



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

CAMILA POSSARI

**ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO DO
CONSUMIDOR.**

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

CAMILA POSSARI

**ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO DO
CONSUMIDOR**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

**Orientanda: Camila Possari
Orientador: Gerson José Beneli**

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

P856a POSSARI, Camila
Arbitragem no direito do trabalho e direito do consumidor /
Camila Possari. -- Assis, 2017.

87p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educa-
cional do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms. Gerson José Beneli

1.Arbitragem 2.Direito-trabalho 3.Direito-consumidor

CDD 342.6642

ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO E DIREITO DO CONSUMIDOR

CAMILA POSSARI

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis, como requisito do Curso de Graduação, avaliado pela seguinte comissão examinadora:

Orientador: _____
Gerson José Beneli

Examinador: _____
Gisele Spera Máximo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a minha família, que me ensinou, que a única coisa verdadeiramente nossa, é o que aprendemos ao longo da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me dado a vida e permitir que eu trilhasse esta trajetória.

Agradeço ao meu orientador Gerson José Beneli por toda ajuda e orientação oferecida, e também a todos os demais professores da Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, por possibilitarem meu crescimento intelectual, através da transmissão de seus conhecimentos.

Especialmente, agradeço aos meus pais e aos meus irmãos pela paciência durante estes anos de estudo, pelo incentivo, amor, companheirismo, pela educação que me proporcionaram e por serem sempre presentes.

Agradeço ao meu marido pelo suporte, apoio, compreensão e por me fazer rir mesmo quando não achei que seria possível.

Por fim, agradeço aos meus amigos do curso de Direito da FEMA, por toda a amizade, companheirismo, paciência e pelo apoio que sempre me ofereceram.

A arbitragem vive da confiança, o judiciário da
obediência. (Rui Barbosa)

RESUMO

Ao notarmos que as demandas processuais apenas aumentam, enquanto que o número de magistrados disponíveis diminui e que os gastos envolvendo os valores judiciais demonstram quão custoso e demorado é movimentar a máquina pública, se discute o cabimento da arbitragem envolvendo o Direito do Trabalho e Direito do Consumidor, já salientando que ambas estão entre as áreas do direito com maior número de ações no sistema Judiciário.

Palavras-chave: Arbitragem, Direito do Trabalho, Direito do Consumidor

ABSTRACT

As we note that the procedural demands only increase while the number of available judges decreases and that the expenses involving the judicial values demonstrate how costly and time consuming this procedure is. It is discussed whether arbitration involving Labor Law and Consumer Law is appropriate, pointing out that both are among the areas of law with the highest number of actions in the Judiciary system.

Keywords: Arbitration, Consumer Law, Labor Law

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 Assuntos mais demandados no Poder Judiciário	57
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 Movimento Processual 2014.....	16
---	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CJN	Conselho Nacional de Justiça
CDC	Código do Consumidor
Art.	Artigo
LArb	Lei de Arbitragem

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	14
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO	19
2.1. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS.....	21
2.2. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	23
2.3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO.....	24
2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....	29
2.5. PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM.....	31
2.5.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	31
2.5.2. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS	35
3. LEI DE ARBITRAGEM.....	43
3.1. CONCEITO	43
3.2. NATUREZA JURÍDICA	45
3.3. PANORAMA HISTÓRICO.....	47
3.4. PANORAMA DA ARBITRAGEM BRASILEIRA.....	49
3.5. LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL	51
3.5.1. Lei nº 9307/96	51
4. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO E NO DIREITO DO CONSUMIDOR.	54
4.1. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL ..	54
4.2. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO	61
5. CONCLUSÃO	65
6. ANEXO.....	74

1. INTRODUÇÃO

O homem, almejando a resolução dos conflitos cotidianos busca sempre aprimorar seus métodos para alcançar seu objetivo da forma mais eficiente e eficaz, onde o direito e sua aplicação participam em parceria, buscando o bem comum por meios legais.

“Com a progressiva internacionalização das relações comerciais, o instituto da arbitragem, anteriormente previsto nos arts. 1037 a 1048 do Código Civil e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil, deve proporcionar aos contratantes a garantia de que seus eventuais litígios sejam solucionados por pessoas com conhecimento na matéria objeto da controvérsia, com sigilo, rapidez e eficiência.”¹

Analisando este propósito devemos caracterizar a arbitragem como um meio de solução de litígios, representação rápida e eficaz de resolução de pendências judiciais, em que as sentenças resultantes do processo de arbitragem têm força de sentença judicial, ressaltando que o consenso das partes prevalece sobre as regras Estatais.

A Arbitragem pela celeridade, pela especialidade dos árbitros, pela confidencialidade, segurança ou ainda pela flexibilidade das provas encontrou respaldo e terreno fértil no ambiente de negócios do Brasil, com amplo apoio do Poder Judiciário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse instituto e deu segurança jurídica às partes que elegiam e elegem esse método de discussão de controvérsias.

Como para Carlos Alberto Carmona,

“A arbitragem – 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 a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”²

As partes selecionam um terceiro para analisar a pendência, e que irá impor sua decisão, devendo esta ser cumprida em direção a uma solução pacífica. Representação rápida e eficaz de resolução de litígios, os árbitros, procedendo de forma imparcial, independente, discreta e competente, decidirão de forma célere as demandas, sendo estas justas, fundamentadas na língua a ser escolhida e no local proferido.

¹ SANT'ANNA Valéria Maria. Arbitragem – Comentários a Lei n. 9307 de 23-9-96. São Paulo: Ed. Edipro, 1997. Pág. 11.

² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº. 9307/96. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. Pág. 04.

“Trata-se de um meio alternativo de solução de controvérsias que visem sobre os direitos disponíveis, nos quais as partes excluem a possibilidade de julgamento pelo Poder Judiciário e entregam a um árbitro de confiança” (BENELI, 2002) ³

Por meio de dados informados pelo Conselho Nacional de Justiça em 2015, 103,1 milhões de processos judiciais tramitariam no país, sendo assim um processo a cada dois brasileiros, que por meio da associação há de se convir que para que haja o processo é necessário que as partes sejam compostas e desta forma haveria processos para que toda a população do Brasil participasse, mas quando na realidade o maior litigante é o poder público.

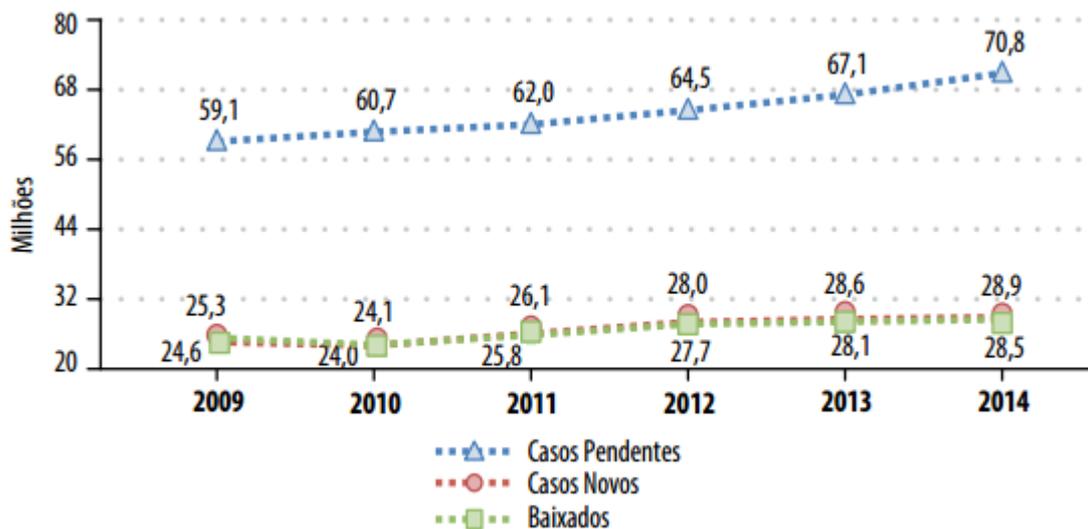


Gráfico 1 Série Histórica da Movimentação Processual. ⁴
Fonte: Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 2014. Justiça em Números 2015

Divulgados também pelo CNJ que 15% dentre 23,7 milhões de ações que ingressaram na Justiça se referem à matéria tributária, previdenciária ou de Direito Público, vertentes que se relacionam em níveis federal, estadual e municipal da administração pública.

Devemos considerar também que encontramos grandes entraves no ramo estadual, em que de 96 milhões de casos em tramitação contabilizados pela Justiça *em Números*, 77 milhões se referem à Justiça Estadual (80% do total), da mesma forma que oito em cada

³ BENELI, Gerson José. A arbitragem e os princípios norteadores dos arts. 18 a 28 da Lei 9307/96. 2002. 206 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade de Marília. Marília 2002.

⁴ Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 2014. Justiça em Números 2015: Ano-Base 2014. Brasília: Departamento de Pesquisas Judiciárias, Conselho Nacional de Justiça.

dez processos iniciados se referem a este nível. No âmbito Federal e do Trabalho apenas 9% dos processos se referem a cada uma destas áreas.

Movimento Processual 2014			
	Casos novos	Pendentes	Em tramitação
Justiça Estadual	20.141.982	57.206.736	77.348.718
Justiça Federal	405.021	8.484.488	8.889.509
Justiça do Trabalho	3.990.500	4.396.590	8.387.090
Tribunais Superiores	578.844	624.008	1.202.852
Justiça Eleitoral	109.059	110.826	219.885
Supremo	57.799	67.052	124.851
Justiça Militar	6.257	5.939	12.196
Total	25.289.462	70.895.639	96.185.101

Tabela 1 Movimento Processual 2014
Fonte: Levantamento do IPEA divulgado em Set/2015

Além de comprovado o excesso de demanda que sobrecarrega o sistema judiciário envolvendo questões da administração pública, em 2014 apenas 17mil dos 22.451 cargos de magistrados previstos pelo Judiciário Brasileiro estavam preenchidos da forma correta, havendo a vacância de 5.5mil (21,8%) juízes. Em atividade temos 11,6 mil (68,7%) atuavam na Justiça Estadual, 3,4 mil na Justiça do Trabalho e 1,7 mil na Justiça Federal.

A segunda instância ocupa 2.190 desembargadores, enquanto a primeira é atendida por 14,5 mil juízes. O Judiciário conta ainda com 278 mil servidores efetivos e 139 mil terceirizados.⁵

Assim podemos perceber que quando se fala em judiciário sobrecarregado não é apenas pelo enorme e crescente número de litígios, mas inclusive na diminuição de magistrados para lidarem com eles, isso se tratando de número de magistrados comparado ao crescente número de processos que são iniciados, exigindo ainda mais dos profissionais em atividade.

Ao analisar a custa que envolve o processo nota-se que quase metade das despesas está relacionada à Justiça Estadual (R\$ 37,6 bilhões), sendo 20,8% da Justiça do

⁵ Dado divulgado pelo IPEA em 2014

Trabalho (R\$ 14,3 bilhões) e 12,7% da Justiça Federal (R\$ 8,7 bilhões). Já a Justiça Eleitoral é responsável por 7% dos gastos (R\$ 4,7 bilhões) e os tribunais superiores, por 4,3% (R\$ 2,9 bilhões).

Mesmo que os cofres públicos tenham recebido, em decorrência da atividade jurisdicional, durante o ano de 2014, cerca de R\$ 26,9 bilhões, o que representou um retorno financeiro da ordem de 39,4% do total das despesas efetuadas, além das resoluções de créditos e solução de conflitos na esfera privada, ainda é demonstrado pelo gráfico abaixo, que o retorno financeiro está diminuindo em comparação ao aumento da expressiva despesa do Poder Judiciário.

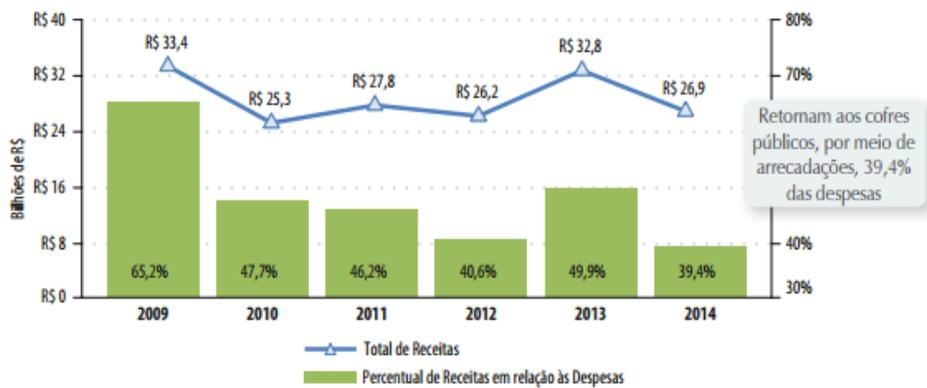


Gráfico 2 Arrecadação do Poder Judiciário ⁶

Fonte: Justiça em Números – Conselho Nacional de Justiça, 2014. Brasília. 2015

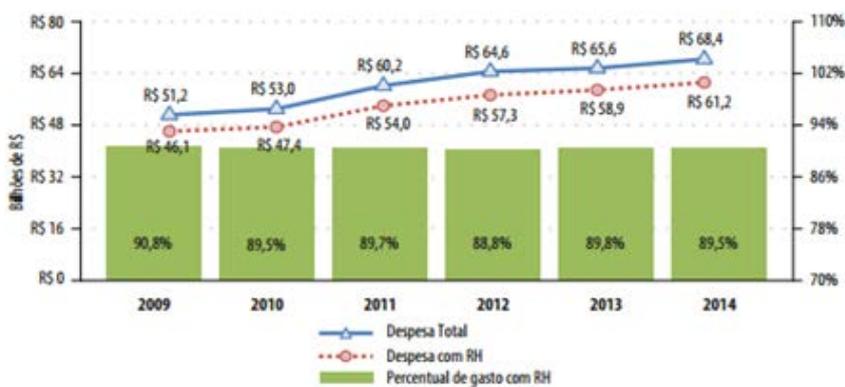


Gráfico 3 Série Histórica das Despesas do Poder Judiciário ⁷

De acordo com os dados supracitados há a diminuição da arrecadação comparada ao aumento nos gastos para a movimentação da máquina pública, desta forma, este trabalho

⁶ Justiça em Números – Conselho Nacional de Justiça, 2014. Brasília. 2015

⁷ Justiça em Números – Conselho Nacional de Justiça, 2014. Brasília. 2015

tem como objetivo analisar se há a possibilidade de utilizar a arbitragem como ferramenta para a resolução de litígios no âmbito do Direito do Trabalho e Direito do Consumidor considerando os princípios e a Legislação vigente em ambas as áreas e que discorreremos a seguir.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO

Iniciamos a análise da possibilidade do uso da arbitragem para a resolução de conflito no âmbito do direito trabalhista e do direito do consumidor, compreendendo os princípios, que são os pilares do Direito, e se há a concordância entre eles nas áreas supracitadas.

Os princípios ao mesmo tempo fundamentam o sistema, o caminho a ser trilhado, e o fim a ser alcançado. Dentre as conceituações tradicionais encontramos a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que define como sendo:

“Princípio é, por definição, 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”

Ou, ainda, no entendimento de Carmem Lúcia Antunes Rocha que define que “o princípio é o verbo”. As simples, porém, precisas palavras de Geraldo Ataliba conseguem transmitir toda carga de importância do que vem a serem os princípios, pois para ele "os princípios são a chave e essência de todo direito; não há direito sem princípios." Qualquer que seja a conceituação percebe-se a sua importância para o ordenamento jurídico.

Para Genaro Carrio,

Princípio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de um Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo dominante, la razón informadora del Derecho [*ratio juris*], aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan con aquélla em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan⁸⁹

Longe da pretensão de conceituar princípio, há que se destacar, entretanto, de início, que o sentido e o alcance das expressões do Direito, sempre que possível e/ou sempre que necessário for, merecem ser interpretadas e efetivadas através da efetiva aplicação do

⁸ CARRIÓ, Genaro. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33

⁹ Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das singulares disposições de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo o Direito positivo. O princípio representa o mais alto sentido de uma lei ou instituição de Direito, o motivo determinante, a razão informadora do Direito [*ratio juris*], aquela ideia cardinal abaixo da qual abrigam e pela qual se explicam os preceitos particulares explicam os preceitos particulares, a tal ponto, que estes se relacionam com aquela na própria relação lógica que a consequência ao princípio de onde se derivam. " (Tradução livre)

princípio jurídico, o qual, enquanto viga mestra de sustentação de todo o seu arcabouço, lhe enseja harmonia, coesão e coerência.

“Chegamos à concepção de que o princípio – sua ideia ou conceituação – vem a ser a fonte, o ponto de partida que devemos seguir em todo o percurso; ao mesmo tempo em que é o início, também é o meio a ser percorrido e o fim a ser atingido. Desta forma, todo o ordenamento jurídico deve estar de acordo com os princípios, pois só eles permitem que o próprio ordenamento se sustente, se mantenha e desenvolva.¹⁰”

Devemos considerar que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas como descrito a seguir,

“À dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema¹¹” (BARROSO, 1998).

Para De Plácido e Silva,

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito¹².

Para Miguel Reale princípios são

Verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis¹³.

Conceitua-se a norma jurídica independente se for infraconstitucional ou constitucional como ferramenta pela qual se positiva o princípio jurídico, se for positivado pode estar de forma implícita ou não no mesmo, podendo estes pilares do direito ter conexões com outras fontes legais além da lei em si, como jurisprudências e doutrinas.

Apenas citando, sem maiores aprofundamentos, temos a distinção entre princípios e regras, três características devem ser destacadas: (i) o conteúdo; (ii) a estrutura normativa; (iii) as particularidades da aplicação.

¹⁰ VILAS-BÔAS, Renata Malta. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica – Hermenêutica Constitucional*. Brasília: Editora Universa, 2003, p. 21.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2^a ed. Saraiva, São Paulo, 1998, p. 141).

¹² SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 639.

¹³ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

A mesma ideia é corroborada pela teoria de Lorenzetti, para quem tanto os princípios como as regras se referem ao âmbito do dever-ser e, portanto, são normas. Trata-se de distinguir entre dois tipos de norma. Os critérios distintivos são, pois, quanto à generalidade, em que os princípios têm uma generalidade maior que as regras, em relação aos suportes fáticos, pois não se pode referir a um só caso. De outra forma, os princípios são gerais também com relação às regras. O segundo critério é de origem: as regras são criadas, os princípios desenvolvidos, eis que não se baseiam na decisão de qualquer legislador ou tribunal, mas de uma questão de conveniência ou oportunidade que se desenvolve historicamente. O terceiro critério é a referência à ideia de Direito: presente e explícita nos princípios, pois ordena algo a ser feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas existentes; são comandos de otimização; ao passo que nas regras, a ideia de direito está presente e implícita, podendo ser cumpridas ou não, e, se válidas, devem ser observadas.¹⁴

As regras e princípios possuem funções diferenciadas, enquanto as primeiras regulamentam as relações jurídicas que se adequam aos seus moldes em situações determinadas, os segundos são normas gerais inseridas no sistema, possuindo diversas funções como fundamentar, orientar interpretações ou inclusive ser fonte subsidiária¹⁵, bem como,

“Qualificar, juridicamente, a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontado o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio” e, tratando-se de princípio inserido na Constituição, a de revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis “¹⁶

Reforçamos que o princípio jurídico pode também dimanar ainda de outras fontes do direito, que não somente a lei, tal como a doutrina, a jurisprudência, ou até mesmo o direito natural, conforme o caso.

2.1. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Dentre as inúmeras funções dos princípios jurídicos, e em caráter meramente exemplificativo (“*numerus apertus*”), podem-se destacar as seguintes:

FUNÇÃO ESTRUTURAL – Possuem a responsabilidade de estruturar o sistema jurídico, sustentando a coesão e a harmonia. Celso Antonio Bandeira de Melo: e “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio

¹⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito privado*. São Paulo: RT, 1998, p. 286.

¹⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46. No mesmo sentido, o jurista espanhol F. de Castro assim compendiu: a função de ser “fundamento da ordem jurídica”, com “eficácia derogatória e diretiva”, sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo, a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de “fonte em caso de insuficiência da lei e do costume” (*apud* BONAVIDES, Paulo. *Curso...* p. 255).

¹⁶ ROCHA, José de Albuquerque. *Ob. Cit.* p. 47.

implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura neles esforçada ”

FUNÇÃO INTERPRETATIVA – exercem a função de conduzir, de forma coesa, as resoluções jurídicas dos litígios sujeitos à análise do intérprete, sendo ferramentas que contribuem para a compreensão da interpretação jurídica, orientando assim outras normas do ordenamento jurídico, conforme dito por Celso Antonio Bandeira de Melo: “Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, 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. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”.

FUNÇÃO AXIOLÓGICA – Quando houver conflitos principiológicos na aplicação ao caso concreto, cada qual ostentando valores diversos pode-se, dentre alternativas, submeter os princípios em colisão à ponderação e fim de resolver a questão, através do princípio da proporcionalidade.

FUNÇÃO SOCIAL – A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também estabelece a função social dos princípios, ao prescrever que a aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Bem de se ver, assim, que as funções dos princípios jurídicos se revelam extremamente relevantes no campo jurídico.

Com relação à análise da eficácia dos princípios, esta pode ser vista como positiva ou negativa,

“Por eficácia positiva dos princípios, entende-se a inspiração, a luzes hermenêuticas e normativas lançadas no ato de aplicar o Direito, que conduz a determinadas soluções em cada caso, segundo a finalidade perseguida pelos princípios incidíveis no mesmo; por eficácia negativa dos princípios, entende-se

que decisões, regras, ou mesmo, subprincípios que se contraponham a princípios serão inválidos, por contraste normativo"¹⁷.

É necessário observar que os princípios também limitam o exercício do jurista e a vontade subjetiva do aplicador do direito, estabelecem balizamentos dentro dos quais o jurista exercitará sua criatividade, seu senso do razoável e sua capacidade de fazer a justiça do caso concreto¹⁸. Então os princípios desta forma, legitimam também a decisão e caso sejam desrespeitados, a decisão se tornará ilegítima.

É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra¹⁹.

Além da relevância supracitada dos princípios devemos ressaltar a necessidade do intérprete que analisa o sentido e adiciona o princípio da proporcionalidade e da ponderação.

Os princípios além das características supracitadas, também se adaptam e se moldam conforme a necessidade e modificação social e político, São fluidos, plásticos e manipuláveis e, por isso mesmo, não precisam esperar as alterações textuais (legislativas) das regras para impor ou orientar as decisões políticas dos membros da sociedade. Ou seja, eles transcendem a literalidade da norma mesma em que estão inseridos, permitindo que se mude o sentido, isto é, a interpretação dos textos, sem que se precise, com isso, alterar os seus enunciados normativos²⁰.

2.2. PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ao se falar dos princípios como alternativas ao preenchimento das lacunas legais, devemos considerar que não se cabe à mesma função aos princípios constitucionais, já

¹⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de Princípios Constitucionais. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999, p. 55.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação...* p. 256

¹⁹ MELLO, Celso Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 300.

²⁰ Não é despidendo lembrar que a Suprema Corte Norte Americana, em face de um mesmo diploma constitucional, declarou, em sucessivas oportunidades, que o racismo era "legal" (1a fase, no caso Dred Scott vs. Sandford, julgado em 1857, a Suprema Corte negou a condição de cidadão a um escravo), "parcialmente legal" (2a fase, em 1896, no julgamento do caso Plessy vs. Ferguson, a Corte Suprema endossou a doutrina do equal, but separate) e, por fim, "ilegal" (3a fase, no caso Brown vs. Board of Educacion, decidido em 1954(!), a Corte considerou inconstitucional a segregação de estudantes negros nas escolas públicas), donde se conclui a "maleabilidade" do princípio da isonomia insculpido na Lei Fundamental norte-americana. Para bem entender a diferença entre o texto da norma e norma, cita-se CANOTILHO: "O recurso ao 'texto' para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim, mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o 'sinal linguístico'; a norma é o que se 'revela', 'designa'." Cf. Direito Constitucional, 5 eds., p. 225

que estes possuem força vinculante além de ser o princípio da ação judicante, independentemente se for de aplicação da lei, interpretação ou inclusive integração, mantendo atenção a possibilidade de invalidade por vício inconstitucional, como descreve Alexandre de Freitas Câmara,

“É preciso antes de tudo deixar claro que não coincidem exatamente os conceitos de princípios gerais de direito e de princípios constitucionais. Basta ver o seguinte: estabelece o art. 126 do CPC que, diante de uma lacuna da lei, deverá o juiz se valer da analogia, não havendo norma que possa ser aplicada analogicamente, o julgador se valerá dos costumes e, por, não havendo costume que se aplique ao caso, será a decisão baseada nos princípios gerais do Direito. Ora, a se aceitar a ideia de que esses princípios gerais são os princípios constitucionais, ter-se-ia de admitir que os princípios constitucionais sejam aplicados em último lugar, depois da lei e das demais fontes de integração das lacunas. Isto, porém, não corresponde à verdade. Os princípios constitucionais devem ser aplicados em primeiro lugar (e não em último), o que decorre da supremacia das normas constitucionais sobre as demais normas jurídicas. Entende-se por princípios gerais de direito aquelas regras que, embora não se encontrem escritas, encontram-se presentes em todo o sistema, informando-o. É o caso da velha parêmia segundo a qual “o direito não socorre os que dormem”²¹

Como exemplo de princípios constitucionais que possuem elevado teor valorativo temos o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da proporcionalidade, como no caso do primeiro citado no que se reconhece o indivíduo como ser de suma importância e por tal tem o dever de ser preservado com o mínimo possível para existir em função de uma vida com dignidade.

Na mesma situação em que não se aplicarão as leis isoladas de seu contexto social-político-histórico, e sim de forma legal buscando decisões justas proporcionais e razoáveis à situação.

2.3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

Como visto anteriormente, os princípios não devem ser analisados como conceitos teóricos utópicos, e sim como pilares para a aplicação do direito em busca de decisões justas, razoáveis e proporcionais. Desta forma se faz necessário salientar a importância destes em face do objeto de estudo de tal tese, iniciando com o âmbito trabalhista.

O Direito do Trabalho é subordinado às conexões com o núcleo jurídico formado por princípios gerais e fundamentais do Direito, como os princípios da dignidade humana, o

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 16ª Edição. 2007. V. I, p. 20 e 33.

da justiça social, e da equidade, mas devem ser incluídos em diferentes campos os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, da boa-fé e do não enriquecimento sem causa, além da própria função de fonte normativa subsidiária no caso de lacunas legais, ser permitida tanto pela legislação geral (art. 4º, Lei de Introdução ao Código Civil; art. 126, CPC) como pela legislação especial trabalhista (art. 8º, CLT).

O Direito consiste em três princípios gerais sendo eles os princípios da lealdade e boa-fé, da não alegação da própria torpeza e, ainda, do princípio do efeito lícito do exercício regular do próprio direito — este incorporando seu contrário, consubstanciado na vedação à prática do abuso do direito, que influenciam o Direito do Trabalho tanto em sua parte material quanto processual conferindo decisões que busquem as condutas lícitas e de boa fé praticadas por um indivíduo que será favorecido, servido como ferramenta de averiguação do interprete e aplicador do Direito.

Com relação aos princípios da boa fé e lealdade e do efeito lícito, deve-se salientar que são intrínsecas as fronteiras dos atos de uma parte em conflitos com os objetivos da outra.

Abaixo discorreremos sobre alguns princípios que especialmente devem ser respeitados, e desta forma poderemos posteriormente analisar se os princípios do direito do consumidor e da arbitragem estão de acordo, para assim confirmar se há congruência dos princípios ou não, o que limitaria o uso da arbitragem para a resolução de conflitos neste último caso.

Francisco Meton Marques de Lima afirma,

Ao entrar com um processo de natureza trabalhista, o intérprete deve, como providência, chamar à superfície de sua imaginação os princípios até aqui estudados. Assim como quem chega à sala de estudo, que primeiro acende a luz²².

Assim, ultrapassando as funções iniciais de fornecer assistência à interpretação, os princípios concomitantemente preenchem as lacunas legais, então se envolvem no Direito do Trabalho na interpretação, criação e integram a norma jurídica trabalhista.

Ao analisar os princípios que se relacionam ao Direito do Trabalho, deve-se mencionar o estudo de Américo Piá Rodriguez, na obra “ Los Principios del Derecho del Trabajo”, que descreve alguns princípios como principais,

²²LIMA, Francisco Meton Marques de. *Princípios de Direito do Trabalho na Lei e na Jurisprudência*, p. 173, São Paulo, Editora LTr. 1994.

“Principio protector, el cual se puede concretar em estas três ideas: a) in dubio, pro operário; b) regla de la aplicación de la norma más favorable; c) regla de la condición más beneficiosa. Principio de la irrenunciabilidad de los derechos. Principio de la continuidade de la relación laboral. Principio de la primacia de la realidad. Principio de la razonabilidad. Principio de la buena fe²³.”

Ressalta-se que os princípios na CLT são apenas expressos no artigo 8º, que em tese manda que “se apliquem os princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho”, quando não houver disposição legal ou contratual, apesar de alguns doutrinadores, analisarem tal conceito como limitador, outros ressaltam que sua principal função seria a colaboração na compressão legal.

Será discorrida a seguir uma seleção de princípios essenciais ao funcionamento do Direito do Trabalho.

2.3.1.1. PRINCÍPIO PROTETOR.

Pilar do Direito do Trabalho, conforme explicado por Maurício Godinho (2004:82),

“Informa o princípio tuitivo que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas normas, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro – visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”.

Cabe-se ressaltar que tal princípio visa zelar pelo trabalhador já que em análise de contexto este se encontra em menor condição aquisitiva e de poder, enquanto que o empregador costuma ter maiores condições financeiras e sociais, então busca diminuir tal desigualdade natural.

Enquanto que para Américo Plá Rodríguez (1993:28) o princípio da proteção é desmembrado em três dimensões: a) norma mais favorável, que quando houver mais de uma norma a ser aplicada, se escolherá aquela que for mais favorável ao funcionário, em segundo a b) condição mais benéfica que determina que qualquer direito adquirido na abrangência do Direito do Trabalho que seja vantajoso, será adicionado a seu patrimônio jurídico, não podendo mais ser separado, por fim c) in dubio pro operário que em caso de dúvida se optará por aquela que beneficiar o trabalhador, e apenas no caso processual que se favorecerá aquele que possuir o “ônus probandi”.

²³ RODRÍGUEZ, Américo Piá, Los Principios del Derecho del Trabajo, 2º edição, p. 19, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1978.

Entretanto, conforme observou Maurício Godinho (2004:93), fica difícil restringir o princípio protetor a apenas estas três dimensões, sendo certo que ele se manifesta em quase todos os demais princípios do Direito do Trabalho, além de sua forte influência, como já destacado, em toda a estrutura jus laboral. Diante disso, é possível destacar sua função informadora como sendo a mais evidente.

2.3.1.2. Princípio da Imperatividade das Normas Trabalhistas

No Direito do Trabalho, embora tenhamos uma relação jurídica privada, a autonomia da vontade encontra severa restrição no princípio da imperatividade das normas trabalhistas. Segundo este princípio, as normas jus laborais não podem ter sua incidência simplesmente afastada do contrato de trabalho, permanecendo sua aplicação ainda que exista cláusula contratual prevendo o contrário.

2.3.1.3. Princípio da indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas

Declara que os princípios devem prevalecer e que o trabalhador não pode indispor de seus direitos, sendo estes inatos, com a intenção de fornecer equilíbrio à relação sócio econômica do emprego.

2.3.1.4. Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva

Proveniente da imutabilidade contratual civilista (*pacta sunt servanda*, pilar da vinculação obrigatória dos acordos coletivos) no artigo 468 da CLT, não se convencionou que as alterações mais favoráveis ao trabalhador devem ser aceitas. Enquanto que a cláusula *'rebus sic stantibus'* fundamenta a alteração do acordado em normas coletivas.

Conforme Maurício Godinho (2005:1003),

“A diretriz do *jus variandi* informa o conjunto de prerrogativas empresariais de, ordinariamente, ajustar, adequar e até mesmo alterar as circunstâncias e critérios de prestação laborativa pelo obreiro, desde que sem afronta à ordem normativa ou contratual, ou extraordinariamente, em face de permissão normativa, modificar cláusula do próprio contrato de trabalho”.

Desta forma analisa-se que o jus variandi é originário do art. 2º da CLT, em que se responsabiliza o empregador a administrar a prestação de serviços, devendo ser destacado que há situações que comprovam a ilicitude da mudança do contrato como, por exemplo, quando não for direcionado por norma jurídica, ou quando as alterações forem favoráveis apenas ao empregador, por exemplo.

2.3.1.5. Princípio da Intangibilidade Salarial

Este princípio visa zelar pela manutenção dos valores, parcelas e inclusive contra a redução salarial, débitos ou dívidas de empregado a empregador. Apesar disso deve-se ressaltar que algumas proteções são relativas já que, por exemplo, com relação à redução salarial que pode ser feita, contanto que por negociação coletiva, como em situação de pensão alimentícia.

2.3.1.6. Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma

A respeito deste princípio deve-se salientar a necessidade de prevalecer à verdade real em comparação a formal, deste modo quando da acareação de provas produzidas, dá-se preferência a produções testemunhais de confiança do que a documentos que negariam a relação trabalhista.

2.3.1.7. Princípio da Continuidade da Relação de Emprego

Tal pilar disciplina com relação à continuidade da relação trabalhista na qual se deve prolonga-la caso não haja prazo determinado para findar a prestação de serviço do empregado ao empregador.

Para que haja tal cláusula é necessário que seja de modo formal, sendo escritas e em contrato celebrado entre as partes provando à consciência de ambas as partes da relação do que foi acordado.

2.3.1.8. Princípio da Despersonalização do empregador

Com a intenção de evidenciar o empregador como impessoal, transfere-se a pessoa deste para a empresa, criando-se assim artigos como o 10 e 448 da CLT, sendo a única exceção, a rescisão do contrato (art. 483 da CLT) em caso de falecimento do empregador pessoa natural (ou “firma individual”).

2.3.1.9. Princípio da alteridade

Este princípio busca preservar o empregado de ser prejudicado ou responsabilizado em caso de problemas com a empresa, sendo estes apenas de incumbência do empregador.

Atualmente, por restrição constitucional, a regra é a de que os salários poderão ser reduzidos apenas por negociação coletiva.

2.3.1.10. Princípio da irretroatividade das nulidades

Como ensina Maurício Godinho (2004:114), “o presente princípio estabelece que, em um contexto de vício grave em um dos elementos componentes do contrato empregatício, devem-se preservar os efeitos jus trabalhistas do pacto durante o período já consumado de seu cumprimento, não se retrooperando a nulidade, que se decreta, em consequência, com efeitos estritamente imediatos”.

Assim, no Direito do Trabalho acabamos por formar uma teoria específica das nulidades, tendendo, portanto, ao afastamento das diretrizes civilistas. Neste particular, interessante destacar que o uso da regra de Direito Civil pode acontecer, embora em raras situações (contrato “ilícito”).

2.3.1.11. Princípio do Maior Rendimento

De acordo com este princípio deve-se manter a relação de boa-fé e lealdade entre ambas as partes para que o contrato firmado entre elas seja executado.

2.4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR.

Considerando que o Direito do Consumidor também se baseia em pilares para a interpretação e para os preenchimentos de lacunas legais, discorreremos agora sobre os

principais princípios para posteriormente analisarmos se concordam com os princípios do Direito da Arbitragem ou se há alguma divergência.

2.4.1.1. Princípio da vulnerabilidade

Pode ser considerado um dos princípios norteadores do Direito do consumidor já que assume que o consumidor, o produtor e os prestadores de serviço se encontravam em situações desiguais, necessitando o primeiro de amparo.

Conforme explicado por Antônio Herman V. e Benjamin ao prefaciar o livro de Moraes (2006, p.10)

O princípio da vulnerabilidade representa a peça fundamental no mosaico jurídico que denominamos Direito do Consumidor. É lícito até dizer que a vulnerabilidade é o ponto de partida de toda a Teoria Geral dessa nova disciplina jurídica (...) A compreensão do princípio, assim, é pressuposto para o correto conhecimento do Direito do consumidor e para a aplicação da lei, de qualquer lei, que se ponha a salvaguardar o consumidor²⁴.

Devido ao afirmado acima é que se nomeia este princípio como base para outros relacionados ao direito do consumidor.

A doutrina em geral reconhece três espécies de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento e informação); jurídica ou científica (ausência de conhecimento específico em determinada área de conhecimento) e fática ou socioeconômica (maior poderio econômico e posição de monopólio).

2.4.1.2. Princípio da informação e transparência

Tal princípio é proveniente da boa-fé objetiva, que dita os comportamentos éticos, e dissemina que os produtores e fornecedores devem ser claros na difusão das informações pertinentes em seus produtos, fortalecendo tanto compras conscientes quanto a si próprios, para que ambas as partes possam confiar nos dados fornecidos em um cadastro negativo.

Tal princípio estará presente em todas as etapas da negociação, e legalmente estão vinculados aos artigos 30 e 35 do CDC, colocando a este princípio a força vinculante necessária para que as informações divulgadas sejam com a intenção de manter a proporção e a qualificação do negócio assumido entre as partes.

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor. 2. ed. rev., atual. E ampla. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

2.4.1.3. Princípio da Boa Fé Objetiva

Além de um princípio, age como uma norma que dita o comportamento a ser seguido quando da execução de um negócio, ou celebração de um contrato, sendo aplicado às partes envolvidas.

Desta forma se aplica de acordo com o art. 39 CDC, para limitar o abuso do direito, e com o art. 47 do CDC para integrar o contrato e para criar deveres, celebrando a lealdade e reforçando o princípio da transparência.

2.4.1.4. Princípio da Equidade e da Confiança

Este princípio visa garantir que haverá a paridade entre as partes, coibindo vantagens exageradas (art. 51, IV CDC) por parte do produtor em face do consumidor, desta forma não se pode haver cláusulas abusivas no contrato já que ofenderia a intenção do contrato que é sua função social e econômica. Tal vício não necessita de dolo das partes.

2.5. PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

Para Gonçalves (2010, p.23): “Os princípios gerais erigem-se em verdadeiras premissas, pontos de partida, nos quais se apoia toda ciência. ” Conceito posto em relação ao direito civil que pode com toda segurança ser considerado quando pensamos no instituto da arbitragem.

2.5.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Respeitando a hierarquia jurídica podem-se classificar os princípios entre constitucionais e infraconstitucionais, de acordo como são incluídos na Constituição Federal ou inclusive em normas infraconstitucionais.

Para Carmem Lúcia Antunes Rocha temos que

“Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações

jurídicas no Estado. São eles, assim, as colunas mestres da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional²⁵

Assim, apenas salientando os princípios como pilares da compreensão do ordenamento jurídico, e a importância da compreensão destes para averiguar a possibilidade de congruência entre eles e as áreas do Direito do foco deste estudo.

2.5.1.1. Princípio do Devido Processo Legal

Principal pilar da estrutura jurídica de um Estado Democrático de Direito e protege a vida – liberdade – propriedade, pautado na Carta Magna, no art. 5º., LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O antecedente histórico das garantias constitucionais do processo reside no artigo 39 da Magna Carta outorgada por João Sem Terra a seus barões. Cláusula semelhante expressa no "*due process of law*" foi estipulada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição com a V Emenda, como salienta Antonio Roberto Sampaio Dória²⁶.

A Lei de Arbitragem no seu art. 1º permite que aquelas pessoas capazes de contratar possam dirimir seus conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis através dessa norma e ainda, há critério das partes, decidir se a arbitragem será definida por direito ou por equidade (art. 2º. da Lei no. 9.307/96), sendo assim, pode-se convencionar quais as regras de direito que irão ser utilizadas e ainda, quais os Princípios Gerais de Direito, Costumes e regras internacionais de comércio.

O que o Princípio do Devido Processo Legal visa resguardar é toda e qualquer forma de arbitrariedade, onde nossos bens e nossa liberdade possam ser retirados sem uma possibilidade de defesa, sem uma manifestação com base em um procedimento legal.

Nesse caso entendemos que o Princípio do Devido Processo Legal está sendo utilizado em sua forma mais ampla, já que permite que as partes envolvidas no conflito possam pactuar sobre qual o processo que elas entendem como sendo o que melhor se adequa àquela situação específica. Assim, para que seja privado de algum bem, é preciso que o

²⁵ MUNIZ, Tânia L. Arbitragem no Brasil e a lei no. 9.307/96. Dissertação de Mestrado apresentada na PUC. São Paulo, 1997, s/p

²⁶ DÓRIA, Antonio Roberto SAMPAIO "Direito Constitucional Tributário" e "Due Process of Law", Forense, Rio de Janeiro, 1986, p. 33. No capítulo II, o auto, à exaustão, relata a origem e evolução da cláusula "*due process of law*". Neste sentido salienta a dificuldade em conceituá-la de modo estanque, citando o Chief Justice OLIVER HOLMES: "What is due process of law depends on the circumstances" e EARL WARREN: "due process é um conceito esquivo. Suas exatas fronteiras são indefiníveis e seu conteúdo varia de acordo com específicos contextos fáticos".

procedimento arbitral transcorra de acordo com o que foi estipulado pelas partes, revestindo-se assim, de um caráter de legalidade ao ato praticado.

2.5.1.2. Princípio do direito à Tutela Jurisdicional

Ada Pellegrini GRINOVER, ao parafrasear CALAMANDREI, ressalta "que vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em juízo: porque os direitos fundamentais, abstratamente formulados pela constituição, só podem ser afirmados, positivados e concretizados pelos Tribunais"²⁷.

Tais princípios se encontram no artigo 5º XXXV da Constituição Brasileira de 05.10.88, verbis: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito".

Assim como é destacado por Ada Pellegrini GRINOVER, para que se assegurem aos indivíduos os meios para obter o pronunciamento do Juiz sobre a razão do pedido, há a necessidade inicial, que por direito de ação, direito ao processo não se entenda a simples ordenação de atos, através de qualquer procedimento, mas sim o "devido processo legal".

28

O princípio acima citado também tem a intenção "de garantir a tutela dos direitos afirmados, mediante a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões, apresentarem suas provas, influírem sobre a formação do convencimento do juiz, através do contraditório. O princípio da proteção judiciária, assim entendido, substitui, no processo civil as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório"²⁹.

Note-se que na Constituição Brasileira além de estarem albergados os princípios da tutela ao processo, do devido processo legal e do contraditório, outros emergem do artigo 5º, § 2º:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte".

2.5.1.3. Princípio da Igualdade

²⁷GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Princípios Constitucionais e o Código de Processo Civil, Bushatsky, SP, 1975, p.7.

²⁸ op. cit. p. 18.

²⁹ op. cit. p. 19.

Ao analisarmos o conceito de igualdade, é necessário classificar entre igualdade formal e igualdade material, em que na primeira se garante a execução e produção igualitária das regras jurídicas, enquanto que na segunda o, que se é garantido são os bens da vida.

Ao se analisar a Lei de Arbitragem de acordo com este princípio se nota que as partes litigantes estão em nível de igualdade já que somente elas podem optar pela Lei de Arbitragem, quando nos deparamos com o art.1º. temos que:

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

2.5.1.4. Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Tanto o princípio do contraditório, quanto o princípio da ampla defesa encontram-se devidamente resguardados na Lei de Arbitragem, quando determina que no procedimento arbitral deve-se ser respeitado o contraditório.

Art. 4º. (...) § 2º. Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 21 (...) § 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento...

O contraditório e a ampla defesa podem ser exercidos pelas partes ou então, através de seus advogados.

2.5.1.5. Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Pelo princípio da motivação das decisões judiciais temos que toda decisão que for emanada pelos órgãos judiciais precisa vir fundamentada. É imprescindível que haja uma fundamentação para as decisões, isso significa dizer que é necessário que o juiz ou tribunal explique como chegou àquela conclusão, demonstrando qual foi o raciocínio percorrido.

A sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Poder Judiciário, sendo que dentre os seus requisitos fundamentais há a necessidade da fundamentação da decisão, “onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se,

expressamente, se os árbitros julgarem por equidade” (art. 26, II Lei no. 9.307/96). E, se eventualmente a sentença arbitral não apresentar essa fundamentação será considerada nula, conforme o art. 32 da Lei de Arbitragem.

Dessa forma, esse princípio também se encontra devidamente respeitado nessa norma.

2.5.2. PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS

Além dos princípios constitucionais a Lei de Arbitragem ainda está em conformidade com princípios infraconstitucionais, demonstrando mais uma vez estar de acordo com a nossa estrutura jurídica.

2.5.2.1. Princípio da Autonomia da Vontade

Princípio vastamente preservado na Lei de Arbitragem em que as etapas de forma integral podem ser determinadas pelos litigantes contanto que seja acordado desta forma, não havendo nada que prejudique a vontade das partes que se relacionam.

Conforme Tânia L. Muniz temos que:

“A arbitragem, tendo sua origem num contrato, também encontra sua base neste princípio: o princípio da autonomia da vontade das partes de compor os conflitos submetendo-os aos árbitros. Princípio este que se manifesta pela liberdade que tem o indivíduo de extinguir o litígio surgido por ato de sua própria vontade, dentro dos casos permitidos e dos limites estabelecidos pela lei. A aplicação do princípio inclui a liberdade de escolher as diversas leis para reger o contrato, inserir as chamadas cláusulas de estabilização, excluir ou afastar qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis (boa-fé, equidade, princípios gerais de direito, lex mercatoria, ou cláusulas de escolha negativa ou parcial de certo direito estatal) ”.

Ao analisarmos a norma percebemos que existe até a possibilidade de as partes pactuarem como irá transcorrer a arbitragem, qual a lei que irá ser aplicada ao litígio, se deve ser usado ou não a equidade, quantos e quais serão os árbitros, expressando assim de forma plena a vontade de cada uma das partes.

O princípio da autonomia privada confere aos particulares a auto-regulamentação e a autodeterminação de seus interesses, desde que não sejam contrários à ordem pública, aos bons costumes e às normas cogentes / imperativas (art. 5º, inciso II, CF; art. 17, p.ú., LICC; arts. 1º, 2º, §§ 1º e 2º, e 39, I e II, LArb; e art. 51, VII, CDC).

Na arbitragem, a lei de regência da matéria, qual seja, Lei n.º 9.307/96 – Lei de Arbitragem (LARb) autoriza expressamente que os particulares se valham da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis³⁰, podendo-se valer tanto de regras de direito material, quanto de regras de direito instrumental.

Com efeito, tal liberdade conferida aos particulares que há muito já indicava o norte e a regra em matéria de Direito Privado, consubstanciada no antigo brocardo jurídico *PERMITTITUR QUOD NON PROHIBETUR*: "Tudo o que não é proibido, presume-se permitido", que garante ao particular que ele pode fazer tudo que não for proibido por lei, diferentemente do Direito Público, que é regido pelo princípio da legalidade, só se podendo fazer o que a lei permitir expressamente.

Dentro de tal liberdade, há que se destacar, encontra-se tanto a liberdade de contratar (liberdade para contratar ou não, e escolher com quem fazê-lo), como também a liberdade contratual (liberdade para estabelecer livremente o conteúdo do contrato).³¹

2.5.2.2. Princípio da Boa Fé

Na arbitragem é de suma importância o princípio da boa-fé, que também pode ser observado nas fases pré-negocial, de execução do contrato e pós-contratual os ditames da probidade e boa-fé^{32 33 34}, combatendo o abuso de direito, o comportamento contraditório, o ato emulativo e/ou eivado de má-fé, e inclusive a ponderação em juízo a própria torpeza, para ambas as partes litigantes que de forma consciente optaram pela arbitragem como forma de solucionar controvérsias.

Efetivamente, como ensina Selma Maria Ferreira Lemes,

Não pode uma parte, após ter elegido espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido. É tendo também como substrato o princípio da boa-fé que o legislador outorgou caráter obrigatório e efeito vinculante à convenção de arbitragem³⁵.

³⁰ Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Verbete liberdade contratual, Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371, São Paulo: Saraiva, 1977.

³² Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

³³ rt. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

³⁴ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

³⁵ FERREIRA LEMES, Selma Maria. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. Revista do Advogado n.º 51, Edição AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, out. /1997. p. 32/35

A validade do juízo arbitral é ratificada pela jurisprudência "... se nulo fosse este juízo arbitral a parte que a ele acorreu, que com ele concordou, que dele participou, não pode, depois de vencida, invocar sua nulidade" (STJ - Resp 616-RJ – 890009853-5 – j. 24/04/1990).

Com a intenção também de prevenir possíveis ações de abuso ou má-fé é disposto que

"A parte que pretender arguir 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" (artigo 20, LArb).

Igualmente, com a mesma intenção, a Lei de Arbitragem estabelece prazo de 90 (noventa) dias para propositura da demanda de decretação de nulidade da sentença arbitral, após o recebimento da notificação da mesma ou de seu aditamento (artigo 33, LArb).

2.5.2.3. Princípio do Livre convencimento ou Persuasão Racional

Um dos pilares no qual a Lei da Arbitragem se sustenta já que dá a condição para que os árbitros sejam livres para analisar com livre convicção as provas produzidas, para que justifiquem sua decisão, concomitantemente ao princípio da motivação das decisões judiciais.

2.5.2.4. Princípio da Imparcialidade do Julgador

A garantia de que na relação do processo, o juiz se colocará superior e equidistante dos litigantes, sem se inclinar a favor de um lado em preponderância a outro.

Desta forma com a ausência de influências alheias à determinação do juízo arbitral, em combinação a um árbitro neutro no que tange a preferências pelas partes, haverá a prerrogativa de um julgamento justo e ético para que a controvérsia seja solucionada³⁶. "A independência é à base de toda a Justiça" prelecionava Rui Barbosa.

Tal princípio se encontra expresso na Lei de Arbitragem no art. 13, § 6º. temos que: "no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção".

³⁶ O exemplo do que ocorre no judiciário cf. op. cit. (vide nota 8) ps. 24/25.

Respeitando esta preocupação da imparcialidade do árbitro também no contexto internacional, foi editado em 1987, um Novo Código para Árbitros Internacionais, através do Conselho Diretivo da "International Bar Association".³⁷ Instaura que os árbitros necessitam ter comportamento imparcial, independente, competente, diligente e discreto sendo compreendido como práticas éticas no desenvolvimento das funções arbitrais.³⁸

Salienta Mauro RUBINO-SAMMARTANO quanto à imparcialidade do árbitro: "A fundamental requirement for the arbitrator is his impartiality. The arbitrator has authority similar to that of a judge, and sometimes a wider one, so must place himself in a position of absolute impartiality vis-à-vis the parties".³⁹

2.5.2.5. Princípio da Competência-Competência.

Tal princípio de proveniência alemã (KompetenzKompetenz), diz respeito ao fato de que é de responsabilidade do (s) árbitro (s) a decisão relacionada à possível vício da cláusula arbitral e/ou do contrato (art. 8º, p.ú., LArb).⁴⁰

Conforme dito por Francisco José Cahali, "... atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato"⁴¹.

Caso houvesse a competência inicial do Poder Judiciário ao reconhecimento da validade ou invalidade da convenção arbitral ou inclusive do contrato, poderia ser prolongada a temporariedade que diz respeito à resolução eficaz do conflito, beneficiando até qualquer intenção procrastinatória de alguma das partes o que contraria o intuito da arbitragem e sua aplicabilidade.

Devido a isto é que se torna inviável a aceitação da via arbitral, concomitantemente ao Poder Judiciário com relação à análise de validade e invalidade, já aplicada pelos antigos romanos, no adágio *electa una via non datur regressus ad alterum* (eleita uma via não se pode substituí-la por outra – tradução livre).

³⁷ Cf. David J. BRANSON, Ethics for International Arbitrators, in Arbitration International, vol. 6, nº 3 (1990) p. 72.

³⁸ Cf. Bernardo M. CREMADES, "Nuevo Código Ético Para Los Árbitros Internacionales", Revista de La Corte Española de Arbitraje, 1987, p. 9. Verificar, igualmente, os comentários do juiz da Corte Internacional da Justiça MOHAMMED BEDJAOUI, "The Arbitrator: One Man - Three Roles Some Independent Comments on the Ethical and Legal Obligations of an Arbitrator". Journal of International Arbitration, V. 5, nº 1, p. 7/20 (1988).

³⁹ RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. International Arbitration Law, Kluwer, Deventer, 1990, p. 206.

⁴⁰ Art. 8º [...] - Parágrafo único - Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória – LArb.

⁴¹ CAHALI, Francisco José. Curso de Arbitragem. São Paulo: RT, 2011. p. 75.

2.5.2.6. Princípio da Obrigatoriedade da Sentença

As sentenças arbitrais necessitam deste princípio para que não haja intriga, ou debates com relação à sua validade, mas respeitando o princípio do devido processo legal já que ainda se permite a correção do árbitro ou tribunal arbitral, de erro material ou esclarecer possíveis obscuridades, contradições ou lacunas.

À cláusula de convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), caracteriza-se também pelo caráter vinculante de suas alterações contanto que promulgados de forma livre e espontânea pelas partes, forçando-as à arbitragem para que conflitos entre as mesmas sejam resolvidos, apenas se excluindo a Jurisdição Estatal.

A decisão efetuada pela sentença arbitral não pode ser alterada em comparação a decisões da justiça, impondo aos litigantes que pactuaram e seus sucessores.

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

Art. 30. 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 a sentença poderá ser considerada nula se cair em algumas das hipóteses elencadas no art. 32 e incisos.

Há muito prevalece o princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), segundo o qual as partes devem cumprir com as estipulações ajustadas entre si.

Acerca do tema, J.E. Carreira Alvim leciona que a arbitragem traduz o modo de resolução de conflitos que se contrapõe a jurisdição estatal;

O juízo arbitral é o órgão encarregado da resolução do litígio, substituindo o juízo judicial; a convenção da arbitragem nada mais é do que o acordo das partes de submeter o litígio à decisão dos árbitros⁴².

De fato, a Lei de Arbitragem reconhece tal caráter vinculante e força obrigatória à cláusula de convenção de arbitragem:

⁴² ALVIM, J.E. Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

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.

Desta forma, caso haja oposição de parte que concordou com cláusula que convencionou a arbitragem, aquele que for lesado pelo não cumprimento poderá impor a submissão da arbitragem para a resolução do conflito.

2.5.2.7. Princípio da Temporaryidade

No que diz respeito à relação obrigacional e a temporaryidade, devemos considerar o que é dito por Álvaro Villaça de Azevedo que a obrigação ostenta caráter transitório, eis que, “se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados”⁴³.

Percebe-se a necessidade da submissão ao juízo arbitral que não pode ser indefinida ou eterna, sendo proibido o *non liquet* (não julgamento), bem como o retardamento indefinido no julgamento da causa, conforme previsto no art. 126, do Código de Processo Civil⁴⁴, que também pode ser aplicada à jurisdição estatal, acrescentando que não é apenas sentenciar, mas também o fazer da forma mais correta.

Ademais, com o descumprimento do prazo para prolação de sentença arbitral, indefinidamente, sem sanção, restaria malferido o princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal).

Desta forma, de acordo com o princípio da temporaryidade e sua relação com a cláusula de convenção de arbitragem, para a declaração da sentença arbitral, ou a não convenção da mesma, ao ultrapassar o prazo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, e desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral, restará extinta tal cláusula contratual, e aberta à

⁴³ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Curso de Direito Civil – teoria geral das obrigações. 5. ed. São Paulo: RT. 1994. p. 31.

⁴⁴ Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

possibilidade de ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário para solução da controvérsia (arts. 12, III, 11, III e 23, LArb).⁴⁵

2.5.2.8. Princípio das garantias processuais

A validade da arbitragem deve ser mantida por garantias processuais sendo que por meio destas é que poderão ser efetuadas pelas partes litigantes, as prerrogativas processuais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento do árbitro, decisão fundamentada, etc.)⁴⁶, sendo que caso não estejam presentes a sentença arbitral perde sua credibilidade.

Trata-se, a toda evidência, da Teoria Garantista – Espanha, de lavra do Prof. Antonio M. Lorca Navarrete, segundo a qual,

Não pairam dúvidas que os Princípios Informadores do Processo Judicial encontram guarida no procedimento arbitral, ou seja, os Princípios da Tutela Jurisdicional e do Devido Processo Legal... a existência da arbitragem implica o desenvolvimento de um sistema de garantias processuais que possuem projeção constitucional. Constituem as garantias do cidadão, espelhadas nos princípios de direito constitucional processual (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV)⁴⁷.

Ou como ensina José Eduardo Carreira Alvim,

A arbitragem, *ex vi legis*, é informada por alguns princípios (art. 21, § 2º, LArb), aos quais, em razão da função que cumprem, denomino de princípios ‘diretores’ do processo arbitral. São eles os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Aliás, a grande diferença entre o processo arbitral e o judicial não está na natureza jurídica de ambos – que é precisamente a mesma -, mas em permitir a arbitragem que as partes escolham árbitros e as regras do procedimento arbitral, o que não se admite no processo judicial⁴⁸⁴⁹.

⁴⁵ Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter [...] III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; [...]

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: [...] III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III [...]

Art. 23. 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, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

⁴⁶ Arts. 13, § 6º, 21, § 2º, 32, inciso VIII, 38, III, LArb.

⁴⁷ FERREIRA LEMES, op. cit., p. 33

⁴⁸ ALVIM, op. cit., p. 169.

⁴⁹ REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

- Art. 5º, inciso LV, CF – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

- Art. 93, inciso IX, CF – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” – LArb

- Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (...) II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; - LArb

- Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. (...) § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência [...]

2.5.2.9. Princípio da autonomia da cláusula da Convenção de Arbitragem em Relação ao Contrato.

Com relação ao Direito Contratual o Princípio da Conservação dos Contratos é de extrema importância, sendo classificado em (i) preservação (art. 184, do Código Civil); (ii) conversão (art. 170, do Código Civil); e (iii) aproveitamento (“na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível – princípio do aproveitamento”⁵⁰).

Enquanto que a nulidade se divide em nulidade absoluta e nulidade relativa (artigos 166 e 171, do Código Civil).

Já no que se refere à arbitragem o princípio da autonomia da cláusula da convenção de arbitragem é de suma importância quanto ao contrato, independentemente de haver nulidade deste, a validade daquela se manterá, excluindo-se a conexão de principal / acessório.

A legislação é clara:

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (LArb).

Conforme esclarece Luiz Antonio Scavone Junior,

A cláusula arbitral ou compromissória não é acessória do contrato. Portanto, como é autônoma, a nulidade do contrato não implica em nulidade da cláusula arbitral. O significado do dispositivo, portanto, indica que qualquer alegação de nulidade do contrato ou da cláusula arbitral... deve ser dirimida pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário⁵¹.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro – v. I – Parte Geral, Saraiva, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 302.

⁵¹ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de Arbitragem. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

3. LEI DE ARBITRAGEM

3.1. CONCEITO

A Arbitragem quer pela celeridade, pela especialidade dos árbitros, pela confidencialidade, segurança ou ainda pela flexibilidade das provas encontrou respaldo e terreno fértil no ambiente de negócios do Brasil, com amplo apoio do Poder Judiciário, em especial do Superior Tribunal de Justiça, que solidificou esse instituto e deu segurança jurídica às partes que elegiam e elegem esse método de discussão de controvérsias.

Reiterando que é um processo privado, tendo seu início em um acordo entre as partes, relacionado à submissão de uma disputa à decisão por tribunal arbitral, havendo a possibilidade de toma-la quando da redação do contrato que rege o negócio, incluindo-se uma cláusula compromissória, ou durante o andamento, sendo que independentemente desta as partes podem submeter o desentendimento à arbitragem.

O fato é que a partir do momento em que se inclui a cláusula no contrato as partes têm obrigação de recorrer a ela, sendo que em um relacionamento cujo contrato não a possui, as partes podem optar, sem obrigação, pela arbitragem a qualquer momento, até mesmo quando o conflito já estiver instaurado (STRENGER, 1996).

Como para Carlos Alberto Carmona,

“A arbitragem – 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 a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”

Os árbitros, procedendo de forma imparcial, independente, discreta e competente, decidirão de forma célere as melhores decisões sendo estas justas, fundamentadas na língua a ser escolhida e no local proferido.

Carlos Alberto Carmona complementa:

“A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”

Ao comparar-se arbitragem aos tribunais judiciais a respeito da solução de litígios, é notável que a primeira se sobressaia com incontáveis vantagens, inclusive da prevalência da autonomia da vontade das partes, sendo um dos dois componentes imprescindíveis da estrutura da arbitragem, enquanto que o poder de julgar que os árbitros recebem em detrimento ao julgamento estatal é o segundo componente.

Outros pontos que se sobressaem, como já mencionados acima, são a celeridade, a intensa especialização do árbitro, a economicidade e inclusive da opção de ser mantido o sigilo da questão em debate, muito visado no âmbito comercial.

O árbitro (ou corte arbitral) será selecionado pelas partes, da mesma forma que a estrutura procedimental utilizada, sustentando o sistema democrático e legítimo da arbitragem. A economia supracitada não está vinculada apenas as partes, afinal deve-se considerar que ao não movimentar a máquina judiciária pública, esse fator, por consequência afeta a sociedade.

Os princípios que guiam a arbitragem como já citado acima são a autonomia da vontade e boa-fé, o primeiro pela simples possibilidade de as partes envolvidas terem a condição de optarem como solucionarão seus litígios, e as regras a serem seguidas caso a arbitragem seja a escolha. Já o princípio da boa-fé é essencial, considerando que aqueles envolvidos se portarão de forma correta e honrosa, assim o árbitro julgará com o objetivo de causar o menor prejuízo possível, além do fato de que como a arbitragem é uma escolha de boa-fé feita pelas partes, espera-se que estes cumpram com a decisão tomada independente de coação através da jurisdição estatal.

Nas palavras de Gustavo Pamplona Silva:

“A autonomia da vontade e a satisfação efetiva do direito pleiteado são mais que Princípios Gerais de Direito, são verdadeiros elementos constitutivos da cidadania. A liberdade para contratar e a efetiva composição da lide extrapolam a esfera pessoal e tornam-se, neste início de século, pilares da Democracia brasileira. Não sendo atendida com presteza em suas necessidades, a população descredita na Justiça, e passa-se a viver um ambiente de insegurança jurídica, bastante nocivo à vida social.”

Trata-se de um negócio jurídico bilateral que, como diz Pereira, para existir,

“Não basta que duas ou mais pessoas, conjunta ou separadamente, manifestem sua vontade, porque até aí inexistente negócio jurídico. Surge este, quando as emissões volitivas se ajustam ou coincidem, porque neste momento se diz que já há o consentimento (de cum + sentire). A falta de consentimento ou de coincidência das vontades impede a formação do negócio jurídico; a emissão aparente de vontades sem o acordo real sobre o objeto do negócio permite o seu

surgimento, mas o inquina de defeito, em virtude do qual poderá advir o seu desfazimento”

Há duas possibilidades para a arbitragem: “ad hoc” e institucional. Na primeira, as regras do processo são selecionadas pelas partes, e estas ao correr do mesmo, serão seguidas, caracterizando a forma pela qual o árbitro será selecionado; na segunda, o regulamento, de uma instituição arbitral já formada, é que será selecionada pelas partes, desta forma a instituição assume o papel da fiscalização do desenrolar do procedimento, além da administração, para que as partes, e os árbitros, sejam auxiliados quando necessário.

3.2. NATUREZA JURÍDICA

Determinar a natureza jurídica, consiste em analisar o seu núcleo fundamental, buscar a sua essência e identificar os seus aspectos predominantes para, depois, classifica-lo.

A arbitragem possui diferentes aspectos que devem ser analisados para determinar sua natureza jurídica, dentre estas vertentes temos (a) método de solução de conflito de interesses; (b) se é a convenção de arbitragem firmada entre as partes que a instituem; ou (c) se é a atividade desenvolvida pelo tribunal arbitral e o resultado final por ela alcançado.

Tendo em voga a natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo tribunal arbitral e o resultado final por ela alcançado, ou, mais especificamente, se a atividade e a prestação teriam natureza jurisdicional.

A discussão se inicia por meio da discordância de alguns autores de que a função arbitral, baseada em um acordo de vontades, teria natureza contratual, em que a sentença dada ao término do caso aparenta a um negócio jurídico unilateral de direito privado, desta forma os fundamentos que distanciam o caráter jurisdicional da arbitragem, são seis:

- I. *O exercício da jurisdição é prerrogativa e monopólio do Estado, podendo ser realizada única e exclusivamente por aqueles que estejam nela investidos por concurso público;*
- II. *A escolha das partes pelo juízo arbitral traz como consequência inafastável a renúncia à jurisdição;*
- III. *A arbitragem não é dotada de inevitabilidade, tal como ocorre com a jurisdição;*

- IV. *O exercício da jurisdição pressuporia investidura em concurso público;*
- V. *A arbitragem não observa o princípio do juiz natural; e*
- VI. *Árbitro não tem aptidão para executar as suas decisões*

Por sua vez, para Carreira,

“O juízo arbitral seria um juízo como qualquer outro quanto a função de julgar. É um órgão privado, que cumpre idêntica função à do órgão judicial na administração da Justiça, só que em menor extensão (só compreende a cognição e não a execução), fornecendo a prestação jurisdicional devida pelo Estado mediante convenção das partes, de acordo com a normatividade imposta pelo próprio Estado”

O exercício da jurisdição visa, sempre, o restabelecimento e a manutenção da paz e da ordem social.

“Como o Estado de Direito não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados, caberá à parte deduzir em juízo a lide existente e requerer ao juiz que a solucione na forma da lei, fazendo, de tal maneira, a composição dos interesses conflitantes, uma vez que os respectivos titulares não encontraram um meio voluntário ou amistoso para harmonizá-los. Tomando conhecimento das alegações de ambas as partes, o magistrado definirá a qual delas corresponde o melhor interesse, segundo as regras do ordenamento jurídico em vigor, e dará composição ao conflito, fazendo prevalecer à pretensão que lhe seja correspondente. Eis aí, em termos práticos, em que consiste a jurisdição”⁵²

Mas devemos ressaltar que a jurisdição não é apenas uma função estatal.

“É, ao mesmo tempo, poder, função e 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 compete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal)”⁵³

Desta forma, apesar de caracterizarmos a arbitragem como forma privada de solução de litígios, a intenção primordial é a pacificação social por uma forma célere, econômica e sigilosa, o que comprova a base jurisdicional em que a arbitragem se reveste, e não afastando seu caráter contratual.

Havendo duas vertentes que dividem a arbitragem: a privatista e a publicista. Aqui merece destaque a lição de Silva, conforme segue:

“Os privatistas se apegam à natureza do ato que deu origem à arbitragem, que a seu ver é um ato de natureza privada, instituída através da clausula arbitral, ou do compromisso de arbitragem, que é proveniente de um negócio jurídico de natureza privada. Por esse motivo a função do árbitro tem caráter privado e a

⁵² THEODORO JR., Humberto. Curso de direito processual civil. 50.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 37, n. 34.

⁵³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo et all. Teoria geral cit., p. 147

eficácia de sua decisão depende, basicamente, de chancela estatal, pois equivale a um parecer ou laudo técnico. Os publicistas veem o aspecto teológico da função do árbitro, no seu aspecto finalista, sendo que a função, evidentemente, é pública e o ato é que é privado. Esta teoria adota o entendimento jurisdicional e atribui ao árbitro todas as funções inerentes à jurisdição, exceto o poder de império, privativo aos juízes togados.”

Devido ao seu caráter eminentemente privado, a jurisdição arbitral se limita a execução do *iudicium*, em todos os seus termos e prerrogativas, reservando-se a realização do *imperium* apenas ao juízo estatal. Isso ocorre na medida em a realização do *imperium* pressupõe a realização de atos que implicam em expropriação forçada, ou seja, que pressupõem o uso da força (coerção) que o Estado detém em caráter de monopólio. A limitação, aqui, longe de descaracterizar o caráter jurisdicional da arbitragem, traz para ele uma limitação, isto é, uma medida, numa noção que se aproxima sobremaneira do conceito de competência (enquanto medida da jurisdição) assentado na ciência processual para a jurisdição estatal.

3.3. PANORAMA HISTÓRICO

Analisando que o uso da mediação e da arbitragem revela soluções de litígios ao longo da história humana, o que é sustentado também por registros antigos, entre babilônios na arbitragem pública, e hebreus no âmbito privado.

Dá-se como origem da mesma na Grécia, que em sua mitologia utilizava desta estrutura para solucionar divergências divinas, ou a âmbito social, na delimitação entre cidades – Estados, em que as dificuldades do direito intermunicipal seriam superadas pela prática da arbitragem, como exemplo inclusive do uso da cláusula compromissória tem-se o Tratado de Paz de 445 a.C. entre Atenas e Esparta.

Coutinho acentua que:

“Nas cidades-estados ou polis, existia a figura do árbitro, que decidia o litígio de modo breve, com o sim, ou não, adotando, na íntegra a colocação de um dos contendores; ele tinha a possibilidade ou faculdade de julgar conforme a equidade.”

Tal cláusula estipulava o respeito que as partes devem ter à decisão arbitral, sendo legítimo o “compromissum” dado pelo pretor, que não era tão simples quanto o juízo

arbitral, que dava condição ao árbitro de tomar sua decisão sem necessariamente ser submissa à lei, enquanto que o pretor impunha ao árbitro a aceitação do julgamento.

Conforme a expansão das cidades e dos vínculos sociais, logo surge o direito internacional privado que fazia uso dos bons ofícios e da mediação, já em Roma, mesmo com o imperialismo em voga, a arbitragem foi utilizada para a resolução de conflitos entre Estados e também no âmbito privado, incluindo na fase do “jus peregrinus”, com o “praetor peregrinus” solucionando divergências dos estrangeiros.

Durante o período Justiniano houve grande desenvolvimento da arbitragem, com a instituição do “actio in factum” contra a parte que não executasse o laudo, no caso deste não ter sido impugnado nos dez dias posteriores à pronúncia.

Segundo Pedro A. Batista Martins, a prática da arbitragem no passado pelos povos antigos, afirma que ela foi “utilizada pelos povos desde a mais remota antiguidade, quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre os povos. ”

Já para Gianni Schizzeroto,

“As causas para o desenvolvimento da arbitragem durante a Idade Média são cinco: ausência de leis; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza dos Estados; e conflitos entre Estado e Igreja”.

A Igreja Católica teve papel de destaque neste período, o que favoreceu as resoluções pacíficas de litígios, devemos ressaltar que o Papa era o árbitro supremo e as penalidades aplicadas eram religiosas, tais como a excomunhão e o interdito.

O uso da arbitragem foi favorecido conforme as cidades tornavam-se independentes e os comerciantes escolhiam seus árbitros, em que a cláusula compromissória era mantida inclusive nos contratos mercantis, desta forma só se ia ao tribunal caso revelia ou falta de cooperação do árbitro.

Ao longo da Revolução Francesa, a arbitragem foi ferramenta essencial para reação aos extensos abusos da lei pelo rei, mas em nove de maio de 1806 a lei sobre arbitragem foi instituída com intensa formalidade, desestimulando seu uso.

Recuperando sua importância a partir do século XIX, com ênfase no direito internacional, quer público ou privado, havendo a elaboração de Tratados, protocolos, e propostas efetuadas por Organismos supranacionais, além de centros internacionais ou associações para o equilíbrio das normas aplicáveis a contratos internacionais e à arbitragem,

contornando dificuldades entre países de “Civil Law” e de “Common Law”, com ambíguas interpretações.

Como explica Williamsburg⁵⁴:

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

3.4. PANORAMA DA ARBITRAGEM BRASILEIRA

Desde a colonização portuguesa se reconhece a arbitragem em nosso Ordenamento Jurídico, como nas Ordenações Filipinas.

Introduzida no Brasil, no ano de 1831 e, em seguida, em 1837, Pedro A. Batista Martins descreve que utilizaram a arbitragem para resolver litígios relativos à locação de serviços e posteriormente ela foi regulada, em 1850, consagrada no Código Comercial:

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

O Código Comercial Brasileiro que estabelecia a justiça arbitral obrigatória nos contratos de locação mercantil, dizia no artigo 245, já revogado: “Todas as questões que resultarem de contrato de locação mercantil serão decididos em juízo arbitral”.

Na Constituição do Império de 22/03/1924, surgiu a arbitragem em contexto brasileiro, em que no art. 160, promulga que juízes–árbitros podiam ser nomeados pelas partes, em busca da solução de litígios cíveis cujas sentenças, caso as partes concordassem, seriam executadas sem recurso.

A menção a competência de legislar foi declarada nas Constituições de 1946 e 1934 (artigo 4º), em que nesta no seu artigo 5º, descreve como competência de legislação federal, tendo o legislador estadual à competência supletiva.

⁵⁴ WILLIAMSBURG, VA. JUDICIAL REFORM ROUNDTABLE II”, ESTADOS UNIDOS, MAIO, 1996.

O Código de 1973, em repetição ao disposto no Código Civil, alterou a execução e funcionamento do juízo arbitral, declarando que o laudo arbitral deveria ser proferido pelo árbitro, e homologado, tendo assim força executória.

A Lei n.º 31 de 29 de agosto de 1986, foi aprovada pela Assembleia da República, que caracterizou a arbitragem como possibilidade de desobstruir os tribunais judiciais, estabelecendo a arbitragem voluntária, proporcionando a execução da justiça digna e correta, regulada pelos Tribunais Judiciais, o Governo aprovou o Decreto-Lei n.º 425 de 27 de dezembro de 1986, autorizando a criação de centros a funcionar de forma institucionalizada e permanentemente, como que profissionalizando a atividade.

A Lei Marco Maciel, nº 9.307/96, possibilitou o desenvolvimento da resolução dos litígios que não estivessem no âmbito do Poder Judiciário, cujo poder limitou-se à ocorrência com o objetivo de assegurar o êxito da arbitragem como meio pacífico ao despacho de querelas, através da mediação, da conciliação e do pronunciamento dos árbitros, tudo na área privada. A arbitragem impossibilita que após ser acordado pelas partes o juízo arbitral, que recorram ao judiciário.

Como Roque descreve:

Trata-se da ampliação e extensão do Poder Judiciário, criando novo pretório para a solução de controvérsias. É outra jurisdição, mas jurisdição privada, paralela, porém separada da jurisdição oficial. É como se fosse um tribunal privado, montado pelas próprias partes envolvidas no julgamento.⁵⁵

Com a nova lei, altera-se a história do instituto da arbitragem em nosso país. Após diversas tentativas frustradas, logrou aprovação no Congresso Nacional a iniciativa do “Instituto Liberal Pernambucano”, através do Projeto de Lei n.º 78, encaminhado ao Congresso em junho de 1992, que se unindo a empresas e instituições jurídicas, teve patrocínio do Senador Marco Antônio de Oliveira Maciel.

Assim, menciona LIMA VERDE:

[...] as novas realidades econômicas dos últimos tempos que conformam um novo Direito Mercantil e Empresarial, quais sejam a abertura de mercados, desenvolvimento dos meios de comunicação, tendências para a integração europeia e interamericana, inovação das estratégias comerciais e o desenvolvimento do tráfico de massa, assim como as lógicas preferências do comerciante moderno, pela rapidez, a economia de custos e a especialização, vão

⁵⁵ ROQUE, José Sebastião. Arbitragem implanta-se enfim no Brasil. Revista de Direito. Universidade Ibirapuera. Coordenadoria de Pesquisa e Extensão. V. 1. n.º 1. Outubro, 1998. São Paulo, 1998, pg. 191.

reforçar a virtualidade da instituição arbitral como meio idôneo de resolução de controvérsias⁵⁶.

Na frase do jurista espanhol NAVARRETE, cada vez mais verdadeira: “[...] as dilações indevidas são autêntico câncer a corroer uma justiça enferma, acometida de um mal incurável que é a lentidão. ”

Desta forma o Estado não pode monopolizar a execução da justiça, sendo que a sociedade em eterna evolução, adquirindo conhecimento cultural e social, tem a condição de trabalhar conjuntamente ao Judiciário, e isso ocorrendo por meio da utilização da arbitragem, possibilitando a solução do conflito entre as partes envolvidas.

3.5. LEI DE ARBITRAGEM NO BRASIL

3.5.1. Lei nº 9307/96

A arbitragem no Brasil, regulada na Lei nº 9307, de 23 de setembro do ano 1996, publicada no DOU de 29/09/96, se originou No Projeto de Lei do Senado de nº 78, de 1992, quando três projetos anteriores foram arquivados.

Pela coordenação do Dr. Petrônio Muniz, do Instituto de Pernambuco, a operação Arbitrer foi iniciada, o projeto foi apresentado pelo então Senador Marco Maciel, com a contribuição dos Drs. Carlos Alberto Camona e Pedro Batista Martins, da Dra. Selma M. Ferreira Lemes, para que a Lei fosse aperfeiçoada. Segundo o autor do projeto, a proposta legislativa apresentada se baseava nos parâmetros da comunidade internacional, particularmente a fixada pela ONU na Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL.

Consequentemente, o Brasil usufrui da arbitragem como método jurisdicional, atingindo notória posição no ambiente internacional, como um dos maiores consumidores do instituto. O Brasil hoje ocupa o quarto lugar em número de arbitragens, enquanto que Estados Unidos, França e Alemanha aparecem nas três primeiras colocações, respectivamente, conforme estatística da Câmara de Comércio Internacional (CCI).

⁵⁶ VERDE, CITADO POR COUTINHO, CRISTIANE MARIA HENRICHES DE SOUZA. A ARBITRAGEM E A LEI Nº 9.307/96. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1999, PG. 18

Analisando os relevantes atributos acrescentados pela Lei 9.307/96, pode-se incluir a condição de execução específica da cláusula compromissória, a equiparação do laudo arbitral a uma sentença judicial, dispensando a homologação pela autoridade judiciária, além da equiparação dos efeitos da cláusula compromissória e do compromisso arbitral.

As denominadas Cortes de Conciliação e Arbitragem, pela eficácia e efetividade demonstrada em suas atividades, considerando-se seus resultados, têm determinado a criação de um novo panorama para a solução dos litígios. Exemplo de grande significado o que está ocorrendo no Estado de Goiás. A 1ª CCA de Goiânia, instalada em 1996, funcionando na Associação Comercial e Industrial, recebeu até junho de 1998, 3.718 reclamações; a 2ª Câmara de Goiânia, que funciona no Secovi-Goiás, no mesmo período, 8.036 reclamações; a 3ª, sediada na Sociedade Goiana de Pecuária e Agricultura, atenderam 344 reclamações.

A maior controvérsia quanto à possibilidade de entes estatais brasileiros submeterem-se a processo arbitral refere-se à *arbitrabilidade* objetiva, isto é, qual matéria a pessoa jurídica de direito público pode discutir em sede de arbitragem. A questão gira em torno do princípio da indisponibilidade do interesse público e em que matérias envolveriam esse interesse.

Antes da edição da Lei de Arbitragem, o direito brasileiro era considerado pouco flexível à escolha de norma de direito material aplicável a contratos internacionais. Isso porque não havia dispositivo legal autorizando, expressamente, a eleição de regra de direito a reger negócios jurídicos.

A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu artigo 16, dispõe sobre a competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência, dizendo que:

“O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica, automaticamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

Na hipótese de contratos celebrados entre ausentes, ou seja, com as partes em lugares distintos, consideram-se constituídas as obrigações no local onde residir o proponente. A Lei de Arbitragem alterou esse paradigma, gerando dois regimes distintos para escolha de leis aplicáveis a contratos internacionais. Por um lado, nos litígios a serem resolvidos por arbitragem, incide o artigo 2º e as partes podem escolher a lei aplicável, desde que não

haja violação à ordem pública. Por outro lado, para contratos com foro judicial, continua a vigor a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Trata-se de situação singular do direito brasileiro, em que as normas de conflito de lei no espaço variam de acordo com o método de solução de controvérsia (judicial ou arbitral) e não em virtude da existência de determinado elemento de conexão ou em vista das características da relação jurídica subjacente.

4. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO E NO DIREITO DO CONSUMIDOR.

4.1. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

Assumindo o número exacerbado de ações que ocupam nosso sistema judiciário sobrecarregando-o, tornando a busca pela justiça um processo lento e custoso, em seu art. 4º, o CDC propôs a utilização de mecanismos variados para a resolução de problemas como forma adicional,

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

V - Incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

Mas apesar da situação relatada inicialmente, em seu art. 51, VII, o CDC anula cláusulas contratuais que discriminam o uso da arbitragem em relações de consumo,

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

(..)

VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;

O que também se confirma na Emenda abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATO DE ADESÃO. VEDAÇÃO DE IMPOSIÇÃO COMPULSÓRIA DE CLÁUSULA ARBITRAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE LIVRE PACTUAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. CONCLUSÃO DE UTILIZAÇÃO OBRIGATÓRIA PELO TRIBUNAL A QUO. DESLINDE DA CONTROVÉRSIA RECAI EM REEXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 5, DESTA CORTE.

I. Vedada a imposição compulsória de cláusula arbitral em contratos de adesão firmados sob a vigência do código de defesa do consumidor.

II. Acórdão recorrido que conclui pela utilização compulsória da cláusula arbitral, por parte da recorrente, não pode ser desconstituído nesta Corte sem o necessário reexame de cláusulas contratuais, hipótese vedada pela Súmula n. 5-STJ.

III. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg nos EDcl no Ag 1101015/RJ, Rel. Ministro ALDIR

PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 23/03/2011)

Desta forma, apesar do incentivo legal em buscar formas alternativas para a resolução de conflitos, percebe-se um impedimento legislativo para incluir a arbitragem como uma opção, podendo-se crer em duas possíveis razões para tal proibição, sendo a primeira relacionada à falta de confiança na cláusula arbitral, já que é necessário que as partes concordem com o afastamento do Poder Público, e segundo porque ainda assim seria necessário homologar judicialmente o laudo para que os resultados da decisão tivessem efeito.

Por meio das considerações de Selma M. Ferreira Lemes⁵⁷, a respeito das normas não serem compatíveis temos a prevalência das disposições que surgem após a Lei de Arbitragem, não podendo determinar que convenções relacionadas ao uso da Arbitragem se tornassem nulas contanto que respeitassem algumas formalidades como exemplificados no art. 4º § 2.º da Lei 9.307/96.

"(...) não vemos como afirmar que o art. 51, inciso VII, do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do dispostos nos arts. 2.º e 3.º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase a totalidade preveem matérias afetas às relações de consumo. (...) analisando e comparando as consequências determinadas pela norma anterior com a posterior evidencia-se a incompatibilidade entre elas; portanto, a lei de arbitragem, neste particular, revogou o CDC. (...) O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vêm sendo praticadas mundialmente; todavia,

⁵⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. "A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado". Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, pp. 126 e 127.

condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz"

Surgindo assim normas estabelecidas para serem seguidas como: Obrigatoriedade de observância da cláusula arbitral, que pela implantação da Lei 9.307/96, decretou-se que as partes que convencionassem a cláusula arbitral, teriam sua utilização obrigatória, só não podendo ser celebrada quando a parte que a aderiria não tivesse condição de discuti-la previamente, que lhe fosse colocada de forma obrigatória pela parte oferecedora. Como segunda condição particular seria a limitação da eficácia da cláusula compromissória, e pôr fim a disposição de que para acordos feitos as partes do negócio, que tivessem a cláusula arbitrária de forma compulsória, a teriam nula, mas caso de comuns acordos e ambas as partes cientes, poderiam inclui-la posteriormente respeitando o art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem.

Desta forma podemos inicialmente observar que duas possíveis barreiras para a utilização da arbitragem no Direito do Consumidor seriam seus custos, para os quais posteriormente serão sugeridas algumas possibilidades para revertê-los, e segundo a falta de informação que levaria a descrença na arbitragem ou até sua aplicação de maneira errônea.

Antes que algumas opções sejam propostas faz-se necessário salientar que em análise das áreas do direito que mais recorrem ao judiciário, o Direito do Consumidor e Direito do Trabalho estão entre as principais, exigindo assim, para que ocorra menor desperdício de recursos, uma tentativa dos aplicadores do Direito, como se pode comprovar na figura abaixo.

1. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Verbas Rescisórias	5.281.354 (10,39%)
2. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Contratos	2.827.291 (5,56%)
3. DIREITO DO CONSUMIDOR - Responsabilidade do Fornecedor/Indenização por Dano Moral	2.039.288 (4,01%)
4. DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa	1.642.997 (3,23%)
5. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Moral	1.258.733 (2,48%)
6. DIREITO CIVIL - Família/Alimentos	1.023.112 (2,01%)
7. DIREITO CIVIL - Obrigações/Espécies de Títulos de Crédito	842.560 (1,66%)
8. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Liquidação / Cumprimento / Execução/Obrigações de Fazer / Não Fazer	784.756 (1,54%)
9. DIREITO ADM. E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Organização Política - administrativa / Administração Pública/ FGTS/Fundo de Garantia por Tempo de Serviço	761.444 (1,50%)
10. DIREITO CIVIL - Obrigações/Inadimplemento	714.364 (1,41%)
11. DIREITO DO TRABALHO - Responsabilidade Civil do Empregador/Indenização por Dano Moral	700.595 (1,38%)
12. DIREITO DO TRABALHO - Remuneração, Verbas Indenizatórias e Benefícios/Salário / Diferença Salarial	687.621 (1,35%)
13. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Processo e Procedimento/Antecipação de Tutela / Tutela Específica	687.508 (1,35%)
14. DIREITO DO TRABALHO - Rescisão do Contrato de Trabalho/Seguro Desemprego	673.809 (1,33%)
15. DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil/Indenização por Dano Material	658.534 (1,30%)
16. DIREITO CIVIL - Família/Casamento	635.194 (1,25%)
17. DIREITO CIVIL - Coisas/Propriedade	626.812 (1,23%)
18. DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos/IPTU/ Imposto Predial e Territorial Urbano	615.289 (1,21%)
19. DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO - Partes e Procuradores/Assistência Judiciária Gratuita	609.494 (1,20%)
20. DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Benefícios em Espécie/Auxílio—Doença Previdenciário	605.328 (1,19%)

Figura 1 Assuntos mais demandados no Poder Judiciário

Fonte: Justiça em Números – Conselho Nacional de Justiça, 2014. Brasília, 2015

Para que as custas judiciais sejam definidas, considera-se a complexidade da causa e se o “preço” (monetário, temporal, das convivências, mercadológico) a ser contingenciado, na utilização desse aparato, compensará.

Os gastos para se recorrer à via arbitral mostram-se superiores aos exigidos para a propositura de ação judicial, o que se deve aos altos valores dos honorários dos árbitros e das custas cobradas por uma câmara arbitral.

Com relação aos custos comuns à arbitragem e ao Judiciário estatal, cabe às próprias partes controlar esses valores. Valores estes que representam a maior parte dos gastos das partes em ambos os procedimentos (mais de 75%). Esses gastos envolvem custear advogados, alocar funcionários para lidar com a demanda e também custear a produção de provas específicas e contratação de peritos. *"Além disso, enquanto temos enorme número de casos para poucos juízes, a arbitragem terá dedicação dos árbitros escolhidos e maior cooperação e comunicação entre as partes, que têm maior interesse que a ação seja definida o mais breve possível"*, afirma Pupo⁵⁸.

Entretanto, para se saber o real custo de uma arbitragem é preciso considerar não apenas as despesas de todo o procedimento arbitral, mas também os custos de transação envolvidos em cada procedimento.

⁵⁸Fonte:<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>.

Armando Castelar Pinheiro afirma,

Tanto no Direito como na Economia, pressupõe-se que o Judiciário está sempre pronto e capacitado a resolver as disputas contratuais rápida, informada, imparcial e previsivelmente, atendendo-se aos termos originais do contrato e ao texto da lei. Essa seria uma das razões que explicariam o uso generalizado dos contratos como instrumento organizador da atividade econômica e, em especial, das transações realizadas através do mercado. Sem a garantia de que o desrespeito aos contratos será punido com rapidez e correção, as relações e trabalho, os negócios entre empresas, as operações financeiras e muitas outras transações econômicas ficariam mais incertas e caras, podendo mesmo se tornar inviáveis ou restritas a pequenos grupos. Como observa Williamson, a Economia e o Direito fazem essa suposição sem se indagar, com a devida profundidade, em que medida ela corresponde aos fatos. [...] para esse autor, o hiato entre o desempenho teórico do Judiciário e aquele observado na prática é uma das razões por que a atividade econômica, por vezes, se organiza de formas não-canônicas, buscando reduzir custos de transação e preservar relações que envolvam investimentos específicos. Em especial, a impossibilidade de elaborar contratos suficientemente completos, a dificuldade de garantir a sua aplicação nos tribunais e o interesse das empresas em proteger relações de longo prazo do inevitável desgaste de uma demorada e imprevisível disputa judicial fazem com que a própria atividade econômica se organize de forma a evitar conflitos e permitir a adaptação dos contratos (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p.244)⁵⁹.

Considerando tais pontos, faz-se necessário notar que o processo judicial, que além das custas também apresenta baixo dinamismo e celeridade, pode não ser viável para quem quer que seja. Dessa forma é preciso atentar para o fato de que nem sempre os custos financeiros inicialmente exigidos para instituir a arbitragem fazem desse instituto um instrumento mais caro do que a jurisdição estatal, afinal:

Potencialmente, a arbitragem pode permitir a redução dos custos de transação em razão (a) da relativa agilidade com que é concluída, (b) da relativa imparcialidade do árbitro e (c) da especialização dos árbitros. Além disso, a utilização da arbitragem pode criar melhores incentivos para o adimplemento das obrigações contratuais. Isso porque a inclusão da cláusula arbitral em um contrato dá às partes a possibilidade de regular o ambiente normativo a que se submeterão em caso de disputas. A falta de clareza sobre a legalidade dos procedimentos arbitrais aumenta os custos de transação impostos pelo ambiente normativo. Quanto maior o grau de incerteza, tantos maiores serão os incentivos para que os indivíduos alterem seus padrões negociais ou simplesmente reduzam sua participação em atividades econômicas, reduzindo-se, conseqüentemente, o potencial de geração de riqueza para a sociedade (SALAMA; PUGLIESE, 2008, p.2)⁶⁰.

Por sua vez, na tutela estatal o tempo de espera por uma decisão final acarreta elevados custos de transação para as partes, uma vez que ficam privadas de seus bens e direitos disputados em juízo até que a decisão transite em julgado, não podendo, por exemplo, a depender da situação, adquirir ou vender bens móveis ou imóveis.

⁵⁹ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁶⁰ SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia?. In: Caderno Direito GV (no prelo). São Paulo: FGV/EDESP, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama>.

Segundo Tatiana Gonçalves:

O procedimento arbitral não é barato, tendo em vista que os honorários dos árbitros e as custas cobradas por uma Câmara Arbitral não são de pouca monta. Por outro lado, como o procedimento arbitral é célere, há compensação; 'mesmo sendo as despesas de todo o procedimento arbitral arcadas pelos litigantes, o seu custo final, ou melhor, o seu custo-benefício, certamente ultrapassará as expectativas das partes (GONÇALVES, 2010, p. 62)⁶¹.

Marcos Felipe Guimarães Fernandes Bernardino e Daniel Freitas Drumond Bento afirmam que

As vantagens da arbitragem, celeridade, confidencialidade, neutralidade e expertise dos julgadores, bem como os motivos para sua utilização devem ser levados em conta e se possível quantificados para se analisar quando a arbitragem é um meio de solução de controvérsias ótimo para o caso em questão. Nessa análise, diversos são os fatores determinantes, os de natureza direta (custos de instauração do procedimento, custos com advogados, honorários de árbitros, dentre outros) e os de natureza indireta (risco de a decisão arbitral ser invalidada pelo Poder Judiciário, risco de decisão desfavorável, dentre outros) (BERNARDINO e BENTO (2014, p. 28)⁶².

Com relação à falta de informação deve-se incluir o estudo da Arbitragem desde a base da formação acadêmica, colocando como disciplina obrigatória e inclusive para prática jurídica nas universidades para formar doutrinadores e aplicadores do direito, mais habituados a esta e melhores informados também.

E como sugestão também se propõe mais fiscalização às Câmaras ou Conselhos arbitrais, não para desenvolvimento de práticas mais burocráticas, mas sim para a condição de criar ferramentas de controle garantindo o respeito aos princípios legais para que as partes não sejam lesadas e que a Arbitragem não seja ferida.

Por fim devemos citar como termos importantes à Arbitragem o CDC, Lei nº 8.078/91, a LA o Novo Código de Processo Civil (NCPC), Lei nº 13.105/2015, em que há condições para o uso de ferramentas alternativas para a resolução de conflitos.

Tendo em vista a vigência de uma nova e sistematizada disciplina para a arbitragem, a escolha da via da arbitragem é uma alternativa em qualquer situação. Com efeito, nestes casos mostram-se desnecessárias algumas preocupações, uma vez que essa relação

⁶¹ GONÇALVES, Tatiane de Oliveira. Arbitragem em Contratos: análise econômica. Nova Lima: Faculdades Milton Campos, 2010.

⁶² BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes; BENTO, Daniel Freitas Drumond. Viabilidade jurídica e econômica da arbitragem - uma análise econômica do instituto. Disponível em: 92 http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/viewFile/65/35. Acesso em: 16/082015.

estaria resguardada pela denominada Política Nacional das Relações de Consumo, que objetiva de maneira expressa a harmonização dos interesses daqueles que participam destas relações de consumo. (PAULA, 1998⁶³).

Quanto a este aspecto, ressalta-se que os árbitros durante o exercício da função arbitral ou em razão dela se equiparam aos funcionários públicos para todos os efeitos da legislação penal, e assim como os juízes togados, os profissionais supracitados respondem civilmente pelos danos que causarem às partes, nos termos do art. 143 do Código de Processo Civil, quando no exercício de suas funções procederem com dolo ou fraude.

Seguindo esta orientação, verifica-se que embora a sentença arbitral não esteja sujeita a recurso de homologação pelo Poder Judiciário, os efeitos produzidos pela sentença arbitral, não obstam a prerrogativa do Judiciário quanto ao controle da legalidade do juízo arbitral. Desse modo, uma vez não observadas as condições previstas no art. 32 da LArb, a sentença arbitral será declarada nula, bastando que a parte interessada, no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento, pleiteie ao órgão do Poder Judiciário a decretação da nulidade.

A sentença que julgar procedente o pedido formulado declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII e determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses. Pelo exposto, caso fique demonstrado que a decisão tenha sido decretada por prevaricação, concussão ou corrupção passiva, a parte interessada poderá requerer a anulação da sentença, e ainda, a aplicação das sanções penais cabíveis.

Em razão da proteção conferida ao consumidor, quando levada a dirimir controvérsias relativas à relação de consumo, a arbitragem deverá levar em consideração pressupostos afetos a esta situação jurídica, que envolve fornecedores e consumidores que gozam de prerrogativas e direitos impostergáveis. Em razão disso, por serem as normas do CDC imperativas, estas deveram ser aplicadas independente da vontade das partes, vez que não poderão ser derogadas. (PAULA, 1998⁶⁴).

⁶³ PAULA, Adriano Perácio de. A arbitragem nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 32, p. 55-73, out/dez, 1999.

⁶⁴ PAULA, Adriano Perácio de. A arbitragem nas relações de consumo. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo, n. 32, p. 55-73, out/dez, 1999.

4.2. LEI DE ARBITRAGEM NO DIREITO DO TRABALHO

Diferentemente do antigo Código de Processo Civil, no Código atual a Arbitragem não foi excluída como forma de resolução de conflitos, conforme se analisa em seu art. 3º

Artigo 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Tal alteração pode ter ocorrido com a intenção de fornecer condições mais céleres e menos custosas, ao acesso à justiça, fornecendo resultado justo sem que seja necessário recorrer ao judiciário e em conformidade com os princípios que regem nosso ordenamento jurídico.

O novo Código do Processo Civil em seu art. 3º, institui a Arbitragem como Jurisdição, permitindo a Arbitragem na forma da lei, no artigo 42º estabelece que “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo órgão jurisdicional nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”, desta forma o novo CPC confirma a Arbitragem como um Instituto Jurisdicional reconhecido, garantido o direito das partes a optarem pela Jurisdição Arbitral, neste momento inclui-se no princípio da inafastabilidade de jurisdição, desta forma, coloca-se um fim na teoria de Sentença Arbitral ser Inconstitucional e a falta de reconhecimento como jurisdição, pois, outrora houve muitas discussões a respeito da legitimidade, validade, legalidade e aplicação da sentença Arbitral em caso concreto, sem dúvidas, estas mudanças trarão muitos benefícios para as partes que optarem pela Convenção de Arbitragem⁶⁵.

Apesar de ser comprovada a possibilidade do uso da Arbitragem para a solução de conflitos de dissídios coletivos jurídicos e econômicos, ainda há maior procura pelo poder Judiciário devido ao receio da parte de ser injustiçada pelo árbitro, já que há a preferência por um juiz natural ao cargo em face de um árbitro investido momentaneamente de juiz arbitral, mesmo que o segundo responda legalmente por sua sentença tanto quanto o primeiro.

⁶⁵ Fonte: <http://sergioliveiradesouza.jusbrasil.com.br/artigos/116475616 /confira-como-ficara-a-arbitragem-no-novo-cpc>, data da captura 04/5/2017

Quanto ao uso da Arbitragem para a resolução de conflitos referente aos direitos patrimoniais indisponíveis, cabe salientar que na ocorrência de disparidade entre os direitos na relação do empregador e seu empregado quando do rompimento do pacto laboral, os direitos trabalhistas deixam de ser irrevogáveis, já que não seria possível comprovar a hipossuficiência de uma parte compara a outra.

Neste sentido, torna-se válido salientar o entendimento firmado pela 4ª turma do Colendo TST, consubstanciado em trecho de acórdão abaixo transcrito⁶⁶:

Ao se afirmar, genericamente, que os direitos trabalhistas constituem direitos patrimoniais indisponíveis, não se leva em conta que o princípio da irrenunciabilidade de tais direitos foi, em diversas situações, mitigado pelo legislador. Um primeiro exemplo desta circunstância está na existência de normas específicas que preveem expressamente sua disponibilidade, como v.g. os direitos consagrados pelos incisos VI e XIV do artigo 7º da Carta Republicana. Outro, quando se identifica o momento em que os direitos são devidos. Isso porque, apenas no ato da contratação ou na vigência de um contrato de trabalho considera-se perfeitamente válida a tese da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, posto que é de se reconhecer que a desvantagem em que uma das partes se encontra, pode impedi-lo de manifestar livremente sua vontade. Após a dissolução do pacto, no entanto, não há de se falar em vulnerabilidade, hipossuficiência, irrenunciabilidade ou indisponibilidade, na medida em que o empregado não mais está dependente do empregador.

Ainda neste contexto, destaca-se o posicionamento de Iara Pacheco⁶⁷:

Efetivamente, a irrenunciabilidade não é absoluta no processo do trabalho: a uma porque nem todos os direitos trabalhistas tem origem em normas de ordem pública; a duas, porque existe na doutrina e na jurisprudência um tratamento diferenciado da irrenunciabilidade quanto ao momento do fato, se antes do contrato, durante este e no momento da rescisão ou após esta; a três, porque existem outros institutos acolhidos pelo direito do trabalho, como a conciliação (e consequente transação), que pode levar à renúncia parcial, bem como a prescrição e decadência, que podem acarretar a perda do direito de ação pela inércia do titular.

⁶⁶ RR-1650/1999-003-15-00.3, Juíza convocada Maria Doralice Novaes, 4ª Turma, DJ de 14/09/2005.

⁶⁷ PACHECO, Iara Alves Cordeiro. Os direitos trabalhistas e a arbitragem. São Paulo: ed. LTr, 2003. p. 98.

Assim não seria possível haver obstáculo na abrangência trabalhista no que compete aos dissídios individuais já que existe uma parcela selecionada pela indisponibilidade relativa.⁶⁸ Ressalta-se que se faz necessária à convenção de compromisso arbitral entre as partes, não podendo haver condições de nulidade existentes como a submissão financeira do trabalhador em face do empregador, por exemplo.

Deste modo, a disposição do direito pelo trabalhador não pode ferir o patamar civilizatório mínimo exposto por Godinho⁶⁹, entendendo estes direitos como sendo aqueles previstos na Constituição, nas leis e nas normas regulamentares expedidas pelo Poder Executivo visando à garantia da saúde do trabalhador, bem como às normas internacionais que tutelam as relações trabalhistas.⁷⁰

Fala-se, ainda, no elevado custo da arbitragem, já que, enquanto as custas do processo judicial são baixas e pagas ao final, sendo ônus do Estado a manutenção da estrutura administrativa, a arbitragem exige satisfação imediata de custos administrativos e honorários do árbitro pelas partes, mas o que não pode ser afirmado uma vez que o trabalhador não precisa, necessariamente, pagar as custas, já que em se tratando de dissídio coletivo, a doutrina aponta para a possibilidade de elaboração de acordo ou convenção coletiva de trabalho, estipulando que o pagamento das custas fique a cargo do empregador.

Assim se torna necessário para avaliar a condição da utilização da Arbitragem na resolução de conflitos, analisar o momento em que seu uso foi pactuado, nunca podendo ser em realidade na qual o empregado se encontra em posição hipossuficiente a seu empregador, podendo caracterizar nulidade. No entanto, a natureza das verbas controvertidas deve ser analisada.

Rodolfo Pamplona Filho⁷¹, em artigo sobre o instituto da arbitragem, doutrina:

Ora, em função do Princípio tradicional da Irrenunciabilidade de Direitos, há quem entenda que o Juízo Arbitral seria totalmente inaplicável às relações individuais de trabalho, o que tem encontrado respaldo nos setores mais conservadores da doutrina e jurisprudência. Todavia, os tempos parecem estar mudando no horizonte, pois, pouco a pouco, a flexibilização dos direitos trabalhistas no plano individual, ainda que com a assistência das entidades sindicais, parece estar ganhando cada vez mais corpo. Além das previsões constitucionais do art. 7º,

⁶⁸ CARAJELESOV, Paula Corina Santone. Arbitragem nos Conflitos Individuais do Trabalho. Curitiba: Juruá, 2010. p. 87.

⁶⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 9ª ed. São Paulo: LTR, 2010. p. 217- 218.

⁷⁰ CASSAR, Volia Bomfim. Direito do Trabalho. Niterói. Impetus, 2007. p 227

⁷¹ PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Atualizando uma Visão Didática da Arbitragem na Área Trabalhista. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6831>>. Acesso em 24 mai. 2017.

incisos VI, XIII e XIV (flexibilização de direitos trabalhistas com base na negociação coletiva), a política do atual Governo federal, com envio de projetos de reestruturação da legislação laboral, também infere que grandes transformações estão por vir, com o incentivo, cada vez maior, de formas de solução extrajudicial de conflitos, entre as quais a arbitragem se destaca. Ademais, talvez já seja a hora de assumir, sem hipocrisias, que os direitos trabalhistas talvez não sejam tão irrenunciáveis assim, mas a própria possibilidade da conciliação judicial por valores menores do que o efetivamente devido já demonstra a real disponibilidade na prática (e com a chancela judícia).

Deve-se ter sempre em vista que a finalidade máxima do Poder Judiciário é a pacificação social e o processo é o instrumento adotado para viabilizá-la. Se este ideal não estiver sendo alcançado pelo Estado com a presteza e justiça necessárias, se faz necessário superar o judicialismo arraigado na cultura jurídica brasileira e a vaidade corporativista de alguns advogados e juízes para abrir espaço a modalidades alternativas de resolução de conflitos que funcionem paralelamente à estrutura judicial, a exemplo da arbitragem.

5. CONCLUSÃO

O homem, almejando a resolução de conflitos busca sempre aprimorar seus métodos para alcançar seu objetivo da forma mais eficiente e eficaz, onde o direito e sua aplicação participam em parceria, buscando o bem comum por meios legais. Considerando este propósito devemos entender então a arbitragem como um meio privado de solução de litígio, representação rápida e eficaz de resolução de pendências judiciais, em que as sentenças resultantes do processo de arbitragem têm força de sentença judicial, ressaltando que o consenso das partes prevalece sobre as regras Estatais.

Todos os princípios são de grande relevância para efetivação dos objetivos perseguidos pela Política Nacional de Relação de Consumo, contudo, na situação atual em que são inúmeras as reclamações pelo retardamento na prestação jurisdicional e pela dificuldade de acesso aos órgãos jurisdicionais, mostra-se necessário o incentivo a criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos como forma de facilitar um amplo acesso à justiça.

Neste sentido, a arbitragem tem-se mostrado um instrumento de facilitação da justiça, mormente em função da sua celeridade e segurança.

De acordo com o estudo feito ao longo desta pesquisa se nota que poucos são os obstáculos para a aplicação da Arbitragem na resolução de conflitos no âmbito do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor, sendo que como analisado inicialmente, os princípios em comum apenas reforçam esta possibilidade como exemplificado por Tânia Muniz em que:

“A participação do cidadão no poder é a base da democracia e se configura pela tomada de posição concreta na gestão dos negócios da cidade; o que se consagra através de modalidade, procedimentos e técnicas diferentes utilizadas por ele (cidadão) afim de regulamentar os seus negócios conforme o seu próprio entendimento, desde, é claro, que não contrarie a ordem pública. (...) a cidadania vem empregada não no sentido restrito do exercício de direitos políticos, mas como participação do indivíduo na sociedade estatal, cujos desígnios devem estar de acordo com a vontade de seus integrantes, buscando o bem comum. A competência de dizer o direito subtraindo tal atividade do Judiciário tanto quanto a faculdade de dispor da via arbitral, é um critério e reconhecimento que se dá ao cidadão, o qual, no exercício desse papel, desempenha função de ordenador da vida social, ajudando a traçar os desígnios da sociedade; e o faz pela utilização e exercício de sua liberdade.”

Espera-se que o conhecimento dessa norma extrapole o ambiente jurídico e que chegue a quem realmente precisa dela, o cidadão e as empresas.

Uma desvantagem com relação à arbitragem é de que como há a necessidade de as partes confiarem no árbitro, pode ocorrer, em alguns casos, de terem dificuldades na escolha dos árbitros, porém uma vez sanada a divergência o processo torna-se bastante viável, já que as partes selecionam um terceiro para analisar a pendência, e que irá impor sua decisão, devendo esta ser cumprida em direção a uma solução pacífica. Representação rápida e eficaz de resolução de litígios.

Por fim, majoritariamente, a arbitragem surge por meio do contrato celebrado entre particulares e se desenvolve na atividade arbitral, que visa solucionar o conflito sem intervenção do Estado-Juiz.

Acredita-se ainda que discorrer sobre essa temática é uma forma de transmitir conhecimentos sobre uma modalidade relativamente nova no Direito e que pode trazer benefícios aos cidadãos, que, por sua vez, terão uma maior rapidez para chegarem aos resultados finais de seus processos.

Algumas sugestões com relação à diminuição dos custos são já aplicadas no exterior como, o uso de terceiros financiadores para pagar o caso em troca de uma porcentagem dos resultados, além da necessidade da seleção de árbitros e peritos experientes, que além de bem informados, terão bom gerenciamento da duração e qualidade do processo arbitral.

Mário Yoshida⁷² pontua que a demora dos trâmites processuais implica o aumento dos custos administrativos e jurídicos de acompanhamento pelas partes e pelo próprio Estado, donde se conclui que a arbitragem, por sua rapidez, termina apresentando melhor custo-benefício para as partes.

No âmbito dos conflitos individuais, pode haver, por exemplo, cláusula contratual prevendo a responsabilidade do empregador pelas despesas relativas ao procedimento, aliada à possível redução dos honorários do árbitro, a disseminação da arbitragem como meio alternativo de composição de conflitos contribuiria para o descongestionamento da Justiça do Trabalho, possibilitando o proferimento de decisões judiciais com maior rapidez e melhor qualidade.

É digno de registro que, se o uso da arbitragem se popularizar no meio trabalhista, é bem possível que seu custo diminua em razão da maior quantidade de litígios que seriam a ela submetidos.

⁷² Op. cit., p. 141.

Dessa forma, seria um equívoco sustentar que os custos financeiros envolvidos na instauração do procedimento arbitral, per si, pudessem transformar tal instituto num limitador do acesso à justiça, na medida em que se assim olhado poderia aparentar que nem todas as pessoas poderiam ter uma decisão célere e técnica como na arbitragem. O ponto crucial é identificar as especificidades de cada litígio a fim de enquadrá-lo no mais adequado método de resolução, afinal nada melhor para garantir o acesso à justiça “que os procedimentos sejam adequados à sua solução, e que está se dê por órgãos jurisdicionais e para judiciais, sempre com vistas no custo-benefício (...)”. (CARREIRA ALVIM, 2003, p.3)

Desta forma as críticas levantadas pela doutrina e jurisprudência contra a aplicação da arbitragem nas relações laborais, não podem ser vistas como corretas, já que ao longo deste trabalho foram analisadas vias que se mostram em perfeita harmonia com o Direito do Trabalho, devendo ser encarada como forma supletiva de solução de litígios, coexistindo com a Justiça do Trabalho, a qual não se tem mostrado eficiente na prestação jurisdicional.

Constata-se nessa pesquisa que a arbitragem vem, nesse contexto, ocupando posição de destaque na resolução de disputas, manifestando-se como uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente, além de estar com conformidade com os princípios do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor.

REFERÊNCIAS

ALVIM, J.E. CARREIRA. COMENTÁRIOS A LEI DE ARBITRAGEM. 2. ED. CURITIBA: JURUÁ, 2008.

AZEVEDO, ÁLVARO VILLAÇA DE. CURSO DE DIREITO CIVIL – TEORIA GERAL DAS OBRIGAÇÕES. 5. ED. SÃO PAULO: RT. 1994. P. 31.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, 2A ED. SARAIVA, SÃO PAULO, 1998

_____. A CONSTITUIÇÃO E A EFETIVIDADE DE SUAS NORMAS. LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. 3A ED. ATUAL, RENOVAR, RIO DE JANEIRO, 1996.

BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes; BENTO, Daniel Freitas Drumond. Viabilidade jurídica e econômica da arbitragem - uma análise econômica do instituto.

Disponível em:

http://www.congresso.amde.org.br/index.php/CONGRESSO/VI_AMDE/paper/viewFile/65/35. Acesso em: 16/08/2017.

BENELI, GERSON JOSÉ. A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS ARTS. 18 A 28 DA LEI 9307/96. 2002. 206 FLS. DISSERTAÇÃO (MESTRADO EM DIREITO) UNIVERSIDADE DE MARÍLIA. MARÍLIA 2002.

BOBBIO, NORBETO. TEORIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO. 7A ED. UNB, BRASÍLIA, 1996

BONAVIDES, PAULO. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL. 7A ED. MALHEIROS, SÃO PAULO, 1998.

BRANSON, DAVID J. ETHICS FOR INTERNATIONAL ARBITRATORS, IN ARBITRATION INTERNATIONAL, VOL. 6, Nº 3 (1990) P. 72.

CARREIRA ALVIM, JOSÉ EDUARDO. DIREITO ARBITRAL. 3.ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2007, P. 250.

CAHALI, FRANCISCO JOSÉ. CURSO DE ARBITRAGEM. SÃO PAULO: RT, 2011. P. 75.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. LIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RIO DE JANEIRO. LUMEN JURIS. 16ª EDIÇÃO. 2007. V. I.

CARAJELESOV, PAULA CORINA SANTONE. ARBITRAGEM NOS CONFLITOS INDIVIDUAIS DO TRABALHO. CURITIBA: JURUÁ, 2010. P. 87.

CARMONA, CARLOS ALBERTO. ARBITRAGEM E PROCESSO: UM COMENTÁRIO À LEI 9307/96. 3ª ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2009. PÁG. 31.

CARRIÓ, GENARO. PRINCÍPIOS JURÍDICOS Y POSITIVISMO JURÍDICO. BUENOS AIRES: ABELEDO-PERROT, 1970. P. 33

CASSAR, VOLIA BOMFIM. DIREITO DO TRABALHO. NITERÓI. IMPETUS, 2007. P 227

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2014. JUSTIÇA EM NÚMEROS 2015: ANO-BASE 2014. BRASÍLIA: DEPARTAMENTO DE PESQUISAS JUDICIÁRIAS, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

COUTINHO, CRISTIANE MARIA HENRICHS DE SOUZA. ARBITRAGEM E A LEI 9307/96. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1999, PÁG. 07.

DA ROS, LUCIANO. 2015. O CUSTO DA JUSTIÇA NO BRASIL: UMA ANÁLISE COMPARATIVA EXPLORATÓRIA. NEWSLETTER. OBSERVATÓRIO DE ELITES POLÍTICAS E SOCIAIS DO BRASIL. NUSP/UFPR, V.2, N. 9, julho. P. 1-15. ISSN 2359-2826

DELGADO, MAURÍCIO GODINHO. CURSO DE DIREITO DO TRABALHO. 9ª ED. SÃO PAULO: LTR, 2010. P. 217- 218.

ESPÍNDOLA, RUY SAMUEL. CONCEITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. REVISTA DOS TRIBUNAIS, SÃO PAULO, 1999.

FERREIRA LEMES, SELMA MARIA. PRINCÍPIOS E ORIGENS DA LEI DE ARBITRAGEM. REVISTA DO ADVOGADO N. º 51, EDIÇÃO AASP – ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO, out. /1997. P. 32/35

GONÇALVES, CARLOS ROBERTO. DIREITO CIVIL BRASILEIRO – V. I – PARTE GERAL, SARAIVA, 2. ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2005. P. 302.

GONÇALVES, Tatiane de Oliveira. Arbitragem em Contratos: análise econômica. Nova Lima: Faculdades Milton Campos, 2010.

GRINOVER, ADA PELLEGRINI. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, BUSHATSKY, SP, 1975, P.7.

LEMES, SELMA M. FERREIRA. "A ARBITRAGEM EM RELAÇÕES DE CONSUMO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO". ASPECTOS FUNDAMENTAIS DA LEI DE ARBITRAGEM. 1ª ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, PP. 126 E 127.

LIMA, FRANCISCO METON MARQUES DE. PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO NA LEI E NA JURISPRUDÊNCIA, P. 173, SÃO PAULO, EDITORA LTR. 1994.

LORENZETTI, RICARDO LUIS. FUNDAMENTOS DO DIREITO PRIVADO. SÃO PAULO: RT, 1998.

MARTINS, PEDRO A. BATISTA, ARBITRAGEM ATRAVÉS DOS TEMPOS. OBSTÁCULOS E PRECONCEITOS À SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL, ARTIGO PUBLICADO NA OBRA COLETIVA "A ARBITRAGEM NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO,

MELLO, CELSO BANDEIRA DE. ELEMENTOS DE DIREITO ADMINISTRATIVO. 2. ED. SÃO PAULO:RT, 1999.

MUNIZ, TÂNIA L. ARBITRAGEM NO BRASIL E A LEI NO. 9.307/96. DISSERTAÇÃO DE MESTRADO APRESENTADA NA PUC. SÃO PAULO, 1997, S/P

NAVARRETE , CITADO POR COUTINHO, CRISTIANE MARIA HENRICHS DE SOUZA. A ARBITRAGEM E A LEI Nº 9.307/96. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1999, PG. 18.

PACHECO, IARA ALVES CORDEIRO. OS DIREITOS TRABALHISTAS E A ARBITRAGEM. SÃO PAULO: ED. LTR, 2003. P. 98.

PAULA, ADRIANO PERÁCIO DE. A ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR. SÃO PAULO, N. 32, P. 55-73, OUT/DEZ, 1999.

PEREIRA, CAIO MÁRIO DA SILVA. INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL. V. 1. 23. ED. RIO DE JANEIRO: FO-RENSE, 2010, P. 425, N. 85

REALE, MIGUEL. LIÇÕES PRELIMINARES DE DIREITO. SÃO PAULO: SARAIVA, 1980. P. 299.

ROCHA, JOSÉ DE ALBUQUERQUE. TEORIA GERAL DO PROCESSO. 4ª ED. MALHEIROS, SÃO PAULO, 1999.

RODRÍGUEZ, AMÉRICO PIÁ, LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO, 2º EDIÇÃO, P. 19, BUENOS AIRES, EDICIONES DEPALMA, 1978.

ROQUE, JOSÉ SEBASTIÃO. ARBITRAGEM IMPLANTA-SE ENFIM NO BRASIL. REVISTA DE DIREITO. UNI-VERSIDADE IBIRAQUERA. COORDENADORIA DE PESQUISA E EXTENSÃO. V. 1. N.º 1. OUTUBRO, 1998. SÃO PAULO, 1998, PG. 191.

RUBINO-SAMMARTANO, MAURO. INTERNATIONAL ARBITRATION LAW, KLUWER, DEVENTER, 1990, P. 206.

SALAMA, Bruno M. O que é Pesquisa em Direito e Economia?. In: Caderno Direito GV (no prelo). São Paulo: FGV/EDESP, 2008. Disponível em: <http://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama>.

SCAVONE JUNIOR, LUIZ ANTONIO. MANUAL DE ARBITRAGEM. 4. ED. SÃO PAULO: REVISTA DOS TRIBUNAIS, 2011. P. 87.

SILVA, DE PLÁCIDO. VOCABULÁRIO JURÍDICO. 18. ED. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 2001. P. 639.

SILVA, JOÃO ROBERTO DA. ARBITRAGEM – ASPECTOS GERAIS DA LEI 9307/96. SÃO PAULO: MIZUNO, 2004 PÁG. 45-46.

VERDE, CITADO POR COUTINHO, CRISTIANE MARIA HENRICHES DE SOUZA. A ARBITRAGEM E A LEI Nº 9.307/96. RIO DE JANEIRO: FORENSE, 1999, PG. 18

VILAS-BÔAS, RENATA MALTA. HERMENÊUTICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. BRASÍLIA: EDITORA UNIVERSA, 2003, P. 21.

WILLIAMSBURG, VA. JUDICIAL REFORM ROUNDTABLE II”, ESTADOS UNIDOS, MAIO, 1996.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

6. ANEXO

LEI DE ARBITRAGEM

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996

Dispõe sobre a arbitragem.

O Presidente da República

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus efeitos

Capítulo III

Dos Árbitros

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Capítulo VI

Do reconhecimento e execução de sentenças Arbitrais Estrangeiras

Capítulo VII

Disposições Finais

Capítulo I

DISPOSIÇÕES GERAIS

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

Art.2º - 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 a 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.

Capítulo II

DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM E SEUS EFEITOS

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.4º - A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter a 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.

Art.5º - Reportando-se as partes na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da 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 a 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, originalmente, 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.

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

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

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

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

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

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

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

Art.8º - A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art.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.

§1º. O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§2º. O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

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

- I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
- II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
- III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
- IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art.11 - Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

- I - o 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.

Art.12 - Extingue-se o compromisso arbitral:

- I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art.11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

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.

§2º. Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art.7º desta Lei.

§3º. As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§4º. Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§5º. O árbitro ou presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§7º. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art.14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§1º. As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§2º. O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art.15. A parte interessada em arguir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art.16 desta Lei.

Art.16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§1º. Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§2º. Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no

art.7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

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.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art.19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art.20. A parte que pretender arguir 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 arguição 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 arguição, 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.

Art.21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§1º. Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§3º. As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§4º. Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art.22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§1º. O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§2º. Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer a autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§3º. A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§4º. 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.

§5º. Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art.23. 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.

Art.24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§1º. Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§2º. O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

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 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.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art.27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art.28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art.26 desta Lei.

Art.29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art.30. 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.

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.

Art.32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art.26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem.

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art.12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art.21, §2º, desta Lei.

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.

§1º. A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§2º. A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art.32, incisos I, II, VI, VII e

VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§3º. A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art.741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

DO RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS

Art.34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

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

Art.36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art.37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art.282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art.38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art.39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegura à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art.40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art.41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art.267 ...

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art.301 ...

IX - convenção de arbitragem;"

"Art.584 ...

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art.42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art.520 ...

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art.43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art.44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996: 175ª da Independência e 108º da República

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim