

Terceira onda e arbitragem: a arbitragem como expoente da autonomia privada e do acesso à justiça

*Renato Horta Rezende**

Resumo

Este artigo trata da incapacidade do Poder Judiciário de, isoladamente, promover o acesso efetivo à justiça, apresentando como hipótese ao problema a releitura do acesso às instâncias desse poder. Para tanto, foram analisados o desenvolvimento histórico, legislativo e jurídico da arbitragem atrelada à autonomia privada como alternativa ao Poder Judiciário, o desenvolvimento histórico e jurídico do acesso à justiça, a abordagem da sua extensão relacionada com a autonomia de vontade e a tensão existente entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição e a autonomia da vontade. A metodologia utilizada compreende a análise indutiva, teórica e qualitativa das bibliografias e legislações pertinentes. Assim, conclui-se que a autonomia de vontade privada é princípio fundamental da arbitragem, que tem o condão de também promover o acesso à justiça de forma satisfatória.

Palavras-chave: Autonomia da vontade. Arbitragem. Alternativa. Acesso à justiça. Evolução.

Introdução

O Estado, detentor do monopólio jurisdicional inserido em um estado democrático de direito, deve criar efetivas possibilidades de acesso universal à justiça no sentido mais amplo, além da vertente formal perante os órgãos jurisdicionais, ou seja, deve reconhecer o acesso à ordem jurídica justa.¹

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i1.5680>

Recebido: 07/01/2016 | Aprovado: 14/03/2016

* Graduado em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna (2004). Advogado inscrito na Seccional Minas Gerais (2005). Professor de Legislação Ambiental, Legislação Acidentária e Previdenciária, de Organizações e Normas Técnicas, Direito Minerário, Direito do Trabalho, Legislação Profissional e Ética no Centro Educacional Betin – Centro Educacional Conceição Ferreira Nunes (2007-2011). Professor de Direito Civil no Curso de Formação de Soldados da Academia da Polícia Militar de Minas Gerais (2014). Mestrando em Direito Público na Fundação Mineira de Educação e Cultura da Fundação Mineira de Educação e Cultura (2015). Árbitro inscrito no Conselho Federal do Juizado Arbitral do Brasil (2015).

¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988,² instituiu o acesso à justiça como direito fundamental, contudo, a leitura desarrazoada do texto constitucional que relaciona o acesso à justiça, exclusivamente, ao direito de petição dirigido ao Estado-juiz, por conceber a justiça como corolário do Poder Judiciário, vai de encontro com o novo enfoque terminado pela terceira onda de acesso à justiça, que Mauro Cappelletti e Bryant Garth percorrem em sua obra *Acesso à justiça*.³

A concepção da justiça desassociada do Poder Judiciário abre caminhos para que a autonomia da vontade também sirva como instrumento para se alcançar o acesso à justiça, alternativo ao Judiciário e ao mesmo tempo harmônico com esse poder.

Uma das alternativas é a arbitragem, regulada nacionalmente pela Lei nº 9.307,⁴ de 23 de setembro de 1996, e pelo Decreto nº 4.311,⁵ de 23 de julho de 2002, que juntamente com a mediação e a conciliação,⁶ essas últimas institucionalizadas ou não, conferem opções outras à escolha da jurisdição estatal, mais próxima, humanizada, célere, justa e vinculada aos interesses das partes.

Dentro das diretrizes apresentadas, este estudo procurou realizar o levantamento das bibliografias e legislações pertinentes, realizando a descrição e a análise do conteúdo teórico de modo a relacionar arbitragem, autonomia privada e acesso à justiça eficiente.

Evolução da arbitragem e a autonomia da vontade

Para que se possa descrever a evolução da arbitragem, é indispensável, primeiramente, que se estabeleça seu conceito, para tanto, destacam-se os termos

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

⁴ BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁵ BRASIL. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF, 24 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

⁶ O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 125/2010, estabeleceu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, criando regras e determinações à instalação de centros judiciários de solução de conflitos e cidadania por meio de conciliação e mediação. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29%20%20-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 3 fev. 2015.

da Lei de Arbitragem⁷ vigente no Brasil, que tem em seus contornos o conceito moderno.

Em exame ao texto normativo, verifica-se que a arbitragem é um método heterogêneo de resolução de conflitos, ou seja, na arbitragem existirá ao menos um terceiro estranho ao conflito escolhido pelas partes, e não pelo Estado, que se obrigam mutuamente por meio de uma convenção para resolver controversas sobre bens patrimoniais disponíveis, cabendo ao árbitro a difícil missão de resolver a lide, tendo a decisão a ser tomada força executiva e vinculante, como uma sentença judicial (arts. 1º, 3º, 13, § 1º e art. 31).⁸

Delimitados os contornos da arbitragem, tem-se por afastado o instituto da autotutela e da autocomposição, métodos autônomos de resolução de conflitos, fundamentados, respectivamente, na força ou na renúncia e concessões, sem a intervenção de terceiros, cuja decisão não é dotada de força executiva.⁹

A arbitragem tem origem remota, que, segundo Rodrigo Bernardes Braga,¹⁰ Adriana dos Santos Silva¹¹ e Ricardo Soares Stersi dos Santos,¹² remonta à Grécia e à Roma antigas, alcançando proteção constitucional na Constituição francesa de 1791.¹³

Os ideais revolucionários franceses, que preconizavam uma liberdade ampla para o indivíduo, sustentavam a autonomia e a capacidade atribuída aos cidadãos para acordarem formas alternativas de resolução de suas controversas independente do Estado-juiz.

⁷ BRASIL, 1996.

⁸ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. [...]”

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. [...]”

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes”. BRASIL, 1996.

⁹ SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005. p. 4-5.

¹⁰ BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 11.

¹¹ SILVA, 2005, p. 11-14.

¹² SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 25.

¹³ “Article 5 – Le droit des citoyens, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif”. Artigo 5 – O direito dos cidadãos de determinar definitivamente suas contestações por via de arbitragem não pode sofrer nenhuma restrição por atos do Poder Legislativo (tradução nossa). FRANÇA. Constituição francesa, de 13 de setembro de 1791. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 17 out. 2015.

A autonomia da vontade privada continuou sendo reverenciada no Código Civil francês de 1804, que atribuía força vinculante aos acordos de vontade, prevalecendo inclusive sobre a lei.¹⁴

A arbitragem na França tornou-se o instrumento ideal de reação contra a aristocracia que compunha as Cortes judiciárias, porém, pouco depois da publicação do Código napoleônico, em 9 de maio de 1806, foi promulgada a lei sobre arbitragem francesa, fundada no positivismo, que desestimulou a utilização do instituto arbitral por causa das rigorosas formalidades impostas,¹⁵ algo que contrariava a liberdade e a autonomia privada ampla, até então desenhadas sobre a Revolução Francesa.

No Brasil, a Constituição Política do Império, de 25 de março de 1824, também fez previsões acerca da possibilidade de nomeação de árbitros pelas partes interessadas para julgarem ações cíveis e penais civilmente intentadas.¹⁶ O Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e o Decreto regulamentador nº 737, de 25 de novembro do mesmo ano, estabeleceram a arbitragem no setor, que poderia se dar de forma compulsória ou facultativa.

A referida legislação consagrou a arbitragem compulsória¹⁷ (necessária) para tratar de inúmeros assuntos relacionados a reparações de danos, termos contratuais, locações, defeitos do negócio jurídico, obrigações, sociedade mercantil e créditos, assim como a arbitragem facultativa (voluntária) para questões relacionadas a seguro.

¹⁴ “Article 134 – Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”. Artigo 134 – Os acordos legalmente constituídos substituem a lei para quem os faz. Os termos acordados só podem ser revogados por mútuo consentimento ou por causas autorizadas por lei. Os acordos prescindem de boa fé (tradução nossa). FRANÇA. *Décreté le 14 ventôse na XI*. Code civil des français. Paris, 1804. Disponível em: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Pdf/Code_1804.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.

“Article 135 – Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature”. Artigo 135 – Os acordos não exigem apenas o que está expressamente previsto, mas também aquilo que dele se espera em razão da equidade, do costume ou da lei em virtude da natureza do negócio (tradução nossa). FRANÇA, 1804.

¹⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 42.

¹⁶ “Artigo 160 – Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes”. BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1894. Rio de Janeiro, Conselho de Estado, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹⁷ Artigos 80, 82, 95, 107, 111, 139, 179, 194, 201, 209, 215, 217, 230, 245, 294 e 619. BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código comercial. CLB, Rio de Janeiro, 25 jun. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

Examinando o decreto regulamentador, mesmo em se tratando de arbitragem necessária, ainda havia reverência à autonomia da vontade das partes envolvidas, pois elas poderiam renunciar ao direito de recurso por meio de convenção que não exigia maiores formalidades,¹⁸ fato que trouxe maior celeridade à resolução do conflito.

Naquele momento, a autonomia da vontade já não contava com a mesma liberdade anterior, tratando-se, nas palavras de Noronha,¹⁹ de uma nova autonomia privada, fundada “na liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possível, os seus interesses”.

O Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867, estabeleceu, pela primeira vez em nosso país, a cláusula compromissória, porém, atribuiu a ela o *status* de *pacto de contrahendo*,²⁰ ou seja, “contrato de execução subordinado à vontade de um ou dos dois contraentes, para que outro produza seus normais efeitos”.²¹

Apesar de proporcionar algum avanço ao instituto da arbitragem, o pacto de *contrahendo* trazia desconfortos, pois:

[...] o interesse prático na realização do pré-contrato, se tem como finalidade impor às partes a obrigação de celebrar novo contrato, seu conteúdo consistiria numa *obrigação de fazer*. Ora, consoante o entendimento dominante, a eficácia das obrigações dessa espécie subordina-se a regra *nemo praecise cogi potest ad factum*. O devedor de prestação de fato não pode ser compelido a cumprir especificamente o prometido. Sua recusa converterá a obrigação de fazer, pois, em obrigação de indenizar. Assim sendo, o pré-contrato perde todo o interesse prático, porque não realiza sua função específica. O contrato futuro, cuja conclusão se procura garantir mediante o *pactum de contrahendo*, somente se concluirá se uma das partes o quiser, eis que é livre para descumprir em se sujeitando ao pagamento de perdas e danos.²²

O *status* de *pacto de contrahendo* atribuído à cláusula compromissória já se mostrava anacrônico por ancorar a arbitragem no formalismo contratual, que

¹⁸ “Artigo 413 – Nos casos em que o Juízo arbitral é necessario (art. 411, § 2º), só é de mister o compromisso, si as partes quizerem desistir dos recursos legaes, ou impor penas convencionaes, bastando sómente nos outros casos a louvação das partes”, BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. CLBR, Rio de Janeiro, 25 nov. 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

¹⁹ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 111.

²⁰ “Art. 9º - A clausula de compromisso, sem a nomeação de árbitros, ou relativa a questões eventuais não vale senão como promessa, e fica dependente para sua perfeição e execução de novo e especial acordo das partes, não só sobre os requisitos do art. 8º senão também sobre as declarações do art. 10”. BRASIL. Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Comércio. CLBR, Rio de Janeiro, 26 jun. 1867. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3900.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

²¹ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Atualizador: Humberto Theodoro Júnior. p. 136.

²² GOMES, 2001, p. 136. Grifo do original.

já nesse período dava lugar ao consensualismo, à força obrigatória e válida dos contratos justificada pela ideia de respeito à palavra voluntariamente dada, independente da forma específica.²³

Influenciados pelas codificações napoleônicas, os ordenamentos romano-germânicos, do século XVIII ao século XIX, foram erguidos sobre a filosofia liberal e positiva que aflorou da Revolução Francesa.²⁴

A ordem pública²⁵ passou a estabelecer maiores barreiras à autonomia da vontade, que, não tendo caráter absoluto, está submetida às limitações contidas no positivado ordenamento jurídico.

No Brasil, a influência napoleônica se fez presente no Código Civil de 1916,²⁶ que também regulou o instituto da arbitragem em seus artigos 1.037 a 1.048, revogando as demais normas que tratavam sobre o tema. A arbitragem estava inserida no Título II, Dos efeitos das obrigações, Capítulo X, Do compromisso, sendo latente a natureza contratual da arbitragem e a autonomia privada.

A regulamentação da arbitragem pelo Código Civil de 1916 manteve o retrocesso imposto ao instituto, pois perpetuou o caráter de *pactum de contrahendo*, anteriormente fixado, assim como a submissão à revisão jurisdicional do laudo arbitral (art. 1.045) e a possibilidade de recurso das decisões arbitrais (art. 1.046), mesmo diante de cláusula “sem recurso” e “pena convencional”.

O acréscimo benéfico ao instituto da arbitragem trazido pelo Código resumia-se à maior amplitude daqueles que podem funcionar como árbitros, “quem quer que tenha a confiança das partes” (art. 1.043), e a atribuição funcional do árbitro aos que são “juízes do fato e direito, não sendo sujeito ou seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes” (art. 1.041). Isso levou o instituto da arbitragem à hibernação, enquanto fora do país a arbitragem se desenvolvia.

²³ “O ponto de partida da história que se passa agora a focalizar é o modelo de contrato enunciado pelo individualismo filosófico e pelo liberalismo econômico, que surgem no século XVIII, triunfam no século XIX e se positivam em valores jurídicos nas codificações francesa e alemã, nas quais se inspirou o nosso Código Civil de 1916. De acordo com este modelo, o formalismo deu lugar ao consensualismo, e a força obrigatória dos contratos passou a ser justificada pela ideia de respeito à palavra voluntariamente dada. O contrato passou então a pressupor tão-somente o consentimento mútuo, sem que uma forma específica fosse (em regra) essencial à sua validade”. NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 24.

²⁴ STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XIX, n. 23, p. 42, jan./dez. 2014.

²⁵ Costa e Pimenta reconhecem a dificuldade em definir-se ordem pública, para quem “[...] não é esta ou aquela regra de Direito, mas sim um conjunto dessas regras, podendo também significar princípios a serem deduzidos pelo julgador ou interessado”. COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/96. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem: lei brasileira e a praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 375.

²⁶ BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

Assevera Stuart²⁷ que, diante das mudanças políticas e ideológicas na economia e na sociedade, o cenário legislativo e jurídico foi alterado, as regras e interpretações legislativas tiveram que se adequar às novas exigências da vida moderna globalizante e atender aos anseios sociais, dentro de um Estado Social.

Em 1923, foi instalada, em Paris, a Câmara de Comércio Internacional (CCI), é quando a França passa a adotar e reconhecer um novo modelo de regime arbitral, direcionado ao comércio exterior e vinculante aos signatários.

Em 1958, foi realizada a Convenção de Nova Iorque, que tratava do reconhecimento e da execução de sentenças arbitrais estrangeiras, convenção da qual o Brasil foi signatário, mais tarde aprovada pelo Congresso Nacional, que promulgou o Decreto nº 4.311, em 23 de julho de 2002.

Na década de 1980, a CCI realizou grandes reformas relacionadas à arbitragem interna e externa na França, e, logo após, em 1985, a Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (Uncitral) editou, em Nova Iorque, lei modelo sobre a arbitragem comercial internacional, que passou a influenciar normas internas de inúmeros países pelo mundo.²⁸

Braga²⁹ argumenta que o papel da autonomia das partes foi reconhecido pela Uncitral como o mais importante princípio a ser observado pelas legislações nacionais ao se estabelecerem regras para a arbitragem. No Brasil, o texto original da Constituição de 1988 já tratava, especificamente, da arbitragem, facultando às partes a possibilidade de, frustrada a negociação coletiva de trabalho, eleger árbitros para solucionar o conflito ou ajuizar dissídio coletivo trabalhista.

Em 11 de setembro de 1990, foi sancionado o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078,³⁰ para proteção e defesa do consumidor com *status* de norma de ordem pública e interesse social. Essa legislação elencou, em rol exemplificativo, as cláusulas abusivas e, portanto, nulas de pleno direito, dentre as quais a imposição compulsória da arbitragem (art. 51, VII). Vale destacar que o CDC não trouxe qualquer inovação para o mundo jurídico, isso porque a arbitragem compulsória no Brasil vigorou curto período de tempo, 1850-1867, sobre matérias restritas fixadas no Código Comercial e no seu decreto regulador, quando então os dispositivos que obrigavam à arbitragem foram afastados pelo Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867.

²⁷ STUART, 2014, p. 50.

²⁸ BRAGA, 2009, p. 12-13.

²⁹ BRAGA, 2009, p. 17-18.

³⁰ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

Ocorre que as restrições à liberdade contratual, intensificadas no início do século XX, reduziram drasticamente a autonomia privada, o que retraiu a capacidade dos contratantes e, em consequência, da própria arbitragem fundada na autonomia da vontade.

A ampliação da arbitragem, assim como seu retorno, após longo período de hibernação, deu-se com a edição da Lei Marco Maciel, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que trouxe grandes avanços e autonomia ao instituto, mantendo o caráter facultativo, afastando qualquer meio compulsório, em revência ao princípio da autonomia da vontade privada e do princípio constitucional da inafastabilidade, já predeterminada no Decreto nº 3.900/1867. Também foram mantidas as possibilidades de julgamento arbitral por equidade ou direito, possibilidades já previstas no Decreto nº 3.900/1867, porém, os métodos de julgamento colocados às partes foram ampliados, abrindo possibilidade para a realização de arbitragem com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Assim como previsto no Código Civil de 1916, a arbitragem estava limitada a direitos relativos ao patrimônio disponível das partes, restando também ampla a possibilidade da escolha do árbitro, que deve ter a confiança das partes e a capacidade civil desejada, ou entidade especializada.

Superado o período inicial de desconfiança³¹ que pairava sobre a Lei Geral de Arbitragem, Lei nº 9.307/1996, em 26 de maio de 2015, ela foi editada pela Lei nº 13.129,³² que promoveu sua adequação e atualização textual; normatizando as tutelas cautelares, a interrupção da prescrição, a possibilidade de sentença arbitral parcial, os efeitos da declaração de nulidade da sentença arbitral e a possibilidade de a administração pública utilizar arbitragens conforme balizas estabelecidas pelo Direito Público.

Mesmo com o avanço, as restrições impostas à autonomia da vontade conduziram o instituto da arbitragem a um papel coadjuvante, como método de resolução de conflitos, criando uma cultura conflituosa, morosa, formalista e dependente da ação estatal jurisdicional.

³¹ O julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, ocorrido em 12 de dezembro de 2001 e publicado em 30 de abril de 2004, encerrou os debates relativos à constitucionalidade das principais inovações da Lei nº 9.307/1996.

³² BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015

Tal cenário acabou por proporcionar injustiças e descontentamentos sociais, destacando a incapacidade do Poder Judiciário de resolver de forma ágil, especializada e confiável os conflitos sociais.

O acesso à justiça e a autonomia da vontade

O acesso garantido pela Constituição de 1988 a todos, independente de qualquer condição financeira, assim como a inafastabilidade jurisdicional, constituem meios de admissão formal ao Poder Judiciário como pacificador social, nos termos do art. 5º, XXXV e LXXIV, sem, contudo, afastar outros meios de se alcançar a justiça.

A possibilidade de acesso formal ao Poder Judiciário não é novidade, já estava presente no Código de Hamurabi³³ e no Código Justiniano.³⁴ No Brasil, o acesso ao Poder Judiciário também tem origem remota, com registro no Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, publicado durante o governo provisório de marechal Deodoro da Fonseca,³⁵ tendo inspiração no princípio da igualdade desenvolvido na Revolução Francesa de 1789.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth,³⁶ em estudo descritivo sobre a evolução do acesso à justiça, classificando-o em “ondas” ou “momentos”, observaram que, inicialmente, nos Estados Liberais, os procedimentos adotados para solução dos litígios estavam fundamentalmente alicerçados na filosofia individualista de acesso formal ao monopólio estatal da justiça, que integra a primeira onda de acesso à justiça.

O acesso à justiça, até então, era visto como um direito natural a ser exercitado formalmente sob a tutela do Poder Judiciário, independentemente da realização da justiça substancial. É importante observar que o objetivo inicial era a busca pela igualdade individual, garantindo a todos o acesso ao Judiciário.

³³ SILVERIO, Karina Peres. O acesso à justiça. *Intertemas*, Presidente Prudente, v. 4, n. 9, 2008. p. 2.

³⁴ LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 111.

³⁵ Art. 175 – Os curadores geraes se encarregarão da defesa dos presos pobres, á requisição do presidente do Jury ou da camara criminal.

“Art. 176 – O Ministro da Justiça é autorizado a organizar uma comissão de patrocínio gratuito dos pobres no crime e cível, ouvindo o Instituto da Ordem dos Advogados, e dando os regimentos necessários”. BRASIL. Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890. Organiza a Justiça no Districto Federal. CLB, Rio de Janeiro, 14 nov. 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 maio 2016.

³⁶ CAPPELLETTI; GARTH, 2002.

No Brasil, já sob o modelo de Estado Social,³⁷ a Lei nº 1.060,³⁸ de 5 de fevereiro de 1950, disciplinou a assistência judiciária (art. 1º) e regulou a justiça gratuita (art. 3º), buscando oferecer acesso substancial ao Poder Judiciário. É importante mencionar que essa legislação não tratou os institutos da assistência judiciária e justiça gratuita com grande precisão técnica, fazendo, muitas vezes, confusão entre eles.

Nesse momento, no Brasil, acreditava-se no monopólio da justiça e na ficção de que o Estado e o Direito seriam capazes de resolver todos os conflitos sociais à revelia de qualquer contribuição privada para solução de divergências civis e realização da justiça.

Tal crença afastou, ainda mais, o convalidado instituto da arbitragem das questões hodiernas e populares, pois, nesse período histórico, seria possível o acesso ao Poder Judiciário de forma gratuita,³⁹ enquanto a arbitragem brasileira tornava-se mais e mais burocrática, complexa, dispendiosa e distante das necessidades sociais e comerciais.

Posteriormente a esse período, com a intensificação da globalização, a produção em massa, o desenvolvimento e a execução dos direitos sociais, segundo Cappelletti e Garth,⁴⁰ o acesso à justiça, ainda restrito ao Poder Judiciário, deixou seu caráter exclusivamente individualista e liberal, presente na primeira onda, e cedeu espaço também às reivindicações sociais, protetivas, coletivas e transindividuais,⁴¹ características da segunda onda de acesso à justiça, assumindo um caráter publicista.

³⁷ Sobre os modelos de Estado, consulte: BRESSER-PEREIRA, Carlos Luiz Gonçalves. *Reforma do Estado para a cidadania*. 2. ed. Brasília: Editora 34, 2002. e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

³⁸ BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

³⁹ “Art. 4º – A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.” BRASIL. Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com as alterações posteriores, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, 1950. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7510.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

⁴⁰ CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8-12.

⁴¹ “Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;” BRASIL, 1990.

Compatíveis entre si, a primeira assim como a segunda onda foram desenvolvidas tanto no Brasil como em outros países.⁴²

Mesmo proclamando um sistema moderno, a primeira e a segunda ondas renovatórias de acesso à justiça não foram suficientes para garantir, efetivamente, igualdade individual socialmente justa e acessível a todos, o que trouxe descrédito ao judiciário e insatisfação aos cidadãos.⁴³

Isso ocorreu porque o instrumento posto à disposição da jurisdição gerou conflitos, sendo ainda substancialmente burocrático e moroso. Tudo isso, somado à cultura demandista atual e à incapacidade técnica de prolatar decisões com a mesma velocidade que os processos são distribuídos,⁴⁴ causa descrédito ao Poder Judiciário.

Diante do cenário descrito, a terceira onda de acesso à justiça ampliou o conceito de justiça, pois os movimentos anteriores a concebiam como corolário do Poder Judiciário, porém, como descrevem Cappelletti e Garth,⁴⁵ o terceiro movimento “centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”.

A Constituição de 1988, ao abordar o tema,⁴⁶ tratou da assistência jurídica integral e da justiça gratuita estabelecendo dicotomia entre os institutos, os quais foram desenvolvidos por leis infraconstitucionais, como a Lei nº 7.210, de

⁴² Art. 20 da Constituição portuguesa. PORTUGUAL. Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 24 out. 2015; Portaria interministerial portuguesa nº 1.085, de 31 de agosto de 2004; Diretiva nº 8, de 27 de janeiro de 2003, da Comunidade Europeia, que trata da justiça gratuita; Lei nº 29, de 22 de agosto de 1981, revogada pela Lei nº 24, de 31 de julho de 1996, ambas tratam do Código de Defesa do Consumidor português. PORTUGAL. Lei nº 24, de 31 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 24 out. 2015; Decreto nº 62.978, de 11 de julho de 1968, trata da convenção sobre Assistência Judiciária Gratuita entre Brasil e Argentina.

⁴³ CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 8-12.

⁴⁴ “De julho de 2012 a abril de 2014, foram distribuídos 5.159.999 feitos, no Poder Judiciário de Minas Gerais, e realizados 3.787.314 julgamentos, o que representa um índice de mais 73%. No acervo, havia ainda 6.005.653 feitos (dados fechados em abril/2014). Esses números englobam a 2ª Instância, a Justiça Comum de 1ª Instância, os Juizados Especiais e suas Turmas Recursais” MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relatório de Gestão 2012/2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/relatorios-e-demonstrativos/relatorio-de-gestao-2012-2014>>. Acesso em: 9 fev. 2015.

⁴⁵ CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 67.

⁴⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. BRASIL, 1988.

11 de julho de 1984, com redação alterada pela Lei nº 12.313, de 19 de agosto de 2010, e o art. 19 do Código de Processo Civil.

Ao lado da justiça gratuita, já presente no sistema jurídico, também foi agraciada a assistência jurídica integral, que é mais ampla, diferente da assistência judiciária definida no art. 1º da Lei nº 1.060/1950, não se resumindo aos atos judiciais e ao acesso ao Poder Judiciário, mas, sim, à assistência a todos os atos jurídicos do Poder Judiciário ou fora desse, o que determinou a inserção de mecanismos privados e extrajudiciais na pauta das discussões a respeito do acesso à justiça.

Lima Filho⁴⁷ tratou do assunto, explicando que:

A ‘terceira onda’ do movimento de acesso à justiça partiu do relativo sucesso obtido pelas reformas anteriores [...] seu objeto tem sido a mudança dos procedimentos judiciais em geral, para tornar esses direitos realmente exequíveis. Nesse quadro, tanto se tenta caminhar na reforma dos tribunais regulares, quanto se têm produzido alternativas mais rápidas e menos dispendiosas – como são as do juízo arbitral, da conciliação, dos “centros de justiça de vizinhança” e dos acordos por incentivos econômicos – para a prevenção ou tratamento de alguns tipos de litígios, ampliando-se com isso, as relações entre o Judiciário e o conjunto da população, bem como se expõe o tecido da sociabilidade à intervenção do direito, seus procedimentos e intervenções.

O alcance à justiça não estaria mais condicionado ao acionamento do Poder Judiciário, tendo sido reconhecida a emancipação do cidadão, que, por meio de instrumentos privados ou públicos, poderia solucionar controvérsias de forma justa sem, necessariamente, submeter-se ao Judiciário e ao sistema conflituoso jurisdicional.

Assim, à luz da norma constitucional, a justiça não seria mais um objeto maleável nas mãos de um segmento, mas um conceito fundado na igualdade e passível de ser construído também pelos próprios envolvidos na celeuma, de forma particularizada e mais adequada aos conflitos específicos.

A autonomia da vontade capaz de afastar a jurisdição estatal

Logo após a publicação da Lei Geral de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), surgiram alguns questionamentos sobre a constitucionalidade de seus principais institutos inovadores. Somente após julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de forma incidental, do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira

⁴⁷ LIMA FILHO, 2003, p. 255.

nº 5.206-7,⁴⁸ em 12 de dezembro de 2001, e publicado em 30 de abril de 2004, encerrando, temporariamente,⁴⁹ esses debates relativos à constitucionalidade das principais inovações dessa legislação.

Na ação judicial que pretendia a homologação de sentença arbitral estrangeira, o ministro José Carlos Moreira Alves levantou o incidente de inconstitucionalidade da nova Lei nº 9.307/1996, argumentando, com foco no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição de 1988: “Trata-se de problema delicado, pois

⁴⁸ EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua consequente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de “guarda da Constituição” - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

⁴⁹ Em 31 de outubro de 2001, foi publicada a Lei nº 10.303, que altera e acrescenta dispositivos à Lei de Sociedades por Ações e à Lei de Mercado de Valores Mobiliários. Dentre as criações da referida lei, foi acrescida ao art. 109 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o parágrafo 3º, que possibilita o estabelecimento em estatuto societário a previsão de submissão à arbitragem para dirimir divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários. A faculdade concebida na recente norma trouxe novo desconforto ao meio jurídico, pois tornaria compulsória a adesão à arbitragem para os acionistas novos, ausentes, dissidentes e administradores, fato este contrário ao princípio da autonomia da vontade privada, que levanta novamente discussões acerca da constitucionalidade em razão do afastamento do princípio da intangibilidade ou universalidade, contido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.

pode envolver a questão da renúncia de direito fundamental, que, em princípio, são irrenunciáveis por sua própria natureza”.⁵⁰

A irrenunciabilidade noticiada pelo referido ministro foi, inclusive, enumerada como característica dos direitos fundamentais na 16ª Sessão do Comitê Administrativo de Coordenação do Sistema das Nações Unidas e Direitos.⁵¹

Contudo, o ministro Carlos Mário da Silva Velloso, em seu voto condutor, aduziu que o direito contido no inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição, seria negativo, direito de primeira geração,⁵² dirigido ao legislador, e não ao cidadão:

[...] é dizer: este não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Entretanto, a Constituição não estabelece que as pessoas não poderão excluir os seus litígios da apreciação do Judiciário. Ora, se a parte pode transacionar em torno de seus direitos substanciais, podendo, inclusive, desistir da ação que está promovendo, não me parece razoável, data vênua, a afirmativa de ser atentatório à Constituição, art. 5º, XXXV, desistir a pessoa, física ou jurídica, do direito instrumental, mediante cláusula compromissória, tratando-se de direitos patrimoniais disponíveis.

Observa-se que a interpretação apresentada pelo STF coloca em evidente destaque a emancipação individual guiada pela autonomia da vontade privada, capaz de adequar e trazer a melhor interpretação do texto constitucional, estabelecendo que a justiça não está restrita ao Poder Judiciário, deixando de ser objeto, para ser compreendida como um conceito.

A decisão do STF enfrentou o aparente conflito entre o princípio da autonomia privada consubstanciado na liberdade individual e o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

É importante observar que o STF, aplicando os ensinamentos de Robert Alexy,⁵³ não afastou completamente a aplicação de qualquer dos princípios apa-

⁵⁰ Proposta de divergência apresentada em 10 de outubro de 1996.

⁵¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 549.

⁵² Apesar das críticas à classificação geracional, neste estudo, optou-se pela categorização dos direitos fundamentais em gerações, por ter maior difusão e por representar, mais que modelos filosóficos ou dogmáticos, o resultado de lutas humanas históricas, *in casu*, pela igualdade e liberdade. Sampaio também optou por essa categorização em sua obra. SAMPAIO, 2013, p. 579.

⁵³ “En tanto mandados de optimización, los principios son normas que ordenan algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que pueden ser satisfechos en grados diferentes y que la medida ordenada de su satisfacción depende no solo de las posibilidades fácticas sino jurídicas, que están determinadas no solo por reglas sino también, esencialmente, por los principios opuestos”. E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas, mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos (tradução nossa). ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. p. 162.

rentemente conflituosos no caso concreto, buscando, muito antes pelo contrário, a realização de ambos na maior medida possível, sem, contudo, olvidar em qual classificação histórica geracional os princípios analisados estavam compreendidos.

Amadurecimento jurisprudencial estatal e sua importância para o desenvolvimento da arbitragem no Brasil

O reconhecimento da autonomia da vontade como instrumento a afastar a jurisdição⁵⁴ estatal não retira completamente o Poder Judiciário do cenário arbitral, em virtude da ausência do poder de coação e da atividade executória não atribuída aos árbitros, justamente por não pertencerem às partes.

A análise da Lei de Arbitragem brasileira deixa clara a intensão do legislador em conceber forma alternativa ao Poder Judiciário para resolução de conflitos fundada na autonomia de vontade, sem afastar, contudo, definitivamente o Poder estatal do litígio, mesmo em casos tratados pelo juízo arbitral, como se depreende dos artigos 7º, 11, Parágrafo único, 22, § 2º, 22-A, *caput*, e 31, da Lei de Arbitragem. Assim sendo, é forçoso afirmar que a relação existente entre o Poder Judiciário e o instituto da arbitragem é de harmonia e cooperação, devendo buscar a completude, e não a concorrência.

Mesmo diante dos procedimentos diversos entre o Poder Judiciário e a justiça arbitral, não há concorrência ou rivalidade entre o poder estatal e a arbitragem, cada um tem seu espaço bem definido no ordenamento jurídico.⁵⁵ Superadas as principais controvérsias de âmbito constitucional por meio do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7, julgado pelo pleno do STF, há resistência ao instituto arbitral.

⁵⁴ Há grande controvérsia entre os autores acerca da natureza da arbitragem, acreditando alguns tratar-se de natureza jurisdicional, como: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 45-46; DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007. v. 1. p. 52; embora haja outros que pensam de forma contrária, como: BRAGA, 2009, p. 32-37.

⁵⁵ SILVA, 2005, p. 215.

Ainda que seja vedado ao magistrado o conhecimento de ofício, nos termos do § 4º do art. 301 do Código Processual Civil,⁵⁶ instituída a convenção de arbitragem, independentemente se por cláusula compromissória cheia ou vazia, tem-se por afastada a jurisdição estatal pelo princípio da autonomia da vontade privada,⁵⁷ bastando a arguição pelo requerido no juízo para que se reconheça a incompetência estatal, como, por reiteradas vezes, já se pronunciou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (1.0481.13.007365-5/002;⁵⁸ 1.0003.09.030538-8/001; 1.0024.07.549724-8/001; 1.0702.04.169908-4/001; 1.0024.04.520866-7/001; 1.0024.03.147645-0/001).

O reconhecimento pelo Poder Judiciário da autonomia da vontade privada capaz de afastar a competência estatal da análise do mérito de conflitos regidos sob a égide da convenção de arbitragem fortalece o instituto arbitral e imprime resistência à cultura inconsciente e coletiva da busca do paternalismo estatal para a solução de todas as mazelas da sociedade, tendência que até então era incentivada pelo próprio Estado, como forma de manutenção do poder.⁵⁹

⁵⁶ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS E REPARAÇÃO DE DANOS - EXTINÇÃO - COMPROMISSO ARBITRAL - CONHECIMENTO DE OFÍCIO - IMPOSSIBILIDADE - SENTENÇA CASSADA. O "compromisso arbitral" e a "cláusula compromissória", espécies do gênero "convenção de arbitragem", não estão incluídas entre as matérias de ordem pública elencadas no art. 301 do CPC, que podem ser conhecidas de ofício pelo juízo, razão pela qual deve ser cassada a sentença que conheceu e extinguiu o feito, sem julgamento do mérito, pelo simples fato de haver sido a arbitragem convencionalizada no contrato celebrado entre as partes. Apelação. 1.0024.10.251057-5/001. Des. Rel. João Cancio da 18ª CCiv do Eg. TJMG. DJe 21 de agosto de 2014.

⁵⁷ PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL. 1. A atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral. 2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que reputa injusta. 3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da arbitragem que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a proliferação de decisões conflitantes. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral. Conflito de Competência 111230/DF, Min. Rel. Nancy Andrighi da 2ª Seção do E. STJ, DJe 03/04/2014.

⁵⁸ AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE SOCIEDADE DE ADVOGADOS - CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM - AUTONOMIA DA VONTADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. 1. Se o juízo arbitral foi eleito para a análise de toda e qualquer questão relativa ao contrato firmado, não cabe ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário. 2. Embora a sociedade não tenha sido devidamente registrada junto à Ordem dos Advogados, tal vício não macula a autonomia da vontade manifestada na cláusula que convencionou a arbitragem. 3. Recurso a que se dá provimento. Agravo de Instrumento. 1.0481.13.007365-5/002, Des. Rel. Wagner Wilson da 16ª CCiv do Eg. TJMG, DJe 07 de julho de 2014.

⁵⁹ Cf. SILVA, 2005.

A cooperação mútua entre o Poder Judiciário e a arbitragem é o meio escolhido pelo legislador como alternativa às dificuldades enfrentadas pelo cidadão na busca do efetivo acesso à justiça, razão pela qual o amadurecimento e reconhecimento do Poder estatal são fundamentais para evolução e popularização do instituto arbitral.

Conclusão

O instituto da arbitragem remonta aos tempos antigos, vindo a alcançar proteção constitucional na França em 1791, juntamente com os ideais da Revolução Francesa. No Brasil, a arbitragem mereceu guarida constitucional na Constituição Política de 1824.

Contudo, em defesa da ordem pública, a autonomia da vontade foi tornando-se cada vez mais limitada, e a arbitragem foi se distanciando da vida prática em virtude de barreiras, restrições e desvantagens impostas ao instituto.

Os movimentos históricos de acesso à justiça foram determinantes para o desenvolvimento ou retrocesso da arbitragem, enquanto a primeira e a segunda ondas atribuíram ao Poder Judiciário o *status* de sinônimo de justiça, a arbitragem foi se afastando do cotidiano das pessoas comuns, que passaram a enxergar o Judiciário como fonte única de justiça.

Entretanto, as limitações estruturais e provenientes da própria natureza do Judiciário, somadas à crescente cultura demandista, afloraram a incapacidade do poder jurisdicional de solucionar, de forma eficiente e satisfatória, todos os conflitos levados ao seu crivo.

Em virtude desses fatos, a terceira onda de acesso à justiça ampliou o conceito de justiça, retirando-a do monopólio do Poder Judiciário, o que serviu de supedâneo para a edição da Lei nº 9.703/1996, que instaura maior autonomia à arbitragem e consagra o reconhecimento estatal da emancipação privada constituída na possibilidade de as partes, previamente ou mesmo após instaladas as controvérsias, resolverem celeumas conforme critérios escolhidos livremente, objetivando alcançar a justiça por meio da autonomia privada.

O reconhecimento da possibilidade de se ter acesso à justiça também por meio da autonomia privada estampa a emancipação individual, tanto das partes que optam por convencionarem critérios específicos para resolução dos conflitos como dos árbitros que exercem o encargo de forma privada, porém investidos pela confiança das partes de prerrogativas jurisdicionais pontuais.

O reconhecimento estatal do alcance à justiça por meios alternativos fundados na autonomia de vontade garante executividade às decisões definidas na arbitragem, dando segurança jurídica e efetividade às decisões e acesso substancial à justiça.

Third wave and arbitration: arbitration as exponent of private autonomy and access to justice

Abstract

The article dealing with the Judiciary incapacity to singly promote effective access to justice, presenting the hypothesis to the problem the reinterpretation of access to justice. Thus, we analyse the historical, legislative and legal development of arbitration related to the private autonomy as an alternative to the Judiciary; the historical and legal development of the access to justice and the approach of its extension related to freedom of choice; and the tension between the constitutional principles of jurisdiction and freedom of choice. The methodology comprises the inductive, theoretical and qualitative analysis of bibliographies and relevant legislation, concluding that private will autonomy is a fundamental principle of arbitration, which also has the rule to promote access to justice satisfactorily.

Keywords: Freedom of choice. Arbitration. Alternative. Access to justice. Evolution.

Referências

- ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997. 208 p.
- BRAGA, Rodrigo Bernardes. *Teoria e prática da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 70, de 18 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/resolucao-n-70>>. Acesso em: 3 fev. 2015.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29%20%20-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 3 fev. 2015.
- _____. Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Rio de Janeiro, Conselho de Estado, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.
- _____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.
- _____. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890. Organiza a Justiça no Distrito Federal. Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1030-14-novembro-1890-505536-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Comércio. Rio de Janeiro, 1867. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM3900.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 17 maio 1996.

_____. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código comercial. Rio de Janeiro, 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0556-1850.htm>. Acesso em: 17 out. 2015.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1060.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 maio 2016.

_____. Lei nº 7.510, de 4 de julho de 1986. Dá nova redação a dispositivos da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, com as alterações posteriores, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Brasília, DF, 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7510.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a Arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 17 maio 1996.

_____. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00029 EMENT VOL-02149-06 PP-00958.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.

- _____. *Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/1996*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COSTA, José Augusto Fontoura; PIMENTA, Rafaela Lacôrte Vitale. Ordem pública na Lei 9.307/1996. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Arbitragem – lei brasileira e a praxe internacional*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 187-196.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2007. V. 1.
- FRANÇA. Constituição francesa, de 13 de setembro de 1791. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html>>. Acesso em: 17 out. 2015.
- _____. *Décreté le 14 ventôse na XI*. Code civil des français. Paris, 1804. Disponível em: <http://droitromain.upmf-grenoble.fr/Pdf/Code_1804.pdf>. Acesso em: 17 maio 2016.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. Atualizado por Humberto Theodoro Júnior.
- LIMA FILHO, Francisco das Chagas. *Acesso à justiça e os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Relatório de Gestão 2012/2014. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/transparencia/relatorios-e-demonstrativos/relatorio-de-gestao-2012-2014>>. Acesso em: 9 fev. 2015.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- PORTUGUAL. Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 24 out. 2015.
- _____. Lei nº 24, de 31 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=726&tabela=leis>. Acesso em: 24 out. 2015.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Noções gerais de arbitragem*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 25
- SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005.
- SILVERIO, Karina Peres. O acesso à justiça. *Intertemas*, Presidente Prudente, v. 4, n. 9, 2008.
- STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. *Revista Paradigma*, Ribeirão Preto, a. XIX, n. 23, p. 41-57, jan./dez. 2014.