormente, o juízo arbitral não possui o poder de efetivar as medidas ou as decisões proferidas. Pairando, durante o desenvolvimento do procedimento arbitral alguma divergência sobre direitos indisponíveis que impossibilitem o julgamento da causa, deverão as partes, nesses aspectos, se socorrerem do Poder Judiciário.

Entretanto, explica Muniz que,

Os jurisdicionalistas têm em conta que a jurisdição também é atividade para se fazer atuar o direito ao fato concreto. A arbitragem também atua nesse sentido, só que com a participação do indivíduo a quem é possibilitado definir as normas e o juiz da questão, o que reafirma seu caráter de participação popular na justiça, seu fim social, e caracteriza o fim político da jurisdição como procedimento, atividade para se chegar a solução de conflitos e a realização da justiça. Ou seja, o árbitro, nomeado pelo particular, exerce atos de jurisdição, aplicando a regra geral ao caso concreto, pronunciando uma sentença arbitral, com força de título executivo judicial, que possui força executiva no sentido potencial, no sentido da possibilidade de procurar o uso da força.⁵⁵²

Levando em consideração uma noção mais abrangente de jurisdição, os publicistas – defensores da natureza jurisdicional da Arbitragem – verificam que, se a atividade jurisdicional tem o escopo de fazer valer a vontade da lei ao caso concreto e pacificar a contenda, do mesmo modo o instituto da Arbitragem atua nesses campos, porém com a diferença de que as partes possuem participação muito maior nesses processos, pois são elas que especificam as normas a serem seguidas.⁵⁵³

Em defesa da natureza jurisdicional, argumenta-se não haver sustentação plausível a justificar que uma mesma função possa variar sua natureza apenas porque variou a qualidade da pessoa que a desempenhou. O fato de a função dos árbitros ser designada por vontade das partes, não significa exclusão do caráter público dessa atribuição avalizada pelo Estado.⁵⁵⁴

que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.”

⁵⁵² MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 32-33.

⁵⁵³ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 32-33.

⁵⁵⁴ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 186.

Na compreensão de Figueira Júnior,

(...) inexistente qualquer óbice para que o Estado delegue aos juízes privados parcela do poder que detém para dirimir conflitos, ressalvadas as hipóteses vedadas por lei, seja de ordem pública, tendo em consideração a natureza da lide ou a qualidade das pessoas (art. 1º.), seja por ausência de vontade e convenção das partes litigantes (art. 4º.) em outros termos, os litigantes estão legitimados para não acorrer ao Judiciário diante da manifestação contratual prévia e voluntária de ambos, cuja validade é reconhecida pela ordem jurídica vigente definida no novo microsistema arbitral.⁵⁵⁵

É em face desses argumentos, que se defende a natureza jurisdicional privada da Arbitragem, mesmo que destituída de poder coercitivo, o recurso ao Poder Judiciário não descaracteriza o papel e função desempenhados pelo árbitro até então. Mesmo porque, o Estado se coloca à disposição com a previsão de procedimentos aptos a dar efetividade à sentença arbitral.

4.2.3 Natureza híbrida

Numa posição conciliadora, a natureza híbrida vê a Arbitragem como um misto da teoria contratual e jurisdicional. Segundo essa teoria, a Arbitragem na primeira fase apresenta o aspecto contratual, pois será através da convenção de Arbitragem que se estabelecerá o juízo arbitral, e na segunda fase, apresenta o aspecto jurisdicional como forma privada de dizer o direito.

Por ser a Arbitragem um acordo de vontade não há como negar sua origem contratual quando da estipulação da cláusula ou compromisso. No entanto, numa segunda fase, respalda-se a sua natureza jurisdicional através da aplicação do direito e da resolução do conflito.

É nesse sentido que se baseia a teoria híbrida, na concepção de um misto contratual e jurisdicional.

(...) a natureza jurídica da Arbitragem e a função do árbitro são mistas, híbrida por natureza, consistindo de uma base contratual para a criação e restrição de seu poder, unida com a autonomia

⁵⁵⁵ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996. p. 157.

jurisdicional que é permitida existir ou possibilitada pela autoridade estatal. Os poderes de um árbitro são o resultado de uma combinação de ambas as naturezas que criam um processo para resolução de disputas com origem em um contrato, embora reflita algumas das características o processo judicial público.⁵⁵⁶

Dessa forma, tem-se de um lado a autonomia das partes quanto à convenção arbitral, e de outro a competência e a função desempenhada pelo juízo arbitral agregando a natureza jurisdicional do procedimento.

Outro aspecto pertinente a confirmar a natureza mista da Arbitragem reside na atuação do árbitro. Em um primeiro momento será através do contrato que ele se vinculará às partes e se tornará o juiz privado para solucionar o conflito. E numa segunda fase, encontra sua autoridade para findar a controvérsia e estabelecer a melhor solução para a causa, evidenciando o caráter jurisdicional de sua atuação.⁵⁵⁷

(...) é impossível negar que a arbitragem desempenha, sem sombra de dúvida, a função jurisdicional. Ma medida em que produz uma decisão, válida e eficaz, e que obriga o Estado a executá-la em caso de as partes se oporem a seu cumprimento espontâneo, é evidente que a atividade jurisdicional faz parte da natureza intrínseca do instituto. No entanto, abandonar suas raízes contratuais, pautadas na conjugação de vontades das partes que se submetem à arbitragem, não parece ser o mais adequado. De certo, a origem de todo e qualquer instituto deve refletir em sua natureza, o que traz novamente à tona seu caráter convencional, ligado ao direito contratual.⁵⁵⁸

Por isso, essa corrente parece ser aquela que mais se adequa às características do instituto da Arbitragem. Pois, não há como negar sua natureza contratual e tampouco desconsiderar ser a Arbitragem uma forma de jurisdição alternativa.

4.2.4 Arbitragem como equivalente jurisdicional

⁵⁵⁶ MORAIS, José Luis de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. p. 187.

⁵⁵⁷ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 38.

⁵⁵⁸ MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKy, Karin Hlavnicka. **Arbitragem nacional e internacional**: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 06.

Para verificar a equivalência jurisdicional da Arbitragem é pertinente discorrer sobre as concepções contemporâneas de jurisdição caso contrário, mantida a ideia central de monopólio estatal, qualquer argumento em prol da jurisdicionalidade desse instituto se torna inviável.

A ideia de ser a jurisdição monopólio estatal, como verificado nos capítulos anteriores, teve origem no Estado Moderno quando da concentração de poder nas mãos de um único ente. Juridicamente, teve o condão de estabelecer que toda e qualquer demanda ou insatisfação fosse dirigida aos órgãos judicantes, uma vez que o acesso ao Poder Judiciário tornou-se um direito ou uma garantia inafastável.

Essa monopolização assegurou aos cidadãos que o Estado é o responsável em ditar a melhor solução para as controvérsias, através de um de seus poderes, o Judiciário, mantendo-se assim a convivência pacífica entre as pessoas.

Dessa forma, passou-se a delinear a jurisdição como um poder-dever ou função do Estado, mediante a qual “substitui os titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”⁵⁵⁹ Através da jurisdição o Estado garante que as normas pertencentes ao ordenamento jurídico sejam efetivamente concretizadas. Além de, ter como escopo magno a pacificação social.

Contudo, as concepções acerca da jurisdição também foram se modificando, não cabendo mais falar consoante Mancuso, em monopólio estatal, ou como defende Marinoni, justa composição da lide. As perspectivas sobre a compreensão de jurisdição vão muito além.

No Estado Contemporâneo, segundo Marinoni, a jurisdição tem sua substância modelada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais, não cabendo mais sustentá-la como função de declarar, simplesmente, o direito. Nesse norte, a jurisdição tem como dever tutelar os direitos, ou seja, viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material, a partir dos direitos

⁵⁵⁹ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 155.

fundamentais e na medida das normas constitucionais.⁵⁶⁰

O Estado Constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe adequado sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir a omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam no caso concreto.⁵⁶¹

Assim, na visão de Rodrigues e Lamy, na contemporaneidade a jurisdição passa a ser entendida como “poder-dever do estado-juiz de declarar e executar os direitos conforme as pretensões que lhe são formuladas, segundo os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal”.⁵⁶²

Nesse diapasão, Marinoni faz uma ressalva referente à compreensão de jurisdição enquanto instrumento de pacificação social. O autor alerta para o fato de que, se a jurisdição for dirigida tão somente à pacificação, estar-se-á diante da admissão de que qualquer outro poder ou instrumento empregado com o mesmo fim exerce jurisdição. Não sendo adequada essa concepção, uma vez que a pacificação é consequência de qualquer outro instrumento pacífico de resolução de conflitos.⁵⁶³

Porém, há vozes doutrinárias em sentido contrário, defendendo que a jurisdição também pode ocorrer fora dos quadros dos órgãos jurisdicionais estatais. Pode-se dizer que, “onde ocorra a composição justa de um conflito, aí mesmo terá havido jurisdição, não no sentido clássico (e defasado) da expressão, reportado ao Estado-juiz, mas no senso amplo, atual e contextualizado”.⁵⁶⁴

Numa concepção de jurisdição abrangente e não monopolizada por parte

⁵⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 149.

⁵⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 143.

⁵⁶² RODRIGUES, Horácio Wanderley; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. p. 113.

⁵⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 111.

⁵⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no estado contemporâneo de direito**. p. 265.

do Estado é que se insere a corrente que defende a equivalência jurisdicional da Arbitragem. Baseada no argumento de que a Arbitragem é atividade jurisdicional em razão de ser a função dos árbitros a mesma dos juízes - resolver conflitos de interesses e administrar a justiça com respeito às normas e princípios do ordenamento jurídico.⁵⁶⁵

Frente às peculiaridades apresentadas pelo instituto da Arbitragem, a de se considerar que não se pode negar a sua natureza contratual, já que num primeiro momento, a sua instituição somente se dará a partir da manifestação expressa da vontade das partes. Por outro lado, como a jurisdição estatal, a Arbitragem se desenvolve justamente com a finalidade de pôr fim às divergências, aos conflitos de interesses.

As partes, ao se valerem do procedimento geral estabelecido pela Lei de Arbitragem mais as características particulares convencionadas no compromisso arbitral, permitem dar à decisão arbitral, a mesma importância que a judicial, porém, em caso de descumprimento se valerão as partes da participação da jurisdição estatal. Numa concepção mais finalística não há como se retirar do instituto a função jurisdicional.

Por isso, independentemente da classificação adotada para especificar a natureza jurídica da Arbitragem, conforme Dinamarco,

Do ponto-de-vista puramente jurídico as diferenças são notáveis e eliminariam a ideia de que se equivalham, porque somente a jurisdição tem entre seus objetivos o de dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial, o que obviamente está fora de cogitação nos chamados *meios alternativos*. Mas o que há de substancialmente relevante no exercício da jurisdição, pelo aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos membros da sociedade, está presente também nessas outras atividades: é a busca da pacificação das pessoas e grupos mediante a eliminação de conflitos que os envolvam. Tal é o *escopo social magno da jurisdição*, que atua ao mesmo tempo como elemento legitimador e propulsor da atividade jurisdicional.

(...) Na doutrina moderna há prestigiosa voz afirmando a *natureza jurisdicional do juízo arbitral* (Carlos Alberto Carmona) e sabe-se que, em alguns casos, os meios alternativos são capazes de produzir resultados melhores que os da jurisdição estatal. Nesse quadro, é

⁵⁶⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 30-31.

legítimo considerar ao menos *parajurisdicionais* as atividades exercidas pelo árbitro.⁵⁶⁶

A Arbitragem enquanto equivalente jurisdicional é sustentada na tese de que a jurisdição é atributo essencial, mas não exclusivo do Estado. De modo que os árbitros, investidos dessa função pelas partes, exercem verdadeira atividade jurisdicional, talvez não plena nos moldes daquela ofertada pelo Estado-Juiz, mas exercida com o mesmo propósito por pessoas não integrantes dos quadros públicos estatais.⁵⁶⁷

Cintra, Grinover e Dinamarco afirmam que a jurisdição, não necessariamente, se restringe à esfera estatal, como também pode ser exercida

(...) fora dos quadros do Estado e de seu Poder Judiciário, pelos árbitros, assim constituídos pelas partes litigantes segundo sua própria vontade bilateral – o que autoriza falar adequadamente de um dualismo jurisdicional quando se faz uma oposição entre a jurisdição estatal e arbitral. Esta não é alimentada pela mesma fonte de poder responsável pela jurisdição estatal, que obviamente é o próprio Estado, mas por uma outra fonte, representada pela vontade das partes que ajustam uma convenção de arbitragem. Não sendo braço de um só e mesmo ente dotado de poder, legitima-se pois o seu trato como jurisdições distintas. Tem comum, todavia, o escopo social magno de ambas, que é a pacificação de pessoas mediante a eliminação de seus conflitos com justiça, donde advém a qualificação da arbitragem como atividade jurisdicional. São do passado as concepções que negavam à arbitragem a natureza jurisdicional.⁵⁶⁸

Dessa compreensão também compartilha Mancuso que, buscando um viés conciliatório, afirma que a palavra jurisdição evoluiu semanticamente no último século, recebendo nova significação com a expansão dos meios alternativos de resolução de conflitos e na esteira da terceira onda de acesso à justiça, de modo que abandonou na atualidade o sentido ligado ao monopólio estatal, uma dimensão estática, e passou a ser substituído por um senso preocupado com a função, uma dimensão mais dinâmica que comporta uma avaliação voltada à efetiva capacidade de uma composição justa dos conflitos, tarefa esta não centrada exclusivamente no

⁵⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. p. 122.

⁵⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 148.

⁵⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 168.

Estado-juiz.⁵⁶⁹

Hoje pode-se dizer que onde ocorra composição justa de um conflito, aí mesmo terá havido... jurisdição, não no sentido clássico (e defasado) da expressão, reportado ao Estado-juiz, mas no senso amplo, atual e contextualizado, até porque o Direito não se compõe apenas de normas legais, mas de muitas outras formas de expressão (...) Sem embargo, considerando-se que os órgãos judiciais, propriamente ditos, estão relacionados em *numerus clausus* no art. 92 da Constituição Federal, onde não consta a Arbitragem, cremos que o dissenso conceitual antes referido pode ser razoavelmente equacionado vendo-se no Juízo Arbitral uma instancia parajurisdicional, subjacente ou justaposta à função judicial do Estado, interagindo com esta (...), mas com ela não se confundindo nem imbricando.⁵⁷⁰

A expressão “equivalente jurisdicional” remonta à Carnellutti que preferiu denominar a Arbitragem como equivalente jurisdicional por entender que a jurisdição nos moldes tradicionais, somente pode ser exercida pelo Estado, mas que a Arbitragem apresenta grande semelhança à jurisdição estatal.⁵⁷¹

O escopo da jurisdição é, sem sobra de dúvida, entregar a tutela jurisdicional, resolvendo a controvérsia. Ocorre que, não necessariamente, isso deva se dar dentro de um processo judicial. Para Hartmann, falar em equivalentes jurisdicionais é reconhecer que certos conflitos podem ser solucionados independentemente do emprego da jurisdição estatal.⁵⁷²

Assim, grande parte da doutrina após a Lei nº. 9.307/96, passou a reconhecer a equivalência jurisdicional⁵⁷³ do instituto da Arbitragem. Extrai-se da compreensão de Theodoro Júnior:

⁵⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 265.

⁵⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 265.

⁵⁷¹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. p. 32.

⁵⁷² HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **Teoria de processo civil**. p. 50.

⁵⁷³ Em Mandado de Segurança o Superior Tribunal de Justiça, através do Ministro relator Luiz Fux, asseverou “Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.” Mandado de Segurança nº. 11308 (2005/0212763-0), Órgão Julgador: S1 – Primeira Seção. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do Julgamento: 09/04/2008).

O novo sistema implantado entre nós rompeu completamente com o antigo regime do Código Civil e do Código de Processo Civil, conferindo ao decisório arbitral o *nomem iuris* de sentença e força de coisa julgada bem como de título executivo judicial sem qualquer interferência da justiça oficial (art. 31). Além disso, a Lei 9.307 declara, expressamente, que o árbitro, no exercício de suas funções, equipara-se aos funcionários públicos, para efeitos da legislação penal (art. 17), e que, para fins processuais, é ele 'juiz de fato e de direito', pelo que sua sentença 'não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário'.

Fácil concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.⁵⁷⁴

Contudo, é preciso salientar a existência de vozes contrárias ao entendimento de ser a Arbitragem um equivalente jurisdicional. E nesse sentido, pode-se citar Marinoni, para quem a jurisdição somente pode ser exercida pelo Estado-juiz, constituindo-se a Arbitragem numa justiça privada a serviço de uma classe que tem condições de pagar pelos custos e que querem um lugar próprio para solucionar seus conflitos.⁵⁷⁵

Nessa linha de pensamento, Bacellar também sustenta a inviabilidade de se atribuir à Arbitragem natureza jurisdicional, uma vez que o objetivo de se instituir a Arbitragem é justamente excluir a jurisdição, não havendo lógica querer considerá-la um equivalente jurisdicional. Mesmo porque, segundo esse autor, isso poderia levar a um novo questionamento quanto a sua constitucionalidade.⁵⁷⁶

⁵⁷⁴ THEODOR JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis, ano IV, n. 14, out./dez. 1999. p. 709.

⁵⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 158-164. "A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a um classe bastante restrita da população – que pode pagar pelos seus custos -, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por peculiaridades próprias, geralmente desconhecidas pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares e elas acostumados. De modo que a arbitragem na é apenas preocupada com direitos patrimoniais relativos aos negócios dos grandes empresários, como também trata de conflitos que dependem, para sua solução, do simples manejo de conhecimento técnicos específicos. MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 162.

⁵⁷⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. p. 100.

Em que pese os posicionamentos contrários, a concepção de equivalente jurisdicional é a que se adota neste trabalho. Não por afronta à jurisdição estatal, mas por apresentar o instituto da Arbitragem características próximas à justiça pública, e, o que mais interessa, seu escopo final é promover a pacificação e a consequente promoção da justiça dentro dos limites impostos pelo legislador brasileiro.

Dessa forma, no próximo tópico abordar-se-á a democratização das vias de acesso à justiça, o que permite visualizar a Arbitragem como uma segunda via colocada ao lado da justiça estatal, não como poder jurisdicional, mas como instrumento com funções equivalentes quais sejam: resolver os conflitos, promover a paz social e garantir maior participação das partes na administração da justiça.

4.3 DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A ARBITRAGEM

“Numa terra em guerra, havia um rei que causava espanto. Cada vez que fazia prisioneiros, não os matava, levava-os a uma sala, onde havia um grupo de arqueiros em um canto e uma imensa porta de ferro no outro, na qual estavam gravadas figuras de caveiras cobertas por sangue. Nesta sala ele os fazia ficar em círculo e, então, dizia: ‘você podem escolher entre morrer flechados por meus arqueiros, ou passar por aquela porta e por mim lá serem trancados.’ Todos os que ali passaram, escolhiam serem mortos pelos arqueiros. Ao término da guerra, um soldado que por muito tempo servira ao rei disse-lhe: -Senhor, posso lhe fazer uma pergunta? -Diga, soldado. -O que havia por detrás da assustadora porta? -Vá e veja. Disse o Rei. O soldado então a abre vagarosamente e percebe que, à medida que o faz, raios de sol vão adentrando e clareando o ambiente, até que totalmente aberta, nota que a porta levava a um caminho que saíria rumo à liberdade. O soldado admirado apenas olha seu rei que diz: Eu dava a eles a escolha, mas preferiram morrer a arriscar abrir esta porta. (...)”⁵⁷⁷

A complexidade da sociedade contemporânea e a multiplicidade dos conflitos sob as mais variadas conotações clamam por uma justiça estruturada, capaz de responder adequadamente às novas exigências sociais, culturais, políticas

⁵⁷⁷ Autor desconhecido.

e econômicas.

No mesmo sentido, surge a necessidade de garantir maior participação da comunidade para administrar a justiça, ou seja, é necessário democratizar o acesso a ela. Não apenas através do estabelecimento de múltiplos instrumentos com vista a alcançá-la, mas também através de mecanismos que garantam e permitam a participação efetiva das partes nesse processo.

Por isso, nessa vertente, estabelece-se um vínculo entre o acesso à justiça e a democracia⁵⁷⁸, na sua mais prodigiosa adjetivação - a democracia participativa.⁵⁷⁹ Adverte Soares Neto que, ao pensar em democracia ou participação democrática não se deve restringir esses conceitos ao aspecto político enquanto exercício do poder ou eleição dos representantes desse poder. Pois, a democracia tem um valor muito maior que se espraia para além do campo da ciência política, estendo-se para a esfera da vida pessoal dos indivíduos na busca da efetivação dos direitos legalmente institucionalizados,⁵⁸⁰ ou como ensina Bonavides, com a “democracia participativa, o político e o jurídico se coagulam na constitucionalidade

⁵⁷⁸ Consoante Bonavides, sob um ponto de vista formal, historicamente distingue-se três modalidades de democracia: a democracia direta quando o povo exerce diretamente o poder político; a democracia indireta exercício do poder político através de representantes; democracia semidireta modalidade em que se alteram as formas da democracia representativa ou indireta para se aproximar da democracia direta. BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. p. 285-301. “No final do século vinte foi proposta, e teve grande repercussão prática, a intensificação da participação direta do povo nas decisões políticas, por meio de manifestações coletivas, aprovando proposições para adoção de políticas públicas. Essa prática passou a ser identificada como ‘democracia participativa’ e já vem sendo objeto de estudo teórico, como nova possibilidade de efetivação das ideias e dos princípios contidos no conceito de democracia.” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. p. 156.

⁵⁷⁹ “Não há democracia sem participação. De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder, bem como a extensão e abrangência desse fenômeno político numa sociedade repartida em classes ou em distintas esferas e categorias de interesses. (...) Concretizar a democracia é, num certo sentido, em termos de fazê-la, remover esses bloqueios, desobstruir caminhos de participação, afastar obstáculos que lhe foram erguidos ou lhe são levantados com frequência, para estancar-lhe a correnteza das ideias. (...) A participação deu princípio à democracia na categoria tradicional e clássica dos chamados direitos fundamentais da primeira geração.” BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. p. 51, 58 e 59.

⁵⁸⁰ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 14-35.

enquanto simbiose de princípios, regras e valores”⁵⁸¹

Na compreensão de Afonso da Silva,

Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do envolver social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.⁵⁸²

Nesse diapasão, justiça e democracia se mostram como dois institutos que constantemente sofrem mutações no acompanhamento da evolução do direito. Uma vez que a própria filosofia democrática “penetra no âmago dos procedimentos discursivos que levam à solução de um problema, à realização de acordos, negócios jurídicos, criação de leis”, influenciando na abertura do acesso ao Direito ou à justiça.⁵⁸³

Como bem escreve Soares Neto,

A noção plúrima de democracia denota a exigência de diferentes dimensões, que demarcam a profunda abrangência de seu conteúdo semântico. O sentido original contido na palavra *demokratia* floresceu desde o século V a.C. até cerca de um século atrás, com um conotação eminentemente política, contudo hodiernamente a vinculação metafísica do preceito democrático aos direitos humanos ampliou sobremaneira o discurso, cujo conteúdo abrange questões relativas à tutela e à oxigenação do constitucionalismo composto pelos mais variados temas ligados à estrutura do Estado Democrático de Direito.⁵⁸⁴

Frente essa nova concepção, o princípio democrático passa a influenciar

⁵⁸¹ BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. p. 36.

⁵⁸² AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 126.

⁵⁸³ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 35.

⁵⁸⁴ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 56.

o contexto jurisdicional, perpassando desde a estruturação do devido processo legal⁵⁸⁵ até a construção de um novo paradigma de acesso à justiça, que passa a contar com a participação da comunidade na sua administração, através da implementação de mecanismos não-estatais de resolução de conflitos que garantem a participação efetiva das partes no desenrolar procedimental e se mostram mais uma via de acesso à justiça.

4.3.1 Participação na administração da justiça

Para Boaventura, do ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não detém mais o monopólio da produção ou da distribuição do direito. Apesar da tradição estatal, coexistem na sociedade outros mecanismos com os mesmos fins, que acabam por refletir nas questões da conflituosidade. Se é possível verificar uma diminuição em certos momentos da litigiosidade judicial, também é pertinente asseverar que isso não significa necessariamente a diminuição de conflitos entre os indivíduos, mas o desvio dessa litigiosidade para outros mecanismos de resolução não-estatais.⁵⁸⁶

As reformas na administração da justiça passam por duas vertentes: uma no interior da própria justiça e a outra na criação de alternativas de acesso a ela. Ademais,

As reformas que visam à criação de alternativas constituem hoje uma das áreas de maior inovação na política judiciária. Elas visam criar, em paralelo à administração da justiça convencional, novos mecanismos de resolução de litígios cujos traços constitutivos têm grandes semelhanças com os originalmente estudados pela antropologia e pela sociologia do direito, ou seja, instituições leves, relativa ou totalmente desprofissionalizantes, por vezes impedindo mesmo a presença de advogados, de utilização barata, se não

⁵⁸⁵ “O processo, nesse contexto, assume a condição de via ou canal de participação e não somente de tutela jurisdicional; atua como instrumento da jurisdição e habilita-se como *modus* de participação do cidadão na busca da concretização e proteção dos direitos fundamentais e do patrimônio público. Mais do que um instrumento do poder, é instrumento de *participação no poder*. É contributo para democratizar a democracia por meio da participação. Enfim, um microcosmo da democracia, porque concretiza os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, como *locus* da cidadania.” ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. p. 469.

⁵⁸⁶ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. p. 153.

mesmo gratuita, localizados de modo à maximizar o acesso aos seus serviços, operando por via expedita e pouco regulada, com vista à obtenção de soluções mediadas entre as partes. (...). Hoje, o florescimento internacional da arbitragem e dos mecanismos conhecidos, em geral, por *Alternative Dispute Resolution* (ADR) são a manifestação mais concludente das transformações em curso nos processos convencionais de resolução de conflitos.⁵⁸⁷

Nesse contexto se insere uma nova política judiciária, agora comprometida com a participação dos cidadãos no processo de administração dessa justiça, surgindo aí a preocupação com a democratização do direito e da sociedade.⁵⁸⁸

A democratização da administração da justiça é tida como aspecto fundamental à democratização da vida social, política e econômica. De modo que essa democratização se encontra assentada, segundo Boaventura, em dois setores: o primeiro que se refere ao processo judicial, implicando maior envolvimento e participação do cidadão, ampliação dos conceitos de legitimidade e interesse de agir das partes, simplificação dos atos processuais, aumento dos poderes dos juízes, incentivo à conciliação, entre outros fatores. Já o segundo, é aquele de que se ocupa este trabalho: a democratização do acesso à justiça.⁵⁸⁹

Nas palavras de Warat:

Hoje, buscam-se fundamentos de fluidez na resolução dos conflitos, começa-se a questionar o valor do normativismo e surgem respostas alternativas, como a da mediação, a arbitragem, a negociação, as Casas da Cidadania ou os Balcões de Direito; todas formas de autocomposição que concebem a conflictologia como um lugar de aprendizagem existencial, de vida, de autonomia e de cidadania, com um potencial democrático e emancipatório muito mais de acordo com estes tempos de fluidez moderna, com estes tempos de modernidade líquida.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 154.

⁵⁸⁸ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 154.

⁵⁸⁹ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 154.

⁵⁹⁰ WARAT, Luiz Alberto. In: ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 18.

A democratização do acesso à justiça requer um sistema de “serviços jurídico-sociais”, gerido não apenas pelo Estado, mas também pelas demais entidades profissionais e sociais. Buscando garantir igualdade de acesso aos mais diferentes extratos sociais. Eliminando o custo do acesso e esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos, os modos de garanti-los e os instrumentos aptos a satisfazê-los.⁵⁹¹

A inserção dos mecanismos não-estatais nessa seara, numa primeira mirada pode ser vista como uma composição particularizada⁵⁹² dos interesses econômicos de grupos que, por conveniência, pretendem se manter fora da interferência estatal na resolução de seus conflitos. Ou como defende Marinoni, a ausência do controle estatal através da utilização de mecanismos como a Arbitragem⁵⁹³ é um projeto neoliberal, direcionado à criação de um espaço próprio para solucionar seus conflitos, com o mínimo possível de interferência do Estado.⁵⁹⁴

E como consequência tem-se o desenvolvimento do desinteresse dos donos desses conflitos pela efetividade do Poder Judiciário, permitindo que se instalem duas classes de justiça: “‘a justiça privada’ e a ‘justiça pública’ -, ambas igualmente servindo à mesma classe social, em um local preocupada com a efetividade e com a tempestividade e no outro apostando na inefetividade e na demora.”⁵⁹⁵

⁵⁹¹ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 155.

⁵⁹² “Este particularismo é, aliás, um dos factores de emergência de novas formas de pluralismo jurídico nas sociedades capitalistas avançadas, formas que constituem a expressão sócio-jurídica de que em sede de ciência política se tem vindo a designar por neocorporativismo. Nestas condições não me parece possível que o Estado possa, através de medidas de dinamização da administração da justiça, absorver um futura próximo estas formas de justiça privada, como por vezes se designam. Quando muito, é possível que os grupos neocorporativistas mais organizados venham a ter poder político suficiente para impor tutelas jurisdicionais diferenciadas mais afeitas à dinâmica interna dos seus interesses.” BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 156.

⁵⁹³ “Além do mais, o perigo de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devia atenção à justiça estatal, mas também em permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 164.

⁵⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 163.

⁵⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. p. 163-164.

Não obstante esse posicionamento, Boaventura disserta que os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos à margem do controle estatal não se mostram com aspectos negativos ou atentatórios ao poder do Estado ou à democracia. Muito pelo contrário, podem se mostrar verdadeiros agentes participativos na administração da justiça,⁵⁹⁶ haja vista, permitirem ao cidadão a escolha dos seus próprios juízes e das regras que regulamentam o desenvolvimento de um procedimento privado de solução de controvérsias.

Nesse viés também aponta Watanabe quanto à importância de se pensar na participação do cidadão na administração da justiça. Participação, que na visão deste autor, já vem ocorrendo através dos juizados informais de conciliação e os Juizados Especiais⁵⁹⁷ com as figuras dos conciliadores e árbitros.⁵⁹⁸

Explica Andrighi que a “tendência moderna é a democratização da Justiça através de instrumentos alternativos de solução de controvérsias”, uma vez que possibilitam, “em última análise, a participação do povo na administração da Justiça”⁵⁹⁹.

A natureza democrática dos métodos alternativos reside nas características dos próprios procedimentos nos quais é permitida uma participação mais ativa, pacífica e inclusiva das partes, valorizando o diálogo, o consenso e a

⁵⁹⁶ BOAVENTURA, Souza Santos. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. p. 156.

⁵⁹⁷ “O sistema de juizados insere o Brasil na chamada terceira onda (*terza ondata*) do universo cappellettiano, pois representa acesso à justiça, adequação dos anseios da população a uma justiça rápida, sem custos e sem formalismo, como freio ao fenômeno da litigiosidade contida e à violência, capazes de induzir à justiça de mão própria e à barbárie social, nesse quadro sombrio de pobreza e de exclusão social dos países em via de desenvolvimento. (...) Os juizados especiais, por isso mesmo, são concebidos dentro dessa perspectiva ontológica e política de democratização do processo e de dignificação do homem, como um canal aberto para o exercício da cidadania. nesse sentir, ou juizados prestam uma tutela diferenciada, aliando critérios de rapidez e segurança para assegurar ao cidadão comum o acesso à justiça, atendendo ao princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional e do devido processo legal, corolários lógicos do Estado de Direito.” ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 25-52.

⁵⁹⁸ WATANABE, Kazuo, **Acesso à justiça e sociedade moderna**. p. 133.

⁵⁹⁹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996, p. 01. Disponível em: < <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/609> >. Acesso em: 3 jan. 2012.

responsabilidade das pessoas em conduzir a resolução dos próprios conflitos.⁶⁰⁰

Os referidos institutos são mecanismos que se encaixam nesse processo de construção democrática, no momento em que estimulam a participação ativa, consciente e responsável, buscando valorizar o ser humano, que, por sua vez, passa a se sentir incluído. São instrumentos que contribuem para o fomento da cidadania e da participação, já que têm como um de seus requisitos fundamentais a participação ativa das pessoas na construção das alternativas e decisão da melhor solução do conflito.⁶⁰¹

Na busca de participação das partes através dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, formando o que Soares Neto denominou de justiça alternativa, quando comparada ao sistema estatal, insere-se o instituto da Arbitragem como segunda via de acesso à justiça.

4.3.2 Arbitragem como via de acesso à justiça

A justiça alternativa é inserida na concepção mais abrangente de jurisdição, afastada da concepção monopolística de poder-dever ou função do Estado, abarcando os métodos como a Arbitragem, mediação e conciliação. Podendo ser dividida em justiça alternativa judicial, que abarca os Juizados Especiais e os métodos de resolução de conflitos, que podem ocorrer dentro do processo jurisdicional estatal como a conciliação e a Arbitragem, como também em justiça alternativa extrajudicial que abarca os métodos alternativos empregados extrajudicialmente.⁶⁰²

Embasada na terceira onda do movimento de acesso à justiça, abordada por Cappelletti e Garth, a concepção de que a justiça pode se dar fora das estruturas judiciárias, contribui para aproximar a sociedade civil do direito, permitindo conferir maior participação das partes no serviço jurídico prestado “num contexto democrático deliberativo de potencialização da autonomia privada e simplificação do

⁶⁰⁰ SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de resolução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. p. 87. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁶⁰¹ SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. **Meios consensuais de resolução de conflitos**: instrumentos de democracia. p. 89.

⁶⁰² SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 246.

direito dinamizado pela prática de justiça coexistencial.”⁶⁰³

Com essas considerações, a mudança de paradigma da concepção tradicional de justiça estatal, se mostra inevitável. No entanto, as discussões se tornam calorosas sobre um novo modelo de justiça, pois ainda se encontra presente a corrente conservadora na defesa dos moldes e padrões atuais do exercício da jurisdição única e exclusivamente exercido pelo Poder Judiciário.⁶⁰⁴

Na compreensão de Santana, as transformações aceleradas da sociedade contemporânea desafiam a repensar os métodos de todos os segmentos sociais, de modo que o jurídico não pode ficar de fora dessa adequação. Nesse norte, faz-se necessário o aperfeiçoamento do sistema atual de distribuição da justiça, não apenas quanto às adequações *interna corporis* da máquina judiciária, mas também da congregação das vias de acesso, sejam elas estatais ou privadas.⁶⁰⁵

Além disso, para que a justiça alcance a todos e seja possibilitada a efetivação dos direitos individuais e coletivos, devem ser facilitados ao cidadão os direitos à informação, à escolha de pessoas mais indicadas para a defesa do direito pleiteado e aos instrumentos jurídicos menos onerosos, cabendo ao próprio indivíduo escolher a forma e o momento de recorrer a determinado mecanismo de solução do litígio.⁶⁰⁶

Outrossim, mesmo num sistema jurídico como o brasileiro em que cabe ao Poder Judiciário ditar a última palavra em matéria de direito, é preciso considerar os demais instrumentos não-estatais de solução de controvérsias como vias de participação do cidadão na consecução da Justiça.

Essa participação da comunidade e a adoção de técnicas alternativas de solução de conflitos, principalmente a conciliação e o arbitramento, e ainda a tendência à deformalização (mais informalidade) e delegação (menos legalismo e solução dos conflitos, em certos casos, pela equidade) têm constituído a grande inovação desses Juizados. A par das vantagens mais evidentes, que são a

⁶⁰³ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 246.

⁶⁰⁴ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 97.

⁶⁰⁵ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. Belo Horizonte: Líder, 2009. p. 213.

⁶⁰⁶ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 213.

maior celeridade e maior aderência da Justiça à realidade social, a participação da comunidade traz, ainda, o benefício da maior credibilidade da Justiça e principalmente o do sentido pedagógico da administração da justiça, propiciando o espírito de colaboração. Os que têm a oportunidade de participar conhecerão melhor a Justiça e cuidarão de divulgá-la ao segmento social a que pertencem. Demais disso, a organização de uma Justiça com essas características, organizada para pessoas mais humildes, tem a virtude de gerar, pela própria peculiaridade do serviço que presta e pela exigência das pessoas que a procuram, ordinariamente pouco instruídas, um serviço paralelo, que é o da informação e orientação.⁶⁰⁷

O instituto da Arbitragem pelo próprio procedimento aberto à convenção entre as partes se mostra um ambiente híbrido⁶⁰⁸ entre o público e o privado, pois a própria norma advinda do Estado permite sua utilização dentro dos moldes especificados em lei, mas ao mesmo tempo, dá margem à valorização da autonomia das partes em poderem escolher os seus juízes e as próprias regras que regulamentarão todo o procedimento.

Essa via aberta de participação é, de fato, o que denomina Soares Neto de “exercício de democraticidade” através dos meios alternativos, pautados no consenso de utilização por um lado, e legitimados pelo próprio ordenamento jurídico por outro.⁶⁰⁹

É nesse enfoque que o instituto da Arbitragem passa a ser visto como via de acesso à justiça. Na concepção abrangente de jurisdição e na abertura das novas vias que direcionam ao acesso à justiça, é possível afirmar, nas palavras de Cintra, Grinover e Dinamarco, que, hodiernamente, a nova leitura que se faz dos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos também é inserida na busca do acesso à justiça ou a uma ordem jurídica justa.⁶¹⁰

⁶⁰⁷ WATANABE, Kazuo, **Acesso à justiça e sociedade moderna**. p. 133.

⁶⁰⁸ A justiça alternativa caracterizada pela parajurisdição ou jurisdição em sentido mais abrangente, contém normas próprias, a exemplo da Arbitragem, constituindo-se num verdadeiro “espaço público-privado, onde é possível deliberar, exercendo a autonomia privada, sobre direitos subjetivos de interesse privado, mas mesclados com regras de direito público, tendo como característica o livre-arbítrio e a não interferência direta do Judiciário.” SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 108.

⁶⁰⁹ SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. p. 108.

⁶¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pllegriini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 44.

Tratando-se da Arbitragem, a sentença proferida pelo árbitro possui o mesmo condão daquela proferida pelo juiz-estatal, devendo ser tida do mesmo modo, como justa composição das pretensões das partes. Assim, alarga-se o conceito de acesso à justiça, contemplando-se os instrumentos não-estatais, como a Arbitragem, que passam a ser partícipe de um amplo quadro de política jurisdicional.⁶¹¹

Para Nalini, como a edição de leis não se constitui em monopólio do Poder Legislativo, a realização da justiça não é monopólio do Poder Judiciário. Existe espaço e demanda para a inserção da Arbitragem, da mediação, da conciliação, da negociação, de outras modalidades alternativas na realização da justiça.⁶¹²

Embora a atenção dos modernos reformadores se concentre mais em alternativas ao sistema judiciário, que nos próprios sistemas judiciários, é importante lembrar que muitos conflitos básicos envolvendo direitos de indivíduos ou grupos, necessariamente continuarão a ser submetidos aos tribunais regulares. Máster Jacob já afirmou: 'A engrenagem judiciária formal de côrtes de Justiça, naturalmente, continuarão a ser necessária e vital não só para lidar com importantes questões de direito, incluindo temas de significação constitucional, como também para julgar questões vultosas e substanciais que afetem direitos vultosos e substanciais'.⁶¹³

Se o juiz-estatal deve desempenhar sua função tradicional, aplicando as leis às mais diversas situações na busca de resultados justos, faz-se necessário por outro lado, um sistema de solução de controvérsias mais ou menos paralelo, como complemento⁶¹⁴.

Na concepção mais ampla de acesso, os demais mecanismos de resolução de controvérsias, como a Arbitragem, mostram-se como condição para o funcionamento adequado da justiça⁶¹⁵. Isso porque inserem a Arbitragem ao lado do

⁶¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 44.

⁶¹² NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 100.

⁶¹³ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 76.

⁶¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. p. 81.

⁶¹⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 107.

tradicional processo judicial como uma opção que pode contribuir para diminuir o número de demandas nos tribunais, quanto a reduzir o custo e o prolongamento dos procedimentos; estimular a participação da comunidade na resolução dos conflitos e facilitar o acesso ao seu tratamento⁶¹⁶.

A utilização da arbitragem e de outros métodos extrajudiciais de solução de conflitos é uma necessidade da sociedade contemporânea, a qual sofre dos males e dos benefícios de uma época de transição, na qual a cultura da responsabilidade pela solução de seus problemas deverá passar pela quebra do paradigma do paternalismo estatal, no qual está inserida a falsa concepção de que somente o Poder Judiciário é capaz de promover a justiça.⁶¹⁷

Assevera Mancuso, a disseminação de novos métodos e instâncias de julgamento fora da justiça estatal devem ser verificados como a própria expansão da distribuição da justiça, quando elaborada uma releitura contextualizada de jurisdição desprendida da concepção clássica de monopólio estatal.⁶¹⁸

A logística do sistema, portanto deve ser outra: partindo da premissa de que ambas as vertentes de distribuição da justiça buscam objetivo comum – a justa composição dos conflitos – então é fundamental que as duas funcionem bem, situação otimizada que gera mais de uma externalidade positiva: a demanda por justiça não fica concentrada só no Judiciário, mas pode se distribuir por outras modalidades, auto heterocompositivas, ao mesmo tempo em que o consumidor final – o jurisdicionado – fica bem servido, podendo escolher o meio ou órgão mais apropriado ao caso concreto.⁶¹⁹

Deste entendimento, também participa Muniz ao afirmar que,

(...), embora o Estado exerça a jurisdição, ele não tem o monopólio da justiça. Esta pode ser alcançada pela atividade desenvolvida na sociedade. Pelo que podemos considerar que a possibilidade de utilização da arbitragem, subtraindo do juiz estatal o papel de julgador, de dizer o direito aplicável à questão é, antes de tudo, não uma lesão ao monopólio de jurisdição do Estado, mas um **exercício da cidadania**, através da participação do indivíduo na administração da justiça, exercitando seu direito à liberdade. Ou seja, ao invés de

⁶¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. p. 107.

⁶¹⁷ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 225.

⁶¹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 242.

⁶¹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 220.

sua inconstitucionalidade, podemos falar em aprimoramento do acesso à justiça, onde a arbitragem é, em relação ao Estado, a afirmação de sua soberania, ao descentralizar a justiça, permitindo e assegurando a maior participação de membros da sociedade na administração estatal, e, para o indivíduo, o exercício de sua cidadania.⁶²⁰

Atualmente, percebe-se uma grande atenção voltada às soluções não-jurisdicionais dos conflitos, ou seja, ao incentivo de aplicação dos meios alternativos de pacificação social (conciliação, mediação, Arbitragem, entre outros). Pois “se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do estado ou por outros meios, desde que eficientes”⁶²¹.

Delgado vislumbra no instituto da Arbitragem um Direito Processual de quarta geração. Segundo ele,

O Direito Processual de primeira geração caracteriza-se pelo profundo apego ao formalismo, com regras inspiradas em aumentar o grau da segurança jurídica, porém, possibilitadoras de manobras processuais que favoreciam, especialmente, ao litigante de maior poder aquisitivo e que tinha interesse em fazer demorar o resultado da demanda.

O Direito Processual de segunda geração é representado pelo sistema que tentou, embora não tenha conseguido romper com a burocracia processual. O seu mérito consiste em ter abolido determinadas formalidades processuais inúteis e ter consagrada a figura do Juiz ativo, isto é, comprometido com o apanhado das provas e com a justiça da decisão.

O Direito Processual de terceira geração é o que enfatiza a necessidade de se prestigiarem as ações coletivas, especialmente na proteção dos direitos difusos, estes voltados à proteção do meio ambiente, paisagístico, do consumidor, etc.

Por fim, vive-se, na época contemporânea, o Direito Processual de quarta geração, onde a arbitragem se situa. É a utilização de um instrumento voltado para a solução dos litígios sem a presença obrigatória do Poder Judiciário. É a própria sociedade, de modo organizado, aplicando o direito, utilizando-se das associações que a compõem. É uma nova era do Direito Processual que necessita evoluir até alcançar os denominados Tribunais de Vizinhança. É a busca de intensificação de outros meios de acesso do cidadão ao encontro da Justiça, por essa reivindicação se constituir em um

⁶²⁰ MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. p. 58-59.

⁶²¹ CINTRA, Antônio Carlos de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. p. 25-26.

direito constitucional de natureza subjetiva.⁶²²

No entanto é preciso advertir que esses métodos alternativos geram uma relação jurídica complexa principalmente quanto ao relacionamento que mantêm com o poder do Estado. Por isso, o papel estatal não é afastado, mas sim ressaltado ao ter que garantir que os instrumentos alternativos postos à disposição cumpram de forma expedita o objetivo para o qual foram disponibilizados à sociedade, sem agredirem o ordenamento jurídico em que se encontram inseridos.

Como bem escreve WATANABE,

Incube ao Estado organizar todos esses meios alternativos de solução dos conflitos, ao lado dos mecanismos tradicionais e formais já em funcionamento. Tais serviços, que podem ser informais, não precisam estar organizados dentro do Poder Judiciário. Podem ficar a cargo de entidades públicas não pertencentes ao Judiciário (v.g., Ministério Público, Ordem dos Advogados, PROCON, Defensoria Pública, Procuradoria de Assistência Judiciária, Prefeituras Municipais) e até de entidades privadas (v.g., sindicatos, comunidade de bairros, associações civil). É importante que o Estado estimule a criação desses serviços, controlando-os convenientemente, pois o perfeito desempenho da Justiça dependerá, doravante, da correta estruturação desses meios alternativos e informais de solução dos conflitos de interesses.⁶²³

Dessa forma, o que se vislumbra não é o afastamento dos sistemas ou a exclusão de um sistema pelo outro – a estrutura da justiça privada excluir a atuação da justiça pública – mas a imprescindível necessidade de complementaridade entre os dois sistemas.

4.3.3 Complementaridade entre os sistemas público e privado

A inserção dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, numa concepção mais abrangente de acesso à justiça, não significa a privatização da justiça ou a exclusão do Estado-juiz no deslinde da controvérsia. Muito se verifica, principalmente quanto às discussões sobre a natureza jurídica da Arbitragem: de parcela da doutrina pautada sob uma perspectiva privatista em verificar o instituto

⁶²² DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001. p. 12-13.

⁶²³ WATANABE, Kazuo, **Acesso à justiça e sociedade moderna**. p. 133.

como instrumento determinado a aniquilar o aparato estatal ou excluí-lo, e ainda há os que vislumbram tratar-se de uma política neoliberal de determinados grupos com vista a escapar do controle jurisdicional estatal.

Essas considerações se tornam incoerentes com o propósito a que se destinam os métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, qual seja: contribuir com a pacificação dos conflitos e consequentemente da sociedade, e servir de via de acesso à justiça.

Para Goretti Santos,

A crescente difusão de vias alternativas de facilitação do acesso à justiça não deve ser interpretada como indício de uma tendência de 'privatização' da justiça estatal, palavra que vem sendo utilizada com frequência que não deveria prosperar. Nosso discurso de reconhecimento da incapacidade do Estado de, exclusivamente, prestar a tutela jurisdicional efetiva a todos os conflitos juridicamente relevantes, não deve ser acolhido como base de sustentação de inaceitáveis teses privatistas ou antilegalistas, de aniquilamento do instrumento estatal de exercício da jurisdição. Impróprio, portanto, cogitar a tese da privatização da jurisdição estatal, que permanece incólume, ainda que coexista com práticas auxiliares (e não concorrentes) no propósito de efetivação do dever de pacificação de conflitos de interesses emanados da sociedade.⁶²⁴

A facilitação ou abertura de novas vias não busca excluir a participação do Estado na solução do litígio ou privar as partes de se socorrerem no Poder Judiciário, antes permite, ao jurisdicionados, meios adequados para cada tipo de conflito.

Os mecanismos alternativos não excluem ou evitam o sistema judicial estatal, pelo contrário colocam-se ao lado da jurisdição estatal permitindo às partes optar por dois sistemas paralelos e eficientes, de modo que, o critério da adequação deverá ser empregado na escolha de um ou outro sistema.⁶²⁵ Será a exigência da natureza da própria controvérsia que delineará a via mais adequada à administração

⁶²⁴ GORETTI SANTOS, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2012. p. 92.

⁶²⁵ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49.

do conflito.⁶²⁶

Nesse norte, verifica-se que ao se utilizar a Arbitragem não se afasta o controle judicial do caso. Numa primeira mirada, quando da convenção de Arbitragem, as partes decidem sobre a resolução da controvérsia por meio distinto da jurisdição estatal, mas isso não significa exclusão absoluta.

Vários exemplos de atuação do Poder Judiciário no procedimento arbitral podem ser elencados desde a resistência de uma das partes em firmar o compromisso arbitral até o cumprimento efetivo através de uma execução forçada:

1) Havendo resistência de uma das partes em firmar o compromisso arbitral, existindo cláusula compromissória, cabe à outra o direito de recorrer ao Judiciário para solucionar tal pendência;⁶²⁷

2) Pairando discussão sobre o desenrolar do procedimento arbitral sobre direitos indisponíveis, caberá ao Estado-juiz o deslinde do feito neste aspecto;⁶²⁸

3) A efetivação das medidas de urgência acautelatórias determinadas pelos árbitros deve ser feita através da jurisdição estatal;⁶²⁹

4) O cumprimento forçado da sentença arbitral somente pode se dar

⁶²⁶ GORETTI SANTOS, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos**. p. 93.

⁶²⁷ Dispõe os artigos da Lei de Arbitragem: “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. 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.”

⁶²⁸ “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.”

⁶²⁹ O artigo 22, § 4º estabelece: “Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.”

através de recurso aos órgãos judiciais;⁶³⁰

5) O pleito de declaração de nulidade da sentença arbitral cabe ao Poder Judiciário decidir;⁶³¹

6) A sentença arbitral estrangeira necessita ser homologada pelo judiciário brasileiro para ter validade⁶³², entre outras interconexões⁶³³ que podem ocorrer conforme a complexidade do conflito.

Como se pode verificar, o recurso ao Poder Judiciário está presente em todo o procedimento arbitral, por isso não se pode falar em exclusão de um ou de outro mecanismo, mas em cooperação ou complementaridade entre os sistemas. Em face da complexa sociedade contemporânea é imperioso que os dois sistemas de justiça funcionem harmoniosamente e não de forma competitiva ou auto-excludente.⁶³⁴

Disserta Mancuso que a forma jurisdicional e a alternativa de resolução de conflitos não são excludentes entre si, ao contrário, são complementares e integrativas. De modo que somente a convivência harmônica entre os sistemas

⁶³⁰ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁶³¹ “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.”

⁶³² “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.” Coma Emenda Constitucional nº. 45, a competência para homologação de sentenças estrangeira passou a ser do Superior Tribunal de Justiça.

⁶³³ Por exemplo, os casos especificados no artigo 20 da Lei de Arbitragem que estabelece: “A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. § 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.”

⁶³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 220.

permitirá a distribuição da crescente demanda.⁶³⁵

Este é, precisamente, um ponto premonitório na interconcorrência da Justiça estatal com os chamados meios alternativos: ao contrário do que a princípio possa parecer, esses equivalentes jurisdicionais não devem nem pretendem concorrer ou disputar mercado com a justiça estatal, ou mesmo apresentar-se como uma panacéia para resolver a generalizada e crescente frustração social com a baixa efetividade da justiça estatal. A ideia-força consiste em que cada um desses caminhos tenha o seu espaço e a sua clientela, preservando o foco principal, que é o de outorgar uma resposta de qualidade: justa, jurídica, econômica, tempestiva e razoavelmente previsível.⁶³⁶

Ressalta-se que, não se trata de substituir o Poder Judiciário pela Arbitragem ou vice-versa, muito pelo contrário busca-se a conciliação. Ao se empregar a Arbitragem não se estará afrontando o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ao contrário, faz-se a afirmação de que se terá dupla garantia de acesso à Justiça. Se o que interessa é pacificar, não importa se isto se dá por via Justiça Pública ou Justiça Privada, o que se deve ter em mente é que as formas privadas devem estar legalmente reconhecidas e regulamentadas, pois daí decorrerá o aval do Estado quanto à idoneidade do mecanismo a ser empregado.

A complementaridade e a integração entre os dois planos – judicial e arbitral – além de contribuir com a distribuição das demandas entre os dois sistemas, também se justifica consoante Mancuso, no sentido de que até o presente, a distribuição da justiça nunca se constituiu num monopólio estatal, sempre existiram outros órgãos ou instâncias como o mesmo escopo. Desde Roma com a figura dos pretores e dos árbitros até nos dias de hoje com os Tribunais de Contas, o Conselho Administrativo de Defesa do Consumidor, o Ministério Público com os termos de ajustamento de conduta, inclusive mantêm-se instâncias diversas dos quadros do Poder Judiciário com as mesmas funções.⁶³⁷

A harmonização entre esses dois planos é a única estratégia viável, por modo a concebê-los em modo integrativo-complementar: os

⁶³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 221 e 249.

⁶³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 269.

⁶³⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 259-260.

meios alternativos não se propõem a concorrer com a Justiça estatal, e sim a oferecer uma segunda via ou alvitre subsidiário, devendo-se, por outro lado, reconhecer que o judiciário não tem como açambarcar todos os históricos de lesões temidas e sofridas, donde ser de seu próprio interesse prestigiar os meios alternativos, por sua clara aptidão para prevenir a formação de novos processos, compondo a controvérsia em modo justo, ou mesmo abrir outra opção para aqueles já em curso.⁶³⁸

O propósito do instituto da Arbitragem é se mostrar uma verdadeira alternativa, uma segunda opção à disposição das partes para solucionar os conflitos que lhe são afetos. A cooperação, comunicação e complementaridade entre o Poder Judiciário e a Arbitragem são ações inquestionáveis para efetivar o uso da Arbitragem no Brasil, pois o resultado prático da sentença ou demais atos exercidos no procedimento arbitral dependerá, em certos casos, da participação da justiça estatal para se concretizarem.⁶³⁹

Afirma Figueira Júnior,

Por isso, não tenho dúvida ao afirmar que a importância preponderante da arbitragem reside em ser mais uma forma alternativa colocada à disposição dos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos. Não objetiva a arbitragem substituir a jurisdição estatal ou concorrer com ela, mas apenas servir como mecanismo opcional hábil voltado à resolução dos grandes conflitos, sobretudo de natureza comercial interna ou internacional.⁶⁴⁰

Deve-se abandonar a ideia de qualquer rivalidade ou concorrência entre os dois sistemas, e ressaltar a visão de que ambos são sistemas paralelos com resultados equivalentes no deslinde do conflito. A concepção de integração e complementaridade entre a Arbitragem e o Poder Judiciário é que contribuirá para a efetivação do direito de acesso à justiça, para a harmonização social e para a garantia dos direitos.⁶⁴¹

Santos defende a necessidade de se estabelecer, harmoniosamente, a

⁶³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 257.

⁶³⁹ MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Arbitragem nacional e internacional: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas**. p. 08-09.

⁶⁴⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei nº. 9.307, de 23/09/1996**. p. 21.

⁶⁴¹ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 213-218.

convivência interinstitucional entre a Arbitragem e o Poder Judiciário, pois não se trata de substituir a Arbitragem pelo Estado-juiz ou vice-versa, mas de reconhecer ambas as formas como aptas à promoção da justiça, cada uma com suas peculiaridades e exigências.⁶⁴²

Nas palavras de Câmara,

Para a convivência harmônica entre justiça arbitral e justiça estatal, a cooperação e respeito devem ser princípios norteadores entre ambos os sistemas e seus integrantes, cabendo aos árbitros e juízes compartilharem a filosofia e os objetivos da arbitragem e compreenderem as limitações impostas à sua atuação e competência.⁶⁴³

A complementaridade entre a justiça pública e a justiça privada é de grande valia ao instituto da Arbitragem, pois, segundo Andrichi, “a colaboração mútua é a única forma de fazer vingar a arbitragem no país”. Por isso segundo a autora, entre o árbitro e o juiz, o relacionamento “deve ser idêntico àquele utilizado no cumprimento das cartas precatórias. É um colega solicitando ao outro, auxílio para o produtivo desempenho do trabalho jurisdicional.”⁶⁴⁴

No entanto, frente a essa nova realidade é imprescindível uma alteração de postura tanto do operador do direito quanto do próprio jurisdicionado no que se refere à inserção efetiva dos meios alternativos como vias de acesso à justiça, exigindo-se uma verdadeira mudança cultural.

4.3.4 A necessidade de mudança cultural

Em termos de resolução de conflitos, a cultura estabelecida é de que, todo e qualquer conflito seja levado à apreciação do Estado-juiz. Decorrendo aí, segundo Mancuso, o desenvolvimento de uma cultura denominada de judiciarista ou

⁶⁴² SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTR, 2001. p. 88-90.

⁶⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o poder judiciário. **Revista brasileira de arbitragem**, ano 2, n. 6. abr./jun. 2005, Porto Alegre, Síntese, p. 19.

⁶⁴⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem: instrumento de cidadania e da paz social**. p. 10.

demandista que vê no litígio a necessidade de propositura de uma ação judicial.⁶⁴⁵

No entanto, com a inserção dos métodos de resolução de conflitos não estatais como vias de acesso à justiça, faz-se necessário o desenvolvimento de uma nova postura diante dos mecanismos postos à disposição dos jurisdicionados aptos a dar solução às demandas.

Nessa vertente, no que se refere à Arbitragem, Santos defende a necessidade do desenvolvimento de uma cultura arbitral como meio de inserir gradativamente o instituto como mecanismo de resolução de controvérsias e via de acesso à justiça.⁶⁴⁶

Apesar do instituto da Arbitragem não ser algo novo no ordenamento jurídico brasileiro, não se desenvolveu ainda o hábito do emprego desse instrumento. A jurisdição estatal tem a seu favor um hábito de longa tradição, sendo mais fácil aderir a esse hábito do que inserir numa nova cultura, da qual não se tem conhecimento ou não se está habituado.⁶⁴⁷

A opinião pública, acomodada a certo quadro institucional, necessita de tempo para aceitar a mudança dessa realidade, acostumando-se com o novo, reconhecendo-o como um valor, e assim assumindo-o como um bom critério para o exercício da liberdade de optar.⁶⁴⁸

Para romper com essa barreira, é imprescindível a formação de uma cultura ou hábito de aplicação dos métodos extrajudiciais. Consoante Santos, a jurisdição estatal, exercida através do Poder Judiciário, está de alguma forma interiorizada em cada indivíduo, e a mudança de postura é o caminho para harmonizar a justiça estatal e a justiça privada.⁶⁴⁹

A ação cultural, nesse contexto, aparece como processo de

⁶⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 98.

⁶⁴⁶ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTR, 2001, p. 81.

⁶⁴⁷ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. p. 77.

⁶⁴⁸ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. p. 87-88.

⁶⁴⁹ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. p. 84-85.

intercomunicação de cultura orientada para a realização de homens concretos, numa sociedade determinada. E educar para a aceitação e prática da arbitragem supõe mudança de alguns valores ético-jurídicos que faz com que passem a ser implementadas todas as atitudes e comportamentos sociais que respaldem o procedimento arbitral. Por outro lado, surge como antivalor o comportamento dos que insistem em ignorar ou combater a arbitragem enquanto alternativa jurisdicional para dirimir controvérsias sobre direito patrimonial disponível. Dessa forma, volta-se o foco para a necessidade de elaborar uma cultura da arbitragem capaz de respeitar a cultura da jurisdição estatal e de conviver com ela. Assim, a ação cultural para a arbitragem passa a ser a proposição problematizadora de uma cultura, para provocar, no público alvo dessa ação, uma assimilação cultural própria.⁶⁵⁰

Nessa mudança cultural, o operador do direito tem grande parcela de responsabilidade. Necessitando ampliar seu rol de instrumentos aptos a dar solução aos litígios, buscando outros mecanismos e orientando os indivíduos sobre a existência de outros caminhos direcionados ao alcance da justiça e garantidores da participação das partes no processo de resolução das demandas.⁶⁵¹

Avulta-se o papel desempenhado pelos juízes, advogados, árbitros na implantação efetiva do emprego da Arbitragem. Exigindo-se uma verdadeira mudança de mentalidade, na qual todos esses atores devem cooperar entre si na busca de uma decisão mais satisfatória e próxima da pretensão e anseio do cidadão.⁶⁵²

Cappelletti e Garth, nesse particular afirmam.

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social. Uma tarefa básica dos processualistas modernos é expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios.⁶⁵³

A mudança cultural depende de um processo que deve se iniciar na base

⁶⁵⁰ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário**: mudança cultural. p. 81.

⁶⁵¹ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 218.

⁶⁵² SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 219.

⁶⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. p. 12-13.

de formação dos indivíduos, e nesse quadro não é diferente. O desenvolvimento de uma cultura, que abarque não apenas a Arbitragem, mas também os demais mecanismos alternativos, deve ter início nos próprios cursos de Direito, com a inserção nas grades curriculares de disciplinas que abarquem os métodos extrajudiciais e ensine a operacionalizá-los. O originar de uma cultura arbitral deve se iniciar na formação jurídica dos bacharéis em Direito, futuros operadores da máquina jurídica.⁶⁵⁴

Nesse aspecto ressalta Santana,

Para tanto, deve-se promover a cultura arbitral a partir das universidades, campo propício para o debate e em que o estudante passará a conhecer em toda a sua extensão uma Justiça mais humana, de olhos desvendados, cuja balança e espada não serão utilizadas para oprimir ou medir as diferenças ainda existentes entre os homens, mas para todos amparar e defender, sobretudo, para dar guarida à população menos favorecida social e economicamente e que não pode mais suportar a demora na solução do conflito.⁶⁵⁵

Outro agente responsável nessa seara é o próprio advogado, que deverá conhecer e empregar adequadamente mecanismos como a Arbitragem, na resolução de conflitos de seus clientes. Inclusive, abre-se para os profissionais dessa categoria mais um campo de atuação, além exercer a advocacia na defesa dos interesses dos respectivos clientes, poderão atuar como árbitros no procedimento arbitral. Fazendo-se um alerta no sentido de que, não serve o procedimento arbitral de espaço à criação de subterfúgios jurídicos com vista a procrastinar o deslinde final da controvérsia.⁶⁵⁶

O papel desempenhado pelo juiz também merece ser destacado. Segundo Nalini, o juiz brasileiro precisa aprender a conviver com os demais mecanismos não-estatais, não podendo desprezar as formas de atuação de outros órgãos, sejam eles públicos ou privados. E conscientizar-se de que isso não levará à

⁶⁵⁴ ANSELMO DE OLIVEIRA, José. A arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista da EJUSE**, nº 18, 2013. p. 17-19. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/57669>>. Acesso em: 12. jul. 2013.

⁶⁵⁵ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 223-224.

⁶⁵⁶ SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. p. 223-224.

redução da importância de sua função, atividade ou poder⁶⁵⁷, antes permitirá direcionar sua atuação para as causas de grande vulto, que por sua abrangência, não se enquadram dentre aquelas passíveis de serem resolvidas por outros meios.⁶⁵⁸

Ayoub apresenta uma crítica à resistência de efetivação da Arbitragem na sociedade brasileira, sendo fácil, segundo ele, perceber que há resistência à inovação e à inserção dos meios extrajudiciais como a Arbitragem. Tal desígnio deve-se a total falta de uma cultura que permita conhecer e empregar esses mecanismos, cabendo aos próprios operadores do Direito iniciar essa mudança.⁶⁵⁹

No mesmo sentido, pondera Vianna de Lima,

A consequência é a falta de uma prática do instituto e de uma "cultura arbitral" em nosso país. Não se acredita na arbitragem. Só se admite a justiça feita pelo Estado, nada obstante a crise universal, do Judiciário, a delonga das decisões judiciais, a injustiça manifesta que representam as decisões retardadas, a consequente inocuidade, na maioria das vezes, dessas sentenças e a impunidade frequente de infrações penais.⁶⁶⁰

Por isso, o desenvolvimento de uma cultura arbitral se mostra necessária se o objetivo é implementar efetivamente o uso desse mecanismo na sociedade brasileira, facilitando o acesso à justiça e democratizando esse acesso com a garantia de participação das partes conflitantes na resolução da controvérsia.

Porém, consoante Andrigui,

⁶⁵⁷ “Contudo, essas providências e os movimentos em prol da melhora da concessão da prestação jurisdicional não são suficientes, deve-se caminhar para frente mas sem temer que este avanço signifique perda de poder dos juízes. É indispensável colocar à disposição do cidadão instrumentos para resolver os conflitos sem submetê-los aos procedimentos institucionalizados, buscando, assim, na via extrajudicial a solução.” ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago.1996. p. 34. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/609>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

⁶⁵⁸ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. p. 96-100.

⁶⁵⁹ AYOUN, Luiz Roberto. **Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo uma nova proposta**. p. 109.

⁶⁶⁰ VIANNA DE LIMA, Cláudio citado por DELGADO, José Augusto.. A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual. **Revista de Direito Renovar**, v. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000. p. 27. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8302>>. Acesso em: 10 jul. 2013.

Para que a importância de mencionados instrumentos alternativos seja reconhecida e consagrada, é imperioso revermos o conceito de cidadania, uma vez que sem a conjugação dos esforços de todos os setores da sociedade, qualquer tentativa de modernização da administração da Justiça restará frustrada, pois consoante salientado pela insigne professora Ada Pellegrini Grinover, para que se atinja a real efetividade da prestação jurisdicional, é imprescindível que a cidadania seja entendida, também, como integração do indivíduo no exercício da jurisdição, atribuindo-lhe responsabilidades específicas na busca da Justiça e do consenso.⁶⁶¹

Sob esse aspecto, o Estado recebe a função de propagar a existência e pertinência de aplicação de mecanismos não-estatais de resolução de controvérsias. Devendo “popularizar”, tornar do conhecimento dos indivíduos os meios alternativos de composição de conflitos, informando-os de suas vantagens, garantias e procedimentos.⁶⁶²

Há, no entendimento de Delgado, de se educar a população para o emprego dos métodos extrajudiciais e para o atual estágio da prestação jurisdicional por outras vias de acesso à justiça, pois, já não se adequa mais a concepção de privilégio ou prerrogativa absoluta do Estado.⁶⁶³

Dessa forma, podem-se verificar alguns obstáculos para o desenvolvimento de uma cultura arbitral: o desconhecimento do instituto tanto por parte da população quanto por parte dos próprios operadores jurídicos; a difícil tarefa de enxergar a justiça pública e justiça privada como complementares e não excludentes, mantendo superficialmente uma visão de rivalidade com o Poder Judiciário; e, segundo Mancuso, a vinculação da crise da justiça estatal como base para sustentar a utilização dos meios extrajudiciais.

Naturalmente que o ressurgimento da preocupação com delineamento de outras vias de acesso à justiça, decorreu em razão da sobrecarga dos tribunais estatais nas últimas décadas, no entanto sustentar ou incentivar o emprego sob o argumento da existência de crise torna muito frágil o próprio instrumento da Arbitragem. Pois, num futuro Judiciário sem problemas - e assim se espera - a

⁶⁶¹ ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. p. 32

⁶⁶² ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. p. 32.

⁶⁶³ DELGADO, José Augusto. **A Arbitragem**: direito processual da cidadania. p. 18.

vantagem de se firmar uma Convenção de Arbitragem cairia por terra, uma vez que não se mostraria mais necessário o emprego de meios distintos da jurisdição estatal.

Por isso ensina Mancuso que os métodos alternativos, sejam eles auto ou heterocompositivos, devem justificar sua utilização de *per si*, buscando seu espaço próprio de atuação, não devendo apostar na deficiência estatal como motivo incentivador de sua aplicação para dar solução ao conflito.⁶⁶⁴

Assim, pode-se verificar ante todo o exposto neste capítulo que, a Arbitragem, não tem o intuito de tirar do Estado o dever, a função, ou o direito de pacificar as lides, tampouco, vem afrontar o Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Dentro de uma perspectiva abrangente de jurisdição, com a quebra do monopólio estatal desenvolvida no Estado Moderno, bem como, na terceira onda de acesso à justiça, é possível incluir a Arbitragem como instrumento apto à solução dos litígios e, mais do que isso, se mostrar como verdadeira via secundária de acesso à justiça. Contribuindo com o desenvolvimento de uma justiça mais democrática que passa a contar com a participação efetiva e responsável das partes litigantes na resolução dos próprios conflitos.

No entanto, essas considerações ainda precisam ser inseridas na cultura brasileira, mostrando-se imprescindível o desenvolvimento de uma cultura arbitral para que esse mecanismo possa se efetivar como instrumento eficiente na resolução das lides que lhe são afetas.

O objetivo primordial da Arbitragem não é privatizar ou terceirizar a justiça, como acreditam alguns, mas atuar como via direcionada ao alcance da tão almejada justiça, de soluções próximas à realidade e aos anseios das partes em conflito, servir como mais uma opção para os litigantes resolverem as suas pendências, além do Poder Judiciário.

⁶⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 220.

A questão que se apresenta é a necessidade de propagar os meios alternativos, as funções, os caminhos e procedimentos necessários para utilizá-los, pois, como bem escreveu Mancuso, “já se viu sociedade que mudou a lei, mas ainda não se viu lei que mudou a sociedade”.⁶⁶⁵

Se numa concepção tradicional de jurisdição não é possível incluir a Arbitragem, numa perspectiva contemporânea esse instituto ganha espaço junto à justiça estatal para desempenhar sua função primeira de pacificar as partes e assim contribuir com o desenvolvimento de uma sociedade mais harmônica e, sobretudo, constituir-se em mais uma via de acesso colocada à disposição dos indivíduos em busca de justiça.

⁶⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. p. 21.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para o desfecho deste trabalho apresentam-se de forma sucinta, ante todo o conteúdo abordado, algumas considerações acerca do estudado. Verificou-se, que o homem é um ser, como muitos outros, que não vive sozinho, mas, em constante interação com os demais seres e o meio em que habita. Nessa convivência social acaba estabelecendo as mais diversas relações, e seria ingênuo pensar que essas relações sempre ocorreram de forma amigável e pacífica ou que delas não surgiram divergências. Uma vez sendo da natureza humana o desenvolvimento de interesses contrapostos sobre o mesmo bem, torna-se impossível satisfazer à pretensão de todos. Surgindo aí, um conflito de interesses que, de qualquer modo, deve ser resolvido para não inviabilizar a convivência social.

Da necessidade do homem até o estabelecimento do conflito, existe um processo intrínseco a cada indivíduo quanto a sua consideração acerca do bem da vida. Porém, quando sua pretensão se mostra passível de não ser satisfeita, por meio da resistência de outro indivíduo, estabelece-se uma relação que não se restringe mais às partes, mas que alastra seus efeitos à sociedade. Prova disso é a necessidade do estabelecimento de uma estrutura estatal com o intuito de pôr fim às contendas.

Percebe-se que o alcance dos conflitos vai além da esfera jurídica, têm grande influência a toda a sociedade e faz surgir a necessidade do estabelecimento mecanismos de resolução que permitam solucionar o litígio entre as partes, de modo que os reflexos negativos que possam advir dessa disputa sejam os menores possíveis, e ao mesmo tempo, mostrem-se coerentes às necessidades e anseios, não só das partes envolvidas.

Ao longo da história da civilização humana, os homens desenvolveram formas diferenciadas de resolver os conflitos que surgiam em suas relações e nem sempre houve um Estado organizado e responsável por regular e resolver as desavenças dos cidadãos como se tem atualmente.

Cada mecanismo desenvolvido correspondeu ao grau de desenvolvimento da sociedade na época. E é possível encontrar quatro fases distintas ao longo da história dos mecanismos empregados para pôr fim às contendas: a autotutela, a autocomposição, a Arbitragem, e a jurisdição estatal.

O conceito de ser a jurisdição função, dever-poder, ou atividade do Estado, formou-se à medida que se fortaleceu a configuração do Estado Moderno, a partir do século XVIII, quando o Estado, através do Poder Judiciário, assume definitivamente a responsabilidade de solucionar as controvérsias advindas da sociedade, estabelecendo-se a concepção de que a jurisdição apenas o Estado pode exercer.

No entanto, não obstante ser esta a posição dominante, vem ganhando corpo uma outra vertente que considera essa visão restritiva – jurisdição um monopólio estatal – em gradativa modificação. Cresce uma concepção mais alargada sobre o exercício da atividade jurisdicional.

No sentido contemporâneo, a jurisdição distancia-se da noção de Estado, permitindo enxergar um terreno mais amplo para se desenvolverem outros mecanismos de resolução de controvérsias que permitam tanto prevenir a formação de conflitos, quanto resolvê-los em tempo hábil e com justiça, sem necessariamente se fazer uso dos órgãos estatais.

O desenvolvimento de uma concepção mais ampla de jurisdição dá azo a uma nova forma de se verificar, não apenas os aspectos da monopolização da atividade jurisdicional, mas também o acesso à Justiça. Muda-se o entendimento de estar a Justiça presa aos órgãos estatais e passa-se a considerar que ela pode ser alcançada por outras formas de pacificação.

O novo enfoque de acesso à Justiça significa não apenas o acesso à Justiça estatal, mas também acesso aos demais métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, reconhecidos pelo Estado como aptos e seguros a garantir um bom desfecho na solução das controvérsias, como se por ele estivessem sendo resolvidas.

O tema acesso à justiça está dentre aqueles que geram grande discussão

e preocupação na sociedade contemporânea. Seja por não se limitar mais ao entendimento de acesso aos órgãos judiciários; seja por pautar-se na busca de uma ordem jurídica justa; seja por ser apontado como o mais importante dos direitos humanos; seja por exigir respostas estatais em tempo razoável e realmente satisfativas; seja por poder contemplar novos mecanismos de resolução de conflitos; entre outros pontos.

Ao se falar em acesso à justiça, o senso comum leva imediatamente à ideia de acesso aos órgãos judiciários, contudo o novo enfoque dado ao tema pela terceira onda é mais extenso e concentra sua atenção num conjunto mais abrangente que contempla as instituições e os mecanismos, as pessoas e os procedimentos utilizados para processar e prevenir disputas nas sociedades modernas, mas sem que isso configure afronta ao Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional consiste no direito de buscar abrigo junto aos órgãos judiciais, de todos aqueles que se sentirem lesados ou ameaçados em seus direitos, não podendo a lei proibir tal acesso.

Esse é o entendimento que se extrai do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988: nenhuma lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Qualquer forma de pretensão pode ser levada ao conhecimento do Judiciário para que esse se manifeste pela solução adequada. Nessa perspectiva, a justiça se apresenta como a forma mais conhecida, confundindo-se com o Estado através do Poder Judiciário.

A concepção desse princípio está centrada na ideia de supremacia do poder estatal, especificamente no que se refere a resolver as controvérsias e promover, como consequência, a justiça. Da leitura do artigo 5º., inciso, XXXV, extrai-se essa competência exclusiva, ao prever que a “Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, atribuindo a função jurisdicional de forma “inarredável, única e exclusiva” ao Poder Judiciário.

No entanto, uma compreensão exagerada do artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, levou a sociedade a incorporar a ideia de que todo

conflito deva ser levado aos tribunais brasileiros, desenvolvendo-se uma verdadeira cultura demandista ou judiciarista, que acaba refletindo na própria atuação do Estado-juiz, e que merece ser verificada sob pena de inviabilizar o próprio acesso à justiça.

Nesse sentido, o artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, ao prever que a lei não excluirá do Poder Judiciário apreciação de lesão ou ameaça a direito, não pode ser interpretado como um dever de demandar ou que todas as demandas devam ser dirigidas aos órgãos judiciários. Mas que o direito de acesso à justiça deve operar como uma “cláusula de reserva”, ou seja, somente devem ser dirigidas ao Poder Judiciário as causas que, em razão da matéria ou da complexidade, exijam a manifestação desse poder.

É necessária uma mudança de mentalidade, também, do jurisdicionado em verificar o binômio necessidade/utilidade do acesso à justiça. Não se justificando a propositura de ações judiciais quando a controvérsia possa ser solucionada por outros mecanismos idôneos, ou até mesmo, tolerada sob uma postura razoável de boa convivência social. Mas, isso requer não apenas uma alteração de postura, como também uma releitura do próprio artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

Assim, vem ganhando corpo a compreensão de que as cortes judiciais não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada. A jurisdição estatal é a forma mais conhecida e evidente de solução de litígios, e ademais, é detentora exclusiva do poder de fazer cumprir tanto as suas decisões quanto dos demais instrumentos alternativos. No entanto, não se coaduna na contemporaneidade considerar a jurisdição como a única fonte de acesso à justiça. Existem outros mecanismos, do mesmo modo, capazes de pacificar e pôr fim às contendas. A compreensão da terceira onda de acesso à justiça contempla, entre outros aspectos, a consideração de que o acesso não deva se dar, unicamente, por intermédio dos órgãos judiciários.

Permitindo-se inserir os mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos sem que estes estejam afrontando a ordem jurídica, principalmente a constitucional, ou estejam privando os indivíduos do acesso à justiça, ou o Poder

Judiciário de promovê-la.

Nesse sentido, entre esses métodos pode-se citar: a negociação, a conciliação, a mediação, a Arbitragem, o juiz de aluguel, mini-juízo, entre outros tantos. Esses instrumentos como outros tantos, tidos como mecanismos extrajudiciais ou alternativos, vêm auxiliar que as partes em disputa possam dispor de outros meios para resolver as pendências entre elas, fazendo com que a compreensão que se extrai do acesso à justiça não se vincule, necessariamente, a atuação jurisdicional estatal.

Nessa perspectiva e a partir do que prega a terceira onda sobre acesso à justiça, vislumbram-se outros métodos de se obter a justiça. Essa nova perspectiva pauta-se na ideia de que a justiça não é alcançada, unicamente, por obra do Estado, mas que outros mecanismos auto ou heterocompositivos são, da mesma forma, capazes de pacificar e promover a justiça.

Assim, atualmente cresce o incentivo de utilização de métodos que permitam aproximar as partes e fazer com que estas participem diretamente na solução da controvérsia e não simplesmente deixem a cargo de um terceiro que julgue pela melhor solução. No entanto, nem sempre isso é possível e a atuação de um terceiro com poder de julgar se faz imprescindível para findar o conflito. E aí, podem as partes, dependendo do objeto em disputa, se valer ou do Poder Judiciário ou de um outro instrumento, denominado de Arbitragem.

Esse instituto, presente no ordenamento jurídico desde a colonização portuguesa, sempre esteve presente no Brasil, mas ao mesmo tempo, pouco utilizado de fato. Incluído na terceira onda dos movimentos de acesso à justiça, recebe novo enfoque de estudo, não se restringindo a mero método alternativo de resolução de conflitos, mas passando a ser visto como segunda via para se alcançar a justiça.

A Arbitragem é tida como um mecanismo privado de resolução de controvérsias, no qual as próprias partes escolhem os seus julgadores, chamados de árbitros, estabelecem as próprias regras para o desenvolvimento do procedimento arbitral, e se submetem à decisão proferida pelo ou pelos árbitros.

Têm-se relatos do seu emprego desde a Antiguidade, aproximadamente a 3000 a.C, entre os Babilônios, na Grécia Antiga e em Roma, em razão disto, é considerada um dos institutos mais antigos de resolução pacífica de conflitos que se tem notícia, e que perdurou até os dias atuais.

Porém, regulamentar a Arbitragem no Brasil não foi uma tarefa fácil, pairava o pensamento de que a falta de tradição do uso de mecanismos extrajudiciais, como a Arbitragem, eram fadados ao abandono. Durante a década de 80, tramitaram três Anteprojetos de lei com o intuito de regulamentar o instituto no país, o que demonstrou a preocupação do legislador em aperfeiçoá-la internamente e adequá-la ao âmbito internacional.

Em junho de 1992, por iniciativa do Senador Marco Maciel, originou-se o Projeto de Lei que recebeu no Senado o nº. 78/92 e na Câmara dos Deputados o nº. 4.018/93. Após quatro anos de discussão tais projetos se transformaram no novo e esperado sistema da Arbitragem, materializado na Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Dividida em sete capítulos, nos seus 44 artigos, a Lei de Arbitragem estabelece as regras que possibilitam empregá-la como meio alternativo - ou adequado para certas causas - para resolução de conflitos. Regras essas que regulam desde os objetos litigiosos passíveis de serem resolvidos por meio da Arbitragem, até regras de reconhecimento e execução de sentença arbitral estrangeira.

A própria Lei nº. 9.307/96 estabelece as diretrizes para instituição, desenvolvimento e sentença do procedimento arbitral, bem como delimita as causas e as pessoas que podem fazer uso desse mecanismo.

A Lei de Arbitragem representou um marco para história do instituto no Brasil. Após a sua edição e, principalmente, após a declaração de sua constitucionalidade, esse mecanismo passou a se desenvolver e receber expressiva atenção por parte da doutrina, ao ponto de ser uma das formas mais incentivadas para resolução de conflitos no direito contemporâneo. As transformações promovidas pela Lei de Arbitragem permitiram ao Brasil se adequar juridicamente às

necessidades internas e internacionais.

A previsão do instituto da Arbitragem não se restringe à Lei 9.307/96, outras leis também a preveem como mecanismo apto a dar solução aos conflitos existentes ou a existir, além das divergências que pairam quanto ao seu emprego na esfera dos contratos administrativos, nas relações de consumo, nas relações trabalhistas, no que se refere ao Direito Ambiental, entre outros.

O aumento no campo de atuação da Arbitragem vem conferir a esse instrumento mais confiabilidade e solidificação do seu emprego numa cultura até então tida como judiciarista. Demonstrando que o instituto está em constante progressão e que a opção por se utilizar de métodos extrajudiciais, não necessariamente, deva estar restrita às concepções primárias de ser a Arbitragem um mecanismo de pacificação apenas no que se refere a direitos patrimoniais disponíveis. Sendo pertinente atentar para a função social desempenhada por esse meio alternativo.

É importante ressaltar que, apesar da evolução da Arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, com regulamentação própria e várias outras disposições legais prevendo-a, na prática, continua sendo ainda um instituto pouco conhecido e pouco utilizado por grande parte da população. Isso não significa que a Arbitragem devesse ocupar o lugar da Justiça Estatal, mas que a sociedade ao menos tivesse conhecimento dos demais mecanismos postos a sua disposição para composição das controvérsias.

À luz da concretização dos direitos fundamentais, sejam eles de primeira, segunda ou terceira dimensão ou geração como denomina a doutrina, vários institutos jurídicos tiveram incrementadas e aperfeiçoadas suas teorias, e conseqüentemente, ressignificados os seus conceitos e concepções.

As ideias acerca da jurisdição não se mostram as mesmas de outrora. O próprio Processo Civil passou a carregar além da função jurídica, escopos sociais e políticos na busca da concretização efetiva dos direitos proclamados, a responsabilidade declaratória se tornou insuficiente à realidade contemporânea.

No mesmo sentido, o acesso à justiça abandona o caráter monopolístico do Estado-Juiz, e passa a agregar os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos (mediação, conciliação, Arbitragem) como mecanismos aptos, da mesma forma que o Poder Judiciário, na consecução da justiça.

A Convenção de Arbitragem decorrente do compromisso ou da cláusula arbitral tem por finalidade criar um vínculo entre os contratantes que, sobrevindo algum conflito oriundo da relação ou negócio pactuado, será submetido à resolução arbitral e não judicial, tendo o condão de excluir ou afastar a jurisdição estatal na resolução da controvérsia. Esse afastamento, gerador de inúmeras críticas, não pode ser compreendido como exclusão de recurso à tutela jurisdicional estatal de forma absoluta.

Pois, em outra mirada esse afastamento não ocorre, várias são as disposições da Lei de Arbitragem que estabelecem o recurso ao Poder Judiciário para resolver situações não abarcadas pelo instituto da Arbitragem, ou até mesmo pelo descumprimento dos preceitos legais por parte do árbitro.

Porém, por permitir o afastamento da atividade estatal - não obstante a edição da Lei de Arbitragem ter representado um marco histórico para o instituto no país - antes mesmo de começar a vigorar, gerara discussão referente à constitucionalidade de tal dispositivo legal, justamente por apresentar, no entendimento de alguns, dissonância com o artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal.

Apesar de anos de discussão, em 2001 o Supremo Tribunal Federal decide pela constitucionalidade, afirmando o Ministro Carlos Velloso, em consonância com o parecer do Procurador Geral da República, que “direito de ação” não significa “dever de ação judicial”. Como a Lei de Arbitragem trata de *direitos patrimoniais disponíveis*, é perfeitamente possível que as partes conflitantes renunciem ao direito de recorrer ao Poder Judiciário. Pois, o que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal preconiza é um direito de ação e não um dever.

A garantia de acesso à justiça não se altera com a convenção de Arbitragem, e tampouco o direito de ação é restringido. Apenas encontra-se diante

de uma segunda via que leva os litigantes a alcançarem um deslinde para a desavença além das estruturas judiciárias estatais, não havendo afronta aos preceitos constitucionais.

Ademais, a complexidade da sociedade contemporânea e a multiplicidade dos conflitos sob as mais variadas conotações clamam por uma justiça estruturada, capaz de responder adequadamente às novas exigências sociais, culturais, políticas e econômicas.

No mesmo sentido, surge a necessidade de garantir maior participação da comunidade ao administrar a justiça, ou seja, é necessário democratizar o acesso a ela. Não apenas através do estabelecimento de múltiplos instrumentos com vista a alcançá-la, mas também através de mecanismos que garantam e permitam a participação efetiva das partes neste processo.

E nesse aspecto, os meios alternativos possuem grande importância, uma vez que, a natureza democrática dos métodos não-estatais reside nas próprias características dos procedimentos nos quais é permitida uma participação mais ativa, pacífica e inclusiva das partes, valorizando o diálogo, o consenso e a responsabilidade das pessoas em conduzir a resolução dos próprios conflitos.

Contudo, a inserção dos mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos numa concepção mais abrangente de acesso à justiça não significa a privatização da justiça ou a exclusão do Estado-juiz no deslinde da controvérsia. Muito se verifica, principalmente quanto às discussões sobre a natureza jurídica da Arbitragem, de parcela da doutrina pautada sob uma perspectiva privatista em enxergar o instituto como instrumento determinado a aniquilar o aparato estatal ou excluí-lo, e ainda os que vislumbram tratar-se de uma política neoliberal de determinados grupos com vista a escapar do controle jurisdicional estatal.

A facilitação ou abertura de novas vias não busca excluir a participação do Estado na solução do litígio ou privar as partes de se socorrerem do Poder Judiciário, antes permite ao jurisdicionados meios adequados para cada tipo de conflito.

O propósito do instituto da Arbitragem é se mostrar uma alternativa eficaz, uma segunda opção à disposição das partes para solucionar os conflitos que lhe são afetos. A cooperação, comunicação e complementaridade entre o Poder Judiciário e a Arbitragem são ações inquestionáveis para efetivar o uso da Arbitragem no Brasil. Deve-se abandonar a ideia de qualquer rivalidade ou concorrência entre os dois sistemas, e ressaltar a visão de que ambos são sistemas paralelos com resultados equivalentes no deslinde do conflito.

No entanto, é imprescindível uma alteração de postura tanto do operador do direito quanto do próprio jurisdicionado no que se refere à inserção efetiva dos meio alternativos como vias de acesso à justiça, exigindo-se uma verdadeira mudança cultural. Mostrando-se imprescindível a formação de uma cultura ou hábito de aplicação dos métodos extrajudiciais.

Pois, o desenvolvimento de uma cultura arbitral se mostra necessário se o objetivo é implementar efetivamente o uso desse mecanismo na sociedade brasileira, facilitar o acesso à justiça e democratizar esse acesso com a garantia de participação das partes conflitantes na resolução da controvérsia.

Por fim, verifica-se que o objetivo primordial da Arbitragem não é privatizar ou terceirizar a justiça como pressupõem alguns, mas se mostrar mais uma via direcionada ao alcance da tão almejada justiça, de soluções próximas à realidade e aos anseios das partes em conflito, servir de mais uma opção para os litigantes resolverem as suas pendências além do Poder Judiciário.

Dessa forma, confirmaram-se as hipóteses levantadas quanto ao problema de pesquisa elaborando, podendo-se considerar que ao se empregar o instituto da Arbitragem não há exclusão da participação do Poder Judiciário, pois certas medidas dentro do procedimento arbitral deverão ser solicitadas ou resolvidas com recurso ao Estado-juiz, ocorrendo o que se pode chamar de complementaridade entre os dois sistemas; bem como, o acesso à Justiça não se resume em acesso ao Poder Judiciário, o novo enfoque de acesso à Justiça é muito mais amplo, contemplando os métodos não estatais de resolução de controvérsias.

Assim, longe do propósito de substituir o Poder Judiciário, o instituto da Arbitragem, verificado numa visão conciliadora com o Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, constitui-se em verdadeira via secundária de acesso à justiça. Numa perspectiva contemporânea, esse instituto ganha espaço junto à jurisdição estatal e passa a ser partícipe ativo na construção de uma justiça mais humana e democrática.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e democracia**: o processo como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. v.III. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ABREU, Pedro Manoel. **Acesso à justiça e juizados especiais**: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

AFONSO DA SILVA, José. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2006.

AGUIAR, Roberto Ramos de. **O que é justiça**: uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1999.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº. 109, jan./mar. 1991.

AMSTUTZ, Jorgelina I. MAZZARANTANI, Elda. PAILLET, Marta N. **Pedagogía de la paz**: construir La convivencia manejando adecuadamente los conflictos. Argentina: Fundación Bica Santa Fe, 2004. Disponível em: <www.pedagogiadelapaz.com.ar>. Acesso em: 10 jul. 2012.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A arbitragem: solução alternativa de conflitos. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Distrito Federal**, n. 2, p. 149-173, maio/ago. 1996, p. 01. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/609>>. Acesso em: 3 jan. 2012.

ANSELMO DE OLIVEIRA, José. A arbitragem e o Poder Judiciário. **Revista da EJUSE**, nº 18, 2013. p. 17-19. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/57669>>. Acesso em: 12. jul. 2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça & efetividade do processo**: a ação monitória é um meio de superação dos obstáculos? 1. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus, 2005.

ARISTÓTELES. **Ética à Nicômaco**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013.

AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem**: o acesso à justiça e a efetividade do processo uma nova proposta. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BACELAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Darlan. **Manual de Direito Processual Civil**: teoria geral e processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Manole, 2007.

BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v. 5, n. 9, p. 104-121, jan/jun. 2002 . Disponível: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/33496>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BERTOLDI, Marcelo M. **Reforma da lei das sociedades anônimas**: comentário à lei 10.303, de 31-10-2001. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

BILBAO, Roberto Dominguez. DAUDER, Silvia García. **Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones**. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos, 2003. Disponível em: <<http://www.fcjs.urjc.es>>. Acesso em: 27 jun. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto. **Thomas Hobbes**. Tradução de Carlos Nélon Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1991.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Constituição de 1937. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em 5 jun. 2013.

BRASIL. Constituição de 1946. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em 5 jun. 2013.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Cúria, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. **Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 5 jun. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho 2ª. Região. Processo trabalhista. Recurso Ordinário nº. 00020549020105020491, da 10ª Turma, Relatora: Sônia Aparecida Gindro. **Consulta a jurisprudência**. Disponível em: <www.trt02.gov.br/pesquisa-jurisprudencia-por-palavra-acordados>. Acesso em: 13 abr. 2013.

CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Traduzido por Douglas Dias Ferreira. 2. ed. v. I. Campinas: Bookseler, 2003.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Das relações entre a arbitragem e o poder judiciário. **Revista brasileira de arbitragem**, ano 2, n. 6. abr./jun. 2005, Porto Alegre, Síntese.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL. **Cartilha**. 3. ed. Advocacia-Geral da União. 2012. Disponível em: <www.agu.gov.br>. Acesso em 10 jun. 2013.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº. 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Traduzido por Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. v. II. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria geral do direito**. Tradução Antônio Carlos Ferreira. São Paulo: Lejus, 1999.

CASELLA, Paulo Borba et al. **Arbitragem**: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional. São Paulo: LTR, 1996.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma del México, 2000. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/41tc.pdf>>. Acesso em: 13 agosto de 2012.

CESAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CICCO, Cláudio. **História do pensamento jurídico e da filosofia e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO,

Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama justiça em números 2010. **Justiça em números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/rel_sintetico_jn2009.pdf>. Acesso em: 11 maio 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Panorama do judiciário brasileiro 2009. **Justiça em números**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-em-numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf>. Acesso em 10 maio 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números 2012. **Justiça em números**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em 11 maio 2013.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em números 2013. **Justiça em números**. p. 298-299. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>. Acesso em: 20 out. 2013.

CORRÊA, Antônio. **Arbitragem no direito brasileiro**: teoria e prática (comentários à Lei n. 9.307, de 23.09.1996). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM E CONCILIAÇÃO AMBIENTAL. **Estatutos**. Disponível em: <<http://iceac.sarenet.es/Castellano/estatutos.html>>. Acesso em: 18.jul.2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu conceito categorial. **Revista Informação Legislativa**. V. 25, nº. 98, p. 127-138, abr/jun. 1988. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/handle/id/181851>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

CRETELLA NETO, José. **Comentários a lei de arbitragem brasileira**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (orgs.). **Direito e transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELGADO, José Augusto. A Arbitragem: direito processual da cidadania. **Revista Jurídica**, São Paulo, ano 49, n. 282, p. 5-18, abr. 2001.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. São Paulo: Atlas, 2009.

DIGESTO DE JUSTINIANO, **líber primus**: introdução ao direito romano. Tradução de Hécio Maciel França Madeira. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERREIRA, J. Mendes. **PAPE - Programa auxiliar de pesquisa estudantil**. V. I. São Paulo: Difusão Cultural.

FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução**: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FRANGETTO, Flávia Witkowski. **Arbitragem ambiental**: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito (inter)nacional? Campinas: Millennium Editora, 2006.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Curso de introdução ao direito**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GARCEZ, José Maria Rossane. **Arbitragem nacional e internacional**: progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GORETTI SANTOS, Ricardo. **Manual de mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris. 2012.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Manual de Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

HINKEL, Mariana. Advogar sem a Justiça. **Revista Visão Jurídica**. São Paulo, n. 16, p. 38-43, 2007.

HÖFFE, Otfried. **O que é Justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

IBGE. População: censo demográfico 2010. **Instituto brasileiro de geografia e estatística**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

KAZUO, Watanabe. Acesso à justiça e sociedade moderna. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; KAZUO, Watanabe. **Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora

Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patryck de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEMOS, Eduardo Manoel. **Arbitragem & conciliação**: reflexões jurídicas para juristas e não-juristas. Brasília: Consulex, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MACIEL, Marco. **Arbitragem e avanço institucional**. 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARCO, Carla Fernanda de. **Arbitragem internacional no Brasil**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

MOLINA, Ligia. Conquista nos números. **Revista da Câmara Brasil-Canadá**, ano 2, n. 12, p. 42-43, dez-jan. 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Código de processo civil comentado e interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MOTTA PINTO, Ana Luiza Baccarat da; SKITNEVSKy, Karin Hlavnicka. **Arbitragem nacional e internacional**: os novos debates e a visão dos jovens arbitralistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. Curitiba: Juruá, 2008.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução de Antonio Carlos Braga, 3. ed. São Paulo: Escala.

OLIVEIRA, Irineu de Souza. **Programa de Direito Romano**. Canoas: Editora ULBRA, 1998.

PINHEIRO, José Ernane et al. **Ética, Justiça e direito**: reflexões sobre a reforma do judiciário. 2. ed. Petrópoles: Vozes, 1997.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito comercial internacional**. Coimbra: Almedina, 2005.

PROJETO DE LEI Nº. 4.827, de 1998. **Câmara dos Deputados**. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=97878&filename=REDACAO+FINAL+-+PL+4827/1998>. Acesso em: 25 maio 2013.

PUGLIESI, Márcio. **Conflito, estratégia, negociação**: o direito e sua teoria. São Paulo: WVC Editora, 2001.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. **Princípios constitucionais do processo**: visão crítica. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1940.

RELATÓRIO VALIDADE, EFICÁCIA E EXISTÊNCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL. **Arbitragem e Poder Judiciário**. Parceria institucional acadêmico-científica Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITOGV) e Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar). p. 29. Disponível em: http://cbar.org.br/PDF/Validade_Eficacia_e_Existencia_da_Convencao_Arbitral.pdf. Acesso em: 10 jun. 2013.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2006.

RISTOW, Edson. **Ética**: função jurisdicional, *due process of Law* e o princípio da razoabilidade. Itajaí: S&T Editores, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria geral do processo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ROMÃO, Jacqueline Moura. CAVALCANTI, Valquíria Soares. KOGAN, Flávia Averbach. **História do Direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 2003.

ROSA, Pérsio Ferreira. Crise, direito do trabalho e arbitragem. **Revista Visão**

Jurídica, São Paulo, n. 35, p. 26, 2009.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALES, Lília Maia de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de resolução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. p. 87. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194916/000865481.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

SANTANA, Maria Aparecida. **Democratização da justiça e arbitragem em espécie**. Belo Horizonte: Líder, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: (lei nº. 9.307, 23.9.96) mudança cultural**. São Paulo: LTR, 2001.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica: manual dos cursos de direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA OLIVEIRA, Rita de Cássia da. Et al. **Sociologia: consensos e conflitos**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2001.

SIMMEL, Georg. **Sociologia**. Tradução: Carlos Alberto Pavanelli et al. São Paulo: Ática, 1983.

SOARES NETO, Júlio. **Direito registral e arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Bolzan de. **Ciência Política e teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TENENBLAT, Fábio. Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, n. 52, p. 23-35, jan./mar. 2011.

THEODOR JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Genesis, ano IV, n. 14, out./dez. 1999.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e poder**: nas instituições e nos valores do público e privado contemporâneos. Barueri: Manole, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. O presente e o futuro da arbitragem no Brasil. **Resultado**, Ano III, nº. 23, p. 16-17, out./nov./dez. 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 10. ed. v. I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito**: interpretação da lei: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.