

RUY TREZENA PATU JÚNIOR

**CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM:
SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA
MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
COORDENAÇÃO DO CURSO DE MESTRADO

CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM: SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL

Dissertação final apresentada para conclusão do Curso de Mestrado e obtenção do grau de Mestre em Direito perante o Centro de Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco.

Mestrando: Ruy Trezena Patu Júnior

Orientador: Prof. Dr. João Maurício Adeodato

RECIFE

1999

Dedico esta tese a minha impetuosa esposa, ***Maria de Guadalupe***, por suportar os meus defeitos, e a meus filhos: ***Daniel Kahan, Samuel Karjan, Sarah Karena e Cintya Danielle***, pela compreensão diante das minhas ausências do lar em razão do trabalho e dos estudos.

Dedico-a também a meus pais, ***Ruy e Teresinha***, pelo constante amor doado ao longo da minha vida, ajudando-me a superar obstáculos e a caminhar obstinado pelas trilhas invisíveis de quem a tudo devo: ***Deus***, a inteligência e o amor supremos, causa primária de todas as coisas.

AGRADECIMENTOS

A **Dr. João Maurício Adeodato**, meu orientador, pelos ensinamentos e pela insistência na apresentação desta tese.

A **Maria Adelaide Monteiro de Abreu**, minha dedicada amiga e assessora na Justiça Estadual, com quem compartilho este trabalho, pela colaboração efetiva sem a qual não teria sido possível concluí-lo no prazo estabelecido.

A **Jôse (Josina de Sá Leitão)**, serena e atenciosa servidora da UFPE, pela paciência no atendimento aos mestrandos.

Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e assim as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são verdadeiros culpados que a lassidão comum vai tolerando.⁰

RUI BARBOSA

⁰ Rui Barbosa, *apud*. A. Della Nina: *Dicionário Enciclopédico da Sabedoria*, Vol. III, São Paulo: Editora das Américas, 1955, p. 369.

Sumário

INTRODUÇÃO

1 - A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL.....	9
2 - POR QUE A OPÇÃO PELA CONCILIAÇÃO E PELA ARBITRAGEM?	13
3 - A DISTINÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA E JURISDIÇÃO ARBITRAL	15
4 - DESENVOLVIMENTO DESTE TRABALHO	17

CAPÍTULO 1 - A JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA

1.1 - INDICAÇÕES HISTÓRICAS EM TORNO DO DIREITO ROMANO	20
1.2 - ALGUNS PROBLEMAS ENDÓGENOS DA JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA	
1.2.1 - O Estado julga o Estado	24
1.2.2 - As fronteiras internas e externas	28
1.2.3 - O alheamento do juiz da realidade social	31
1.2.4 - A deficiência de sigilo no processo judicial	35
1.2.5 - A relativa confiança das partes no Judiciário	37

CAPÍTULO 2 - A MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL E SUAS PRINCIPAIS CAUSAS

2.1 - CAUSAS GENÉRICAS E EFEITOS DA MOROSIDADE	41
2.2 - A COMPLEXIDADE DO APARATO JUDICIÁRIO	47
2.3 - O EXCESSO DE FORMALISMO DO PROCESSO JUDICIAL	53

CAPÍTULO 3 - A CONCILIAÇÃO

3.1 - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL	57
3.2 - A CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL	
3.2.1 - A autocomposição	60

3.2.2 - A conciliação por mediação	61
3.3 - A CONCILIAÇÃO JUDICIAL	
3.3.1 - Na Justiça Comum	66
3.3.2 - Na Justiça do Trabalho	70
3.3.3 - Nos Juizados Especiais	72
CAPÍTULO 4 - A ARBITRAGEM	
4.1 - O QUE É E COMO EVOLUIU HISTORICAMENTE	77
4.2 - FUNCIONAMENTO	
4.2.1 - No direito brasileiro	80
4.2.2 - No direito comparado	85
CAPÍTULO 5 - A VOCAÇÃO DAS JURISDIÇÕES JUDICIÁRIA E ARBITRAL NA COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	
5.1 - DA JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA	90
5.2 - DA JURISDIÇÃO ARBITRAL	95
CAPÍTULO 6 - UMA SOLUÇÃO PARA O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL: A HARMONIZAÇÃO DOS SISTEMAS DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	
6.1 - DA CONCILIAÇÃO AO JUDICIÁRIO OU À ARBITRAGEM: O SISTEMA TRIANGULAR DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS	101
6.2 - A CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO ATO EXTRAPROCESSUAL INDISPENSÁVEL À INSTAURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL OU DO PROCEDIMENTO ARBITRAL	103
6.3 - A ARBITRAGEM FACULTATIVA E A OBRIGATÓRIA	104
6.4 - A PRIVATIZAÇÃO DA JUSTIÇA?	105
BIBLIOGRAFIA	
1 - LIVROS	108
2 - ARTIGOS	111
3 - LEGISLAÇÃO	114

ANEXOS

ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO DO CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA COMARCA DO RECIFE	115
FLUXOGRAMA DE FUNCIONAMENTO DO CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA COMARCA DO RECIFE	125
LEI DA ARBITRAGEM (Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996)	127

Introdução

1 - A NECESSIDADE DE SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA MOROSIDADE DA JUSTIÇA NO BRASIL

Na era da informação e da globalização da economia, certamente, um dos mais graves problemas da Justiça, no Brasil, enquanto Poder Judiciário, é a morosidade da prestação jurisdicional. É inaceitável, numa época de rápidas transformações tecnológicas e num mundo onde, cada vez mais, toda atividade humana está interligada e interdependente, que uma ação judicial espere mais de ano, ou décadas, para ser julgada.

É lógico que esse descompasso da atividade judicial em relação a outras, mais dinâmicas, gera efeitos nefastos para a imagem do Judiciário, com reflexos até na respeitabilidade da sua autoridade enquanto Poder do Estado e, também, na economia do país, na medida em que, pendentes de decisão, inúmeras obrigações com repercussões financeiras ficam suspensas, como aquelas que importam transferência de bens e valores, realização ou abstenção de atos e negócios jurídicos etc.

A morosidade da Justiça, por outro lado, impõe ao povo as mais diversas reações porquanto tem o mesmo efeito de ausência de Justiça (*lato e stricto sensu*). No desespero e no afã de serem atendidos os seus interesses contrariados, pessoas partem para o desforço pessoal na defesa dos seus direitos ameaçados ou violados. A vingança passa a fazer parte do costume: surgem grupos de extermínio, justiceiros e pistoleiros; as delegacias de polícia são instadas a resolver pequenos delitos e cobranças de dívidas; seguros e outros expedientes, muitas vezes ilegais, de resguardo do cumprimento das obrigações são utilizados amplamente para garantir o cumprimento dos contratos e das convenções. A impunidade e o sentimento de insegurança enchem a sociedade de revolta e armam as pessoas umas contra as outras.

A indiferença e o descrédito surgem como reações passivas do povo. O *deixa pra lá* entra no seu vocabulário do dia-a-dia para expressar protesto velado ante a

ausência de sanção à ameaça ou à violação de direitos, representando, de certa forma, quitação, renúncia e perdão forçados. O custo da demanda judicial, incluídas as idas e vindas a fóruns, delegacias de polícia e escritórios de advogados ou assistências judiciárias, não compensa o suposto benefício que lhe poderia advir após a sua conclusão. Afinal, como diz o ditado popular: nem sempre quem ganha leva.

O publicitário Luís Grottera¹ assevera que a percepção que a comunidade tem sobre o Judiciário é surpreendentemente positiva sob alguns aspectos. Mas, quanto a outros, a avaliação não poderia ser pior, e cita:

“54% consideram que esse poder não tem nenhuma eficiência. Apenas 30% se recordam de ter utilizado os serviços da Justiça e, destes, 61% não têm nada a elogiar. Perguntados se conhecem algum exemplo de quando a justiça foi feita no Brasil, 42% não conseguem citar um único exemplo. Diante da questão ‘Para que serve a Justiça no Brasil?’ 26% responderam que ‘Para nada’ e 28% divagaram ou deram respostas equivocadas.”

E completa:

“Diante de um quadro dessa gravidade, onde 86% afirmaram que ‘O Brasil é o país da impunidade’, podemos dizer que a nossa sociedade vive no limiar de rompimento do Estado de Direito, da total banalização dos direitos individuais e de um alarmante sentimento mínimo de cidadania.”

É indispensável cogitar-se de soluções não ortodoxas – fora do receituário tradicional – para a morosidade da Justiça, em primeiro lugar inventariando-se os problemas intrínsecos da prestação jurisdicional estatal, ou seja, do Estado-juiz para administrar a Justiça, e depois, então, averiguando-se as principais causas dessa lentidão na condução do processo judicial. Esclareça-se que essas causas não são, evidentemente, aquelas comuns de todo serviço público mal administrado – solucionáveis, a curto e médio prazos, por meio de investimentos em áreas essenciais do seu funcionamento, como pessoal, procedimentos e infra-estrutura –, nem as decorrentes de fatores externos, principalmente de ordem econômica e cultural, que concorrem para o agravamento de qualquer serviço prestado

¹ Luís Grottera: O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia. Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB*. Ano 2/n.º 5, 2.º semestre, 1998. pp. 114-115.

pelo Estado, mas, sim, aquelas que estão intimamente ligadas à complexidade de sua estrutura e ao excesso de formalismo do processo judicial, comuns em qualquer parte do país, estejam ou não bem aparelhados os respectivos serviços judiciais.

Conforme se constatará no desenvolvimento desta tese, não existe outro recurso para equacionar o problema a não ser a decisão política governamental de promover uma ampla e profunda reforma no aparelho judiciário e na legislação processual, pela qual se introduzam, paralelamente à simplificação dos procedimentos e atos judiciais, outras opções de rápida solução de litígios. A modernização do Judiciário, isoladamente, consideradas a estrutura e as normas processuais vigentes, não é suficiente. É preciso, repita-se, pensar em reformas mais profundas, fora das opções conhecidas, implementadas e que não surtem efeitos. Métodos novos exigem organizações novas. Não se pode solucionar, de uma vez por todas, o grave problema da morosidade da Justiça com tímidas e conservadoras reformas na legislação processual, mantendo-se intocáveis as estruturas e os sistemas normativos que aprisionam o dinamismo do poder decisório dos juízes e deixam à solta os privilégios de profissionais do Direito.

Como bem prescreveu Wolkmer², com certa ousadia:

“Na medida em que o órgão de jurisdição do modelo de legalidade estatal convencional torna-se funcionalmente incapaz de acolher as demandas e de resolver os conflitos inerentes às novas necessidades engendradas pelos movimentos sociais, nada mais natural do que o poder societário instituir novas instâncias extrajudiciais assentadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização. A constituição de um novo paradigma da política e do jurídico está diretamente vinculada ao surgimento comunitário-participativo de novas agências de jurisdição não-estatais espontâneas, estruturadas por meio de processos de negociação, mediação, conciliação, arbitragem, conselhos e tribunais populares. Não se trata aqui das formas de conciliação, juízo

² Antônio Carlos Wolkmer: *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1994, p. 276.

arbitral e juizados especiais já previstos e consignados no interior da legislação estatal positiva, mas de instâncias e procedimentos mais amplos, em regra informalizados e independentes, nascidos e instaurados pela própria Sociedade e seus múltiplos corpos intermediários quase sem nenhuma vinculação com os órgãos do Estado.”

Daí, a imprescindibilidade de se repensar o papel de *quem* resolve os litígios no Brasil e *de que forma*, para identificarem-se as causas e promoverem-se as possíveis soluções para esse problema antigo e crônico denominado *morosidade da Justiça*.

É hora de resgatar antigos e esquecidos institutos processuais e pô-los a serviço da agilização da Justiça. É chegado o momento de, por assim dizer, terceirizarem-se alguns serviços da Justiça, conferindo a entidades e particulares o poder e também o encargo público de resolver certas demandas, concorrendo, desse modo, com o Estado para a manutenção da ordem e da paz social. Essa atividade, aliás, tratando-se de conflitos intersubjetivos sobre direitos ou obrigações de interesse estritamente privado, segundo o ponto de vista defendido nesta tese, deveria ser atribuída, inicialmente, a conciliadores, que, numa fase prévia e informal, tentariam compor o litígio consensualmente para, só depois, então, frustrada essa tentativa, e, numa segunda fase, desta feita contenciosa e formal, atribuí-la a juízes ou árbitros, dependendo da natureza da controvérsia.

2 - POR QUE A OPÇÃO PELA CONCILIAÇÃO E PELA ARBITRAGEM?

Na Exposição de Motivos do Projeto do atual Código de Processo Civil³, Alfredo Buzaid fez registrar que estavam em discussão dois princípios antagônicos de técnica legislativa: o da conservação e o da inovação, os quais haveriam de harmonizar-se para equilibrar a nova lei, expurgando-a dos defeitos do Estatuto Processual de 1939 e mantendo o que esse diploma continha de útil.

Convertido em lei, é fato que o Código apenas deu continuidade a um modelo de composição de litígios já tradicional no Direito, mantendo, com exceção do que denomina “Juízo Arbitral” – Capítulo XIV do Título I, Livro IV –, o monopólio dos juízes para, com exclusividade, conhecerem e decidirem todas as causas cíveis. Apesar de inspirado nos movimentos legislativos mais avançados daquela época, não foi elaborado para resolver o problema do excesso de formalismo do processo civil e, por conseqüência, o da morosidade da Justiça. Por outro lado, as alterações posteriormente efetuadas até os dias atuais cingiram-se, basicamente, ao aprimoramento de seus institutos e da redação de alguns dispositivos de interpretação dúbia ou de difícil aplicação, sem repensar o papel de cada um dos personagens do processo civil brasileiro (juízes, defensores, promotores e auxiliares da Justiça), nem, o que é mais importante, a simplificação dos seus ritos. Além do mais, todas as mudanças foram feitas sem que se promovesse qualquer modernização na velha máquina judiciária.

Conforme o Código de Processo Civil, qualquer cidadão que necessite resolver algum tipo de pendência judicial terá que procurar, primeiramente, um advogado, exceto em alguns casos entre aqueles afetos aos Juizados Especiais. Não lhe são dadas outras oportunidades de, sem despesas e intermediação de quem quer que seja, tentar solucioná-la amigavelmente. Com isso, incentiva-se a litigiosidade, o enfrentamento processual e, enfim, a discórdia no meio social. Ignora-se que a demanda judicial, em si, constitui um constrangimento, uma exceção ao equilíbrio de valores éticos e morais e, sob o ponto de vista econômico, um ônus para as partes e para o Estado porque, a esses, impõe um custo patrimonial que poderia ser evitado, mas que não o é por falta imputável a alguém na lide.

Muitas desvantagens tem o sistema atual prevendo a conciliação depois de ajuizada a ação. Eis alguns argumentos pertinentes: 1) impõe às partes não beneficiárias da assistência judiciária um acréscimo de despesas com custas processuais e

³ Exposição de Motivos do Projeto do Código de Processo Civil, publicado no *Diário do Congresso Nacional*, Seção I, Suplemento ao n.º 99. Brasília, 28 de setembro de 1972, p. 64.

adiantamento de honorários de advogado, o que aumenta a diferença patrimonial a compor judicialmente e, por decorrência, dificulta a possibilidade de conciliação; 2) traz, antecipadamente, para o litígio um terceiro (advogado), cujo interesse nem sempre é o de solucioná-lo amigável e rapidamente, principalmente depois que apresenta em juízo a sua defesa sob argumentos técnicos, incompatíveis, na maioria das vezes, com uma conciliação judicial; 3) movimenta antecipadamente toda a burocracia da Justiça (distribuição, contadoria, secretaria e juiz), impondo despesas ao erário e gasto de tempo com registros, expedição de guias, levantamentos contábeis, exames de admissibilidade e outros atos; e 4) concentra no juiz, já excessivamente ocupado com a produção de atos processuais de rotina (despachos e sentenças), atribuições conciliatórias para as quais, de regra, não tem habilidade e especialização.

Daí se defender, aqui, a conciliação prévia como etapa compulsória e informal indispensável ao ajuizamento de qualquer ação judicial que trate de direitos disponíveis. O dever ético e moral de o litigante tentar compor o seu litígio de forma amigável – com ou sem mediador – decorre do princípio de solidariedade que dá sustentação a toda sociedade, a fim de resguardar a paz social e a ordem pública.

Quanto à arbitragem, ficou-se o nosso Código de Processo Civil em restringi-la ao máximo, inviabilizando-a sob o ponto de vista institucional e cultural porquanto, no Brasil – ao contrário do que ocorre no resto do mundo, que almeja a crescente participação do povo na administração da Justiça –, é uma ilustre desconhecida.

A arbitragem não tem a pretensão de substituir, em todas as áreas, a atividade jurisdicional do Estado, nem o poderia porque, como diz Carlos Alberto Carmona⁴, “é imprópria para a solução de litígios de pouca monta (já que o aparato arbitral seria desproporcionalmente oneroso) ou que envolvam matéria de escassa complexidade, para os quais o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado”. Ou de outros em que é da vocação do Estado intervir, como os decorrentes do controle difuso da legalidade por meio de ações mandamentais e especiais. Contudo, naqueles grandes litígios, estritamente de direito privado, em que se exigem do juiz conhecimentos especializados, sobretudo de costumes e relações comerciais nacionais e internacionais, ou de direito empresarial, marítimo ou aeronáutico, a alternativa de atribuir o seu julgamento a árbitros, democraticamente escolhidos pelas partes, e que gozem da sua mais absoluta confiança, inclusive do ponto de vista técnico, seria providência das mais salutares. Primeiro, porque seriam resolvidos por

juízes privados – não assoberbados com inúmeras causas –, portanto, mais ágeis, dedicados e especializados; e, segundo, porque o Estado deixaria que a iniciativa privada resolvesse os litígios de seu exclusivo interesse e com os seus próprios recursos financeiros, reservando à jurisdição estatal, nesses casos, apenas o controle estrito da legalidade e a execução de medidas coercitivas.

Giovanni Verde⁵ ao fazer uma comparação entre a arbitragem e a jurisdição estatal, a partir da introdução da nova disciplina estatuída pela lei 28/83, é taxativo:

“... a experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez, não mereça) ser cultivado. Deste mito faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente pelos seus juízes”.

3 - A DISTINÇÃO ENTRE JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA E JURISDIÇÃO ARBITRAL

Em Direito, infelizmente, cada autor de destaque costuma criar designação e definição próprias para designar os diversos fenômenos jurídicos. É impressionante a diversidade da nomenclatura empregada para expressar um mesmo fato jurídico, a ponto de todo trabalho exigir um título específico para elucidar o significado e o posicionamento adotados pelo autor em relação à *babel* de vocábulos. Por esse motivo, teve-se, aqui, a preocupação de evitar novidades nessa área e, ao mesmo tempo, ser simples e claro no uso das palavras, pois deve ser meta de todo autor escrever para ser entendido até pelo menos culto dos leitores. Daí restar muito pouco a esclarecer nessa área de distinções terminológicas.

Convém que se distingam, introdutivamente, as expressões “jurisdição judiciária” e “jurisdição arbitral”. É que, contrariamente à posição defendida por autores como Salvatore Satta⁶, que se filia à corrente *privatista*, adotou-se a posição mais em voga atualmente, denominada de teoria ou corrente *publicista*, a qual, opondo-se à primeira, ressalta o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo efeito principal seria a

⁴ Carlos Alberto Carmona: *A Arbitragem no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 16.

⁵ Giovanni Verde: *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'Arbitrato secondo la Legge 28/1983*, coordenado pelo prof. G. Verde, Nápoles, Ed. Jovene, 1985, p. 168, trad. livre.

⁶ Salvatore Satta: *Diritto Processuale Civile*, Pádua, CEDAM, 1973, pp. 704-705.

derrogação das regras processuais em favor de normas convencionalmente estabelecidas ou aceitas pelas partes em litígio, por expressa autorização do ordenamento jurídico, que, inclusive, equipara o laudo arbitral à sentença judicial para todos os fins de direito. Defendem essa posição autores como Hugo Alsina, Carlos Ayarragaray e Lino, Enrique Palacio e Adolfo Armando Rivas⁷. O último, aliás, referindo-se à terminologia *jurisdição arbitral*, esclarece que, se a decisão arbitral é condenatória, o é semelhantemente à sentença judicial e, por isso, terá força executiva no sentido potencial; todavia, para surtir efeito coercitivo, a lei prevê o controle da regularidade formal do laudo e a sua compatibilidade com a ordem pública⁸. Com isso, terá força obrigatória e executiva – elementos essenciais caracterizadores da jurisdição.

J. F. Rezek⁹, referindo-se aos meios jurisdicionais de solução de litígios na ótica do Direito Internacional Público, com muita propriedade, esclarece:

“Jurisdição é o foro especializado e independente que examina litígios à luz do direito e profere decisões obrigatórias. No plano internacional, a arbitragem foi ao longo de séculos a única jurisdição conhecida: sua prática remonta, no mínimo, ao tempo das cidades gregas. Mas da arbitragem diz-se, com acerto, que é um mecanismo jurisdicional *não judiciário*. Isso porque o foro arbitral não tem permanência, não tem profissionalidade. As primeiras jurisdições judiciárias internacionais instalaram-se já no século XX, com características muito semelhantes às jurisdições domésticas que, em todo Estado soberano, atendem aos pleitos das pessoas comuns:...”

De mais a mais, seria uma incoerência doutrinária do Autor pender para uma interpretação da arbitragem como opção fora da *jurisdição* já que a tônica do desenvolvimento deste trabalho é defender a legitimação e a harmonização dos três principais mecanismos de composição de litígios: o judiciário, o arbitral e o conciliatório.

⁷ Adolfo Armando Rivas: El arbitraje según el derecho argentino. *Revista de Processo*, São Paulo, 1987, vol. 45, pp.70-93.

⁸ Carlos Alberto Carmona: ob. cit. p. 35.

⁹ José Francisco Rezek: *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 4.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 353.

4 - DESENVOLVIMENTO DESTE TRABALHO

Para a formulação deste trabalho, o Autor desenvolveu estudos teóricos e pesquisa documental junto a bibliotecas públicas e privadas, bem como mediante consultas à *internet* e às administrações do Tribunal Regional Federal da 5.^a Região e do Tribunal de Justiça de Pernambuco, tendo levantado dados estatísticos de relevância.

Concomitantemente aos trabalhos de estudo e pesquisa, desenvolveram-se as atividades necessárias à incorporação das idéias a um corpo formal a partir do qual o leitor, detentor de uma visão sistêmica do tema abordado, pudesse compreender as razões da sua escolha e o propósito do Autor de demonstrar a conciliação e a arbitragem como soluções para o problema da morosidade da Justiça no Brasil.

No Capítulo 1, procura-se oferecer um panorama da *Jurisdição Judiciária*, a começar pelos indicadores históricos em torno do Direito Romano, em cujo ordenamento se inspirou o Direito pátrio e do qual partira a concepção da arbitragem como uma das formas de composição de litígios em apoio à atividade jurisdicional estatal ou judiciária, e não dela excludente ou com ela incompatível. A integração entre as duas formas de jurisdição no Direito Romano, anteriormente a Justiniano, estabeleceu a necessidade que se dedicasse a primeira parte do Capítulo a esse assunto a fim de demonstrar ao leitor as raízes históricas da instituição e sua importância no contexto da prestação jurisdicional.

Em outra parte, descrevem-se alguns problemas endógenos, ou seja, próprios, intrínsecos, da jurisdição judiciária. Aponta-se, inicialmente, o fato de o Poder Judiciário julgar as causas de interesse do próprio Estado na condição de parte, como se um e outro não integrassem a mesma organização político-administrativa. Daí, sob o título sintético de *O Estado julga o Estado*, tentar-se demonstrar essa sua contradição inerente: um mesmo ente desempenhar o duplo papel, no processo, de julgador e parte. Sob o título *As fronteiras internas e externas*, aborda-se um outro aspecto estrutural da jurisdição judiciária: é o fato de que, por ser limitada a determinado espaço político-administrativo, não alcança a dimensão para o julgamento de causas que abranjam mais de uma unidade jurisdicional, ou ultrapassam as fronteiras entre Estados soberanos. Depois, adentrando no aspecto subjetivo, faz-se, em partes distintas (itens 1.2.3, 1.2.4 e 1.2.5), um estudo de outros relevantes problemas endógenos da jurisdição estatal: o alheamento do juiz da realidade social, a deficiência de sigilo no processo judicial e a relativa confiança das partes no Judiciário. Todos decorrem da profissionalização do juiz e da sua organização em estruturas fechadas e hierarquizadas, que propiciam o surgimento de fenômenos como o isolamento do juiz, o seu

apego excessivo aos comandos internos (legalismo), a pouca participação dos grupos sociais na administração da Justiça, o corporativismo, entre outros.

Após considerar as causas genéricas e alguns efeitos do problema central do tema proposto – *a morosidade da Justiça no Brasil* –, identificam-se, no Capítulo seguinte, as suas principais causas: a complexidade do aparato judiciário e o excesso de formalismo do processo judicial. O Judiciário brasileiro tem instâncias recursais em excesso, podendo, por exemplo, um processo, iniciado numa longínqua comarca interiorana, ser concluído em um dos tribunais de Brasília, depois de longo trâmite nos tribunais estaduais ou regionais. Afora toda essa superposição de órgãos judiciais, existem partições em nível horizontal dentro e fora da Justiça Comum e da Especializada. São as Varas, as Juntas de Conciliação e Julgamento, os Juizados Especiais, os Tribunais de Alçada, os Tribunais de Justiça estaduais, os Tribunais Regionais do Trabalho, Eleitorais e Federais, as Auditorias Militares estaduais e federais etc., que geram conflitos de competência e decisões contraditórias, atingindo a segurança norteadora dos atos judiciais. De outra parte, atentando para o excesso de formalismo do processo judicial, o Autor aponta algumas falhas da legislação processual, demonstrando que os códigos processuais tratam, desnecessariamente, de matéria procedimental com minúcia, quando os próprios tribunais deveriam ter a iniciativa legislativa nessa área, a ponto de as discussões e decisões em matéria processual superarem em número as de mérito.

Nos Capítulos 3 e 4, trata-se de explicar o que vêm a ser as outras duas formas alternativas de composição de litígios – a conciliação e a arbitragem –, quais os seus tipos e como funcionam, com a finalidade de demonstrar sua importância no sistema de composição de litígios, principalmente em complemento e apoio à atividade jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário.

Demonstra-se, no Capítulo 5, a vocação das jurisdições judiciária e arbitral na composição de litígios, indicando-se as causas que, pela sua natureza, são mais afetas a uma e a outra, principalmente tendo em vista a experiência prática verificada no estrangeiro, no que concerne, especialmente, à arbitragem, e no foro judicial brasileiro.

No penúltimo Capítulo, conclui-se o trabalho, dando a solução heterodoxa do problema da morosidade da Justiça no Brasil, qual seja: a harmonização dos sistemas de composição judicial e arbitral, mediante reformas, na Constituição Federal e na própria legislação processual, que permitam viabilizar a composição de litígios, tanto prévia como concorrentemente com a ofertada pelos órgãos judiciais, em centros de conciliação e

arbitragem instalados no próprio Poder Judiciário, a fim de realizar esse desiderato dentro do processo judicial – à semelhança dos Juizados Especiais –, ou fora, extrajudicialmente, desta feita organizados pela sociedade civil como contribuição à ampla prestação jurisdicional e à paz social.¹⁰

Por fim, a pretensão precípua do Autor é que este trabalho sirva, pelo menos, para informar os que se derem à tarefa de lê-lo sobre os graves problemas enfrentados pela prestação jurisdicional (*lato sensu*) no Brasil, com destaque para a *morosidade da Justiça*, bem como para demonstrar que, lado a lado com a jurisdição judiciária, sem excluí-la, mas prescindindo do seu controle, é possível funcionarem, harmoniosamente, outras formas de composição de litígios, formando um sistema amplo e triangular de composição de litígios, porquanto as soluções conhecidas e apresentadas até agora não foram suficientes para se debelar o que se consagrou em denominar *a crise do Poder Judiciário*.

¹⁰ No Recife, encontra-se em pleno funcionamento o *Centro de Mediação e Arbitragem de Pernambuco* – CEMAPE, com sede na Rua Bom Jesus, 215 – 2.º andar, o qual integra, organicamente, a Federação das Associações Comerciais de Pernambuco – FACEP e tem como finalidade promover a resolução de disputas na área comercial pela mediação e pela arbitragem de conformidade com os respectivos Estatutos, Regulamentos e

Capítulo 1

A Jurisdição Judiciária

1.1 - INDICAÇÕES HISTÓRICAS EM TORNO DO DIREITO ROMANO

Examinando-se a assim denominada *evolução da proteção dos direitos*, ou seja, desde a justiça puramente privada até a instituição da justiça pública, destacam-se quatro fases distintas, como bem o salienta José Carlos Moreira Alves na sua obra *Direito Romano*.¹¹

A princípio, as pessoas envolvidas em conflitos particulares usavam comumente da força para a resolução dos seus impasses; do Estado, só se vislumbrava a intromissão em se tratando de questões que envolvessem religião.

Num segundo momento, passou-se a conhecer o *arbitramento facultativo*, pelo qual preferia-se uma indenização à vingança privada como forma de abrandamento do prejuízo causado em razão de certa desavença havida. Referida indenização, quando não estipulada pelos interessados, era estabelecida por um terceiro, o árbitro, pessoa escolhida de comum acordo entre aqueles.

Em continuação àquela idéia, passou-se, então, ao *arbitramento obrigatório*, quando, uma vez não havido consenso entre as partes envolvidas quanto à escolha de uma terceira pessoa para a resolução do impasse, o Estado intervinha, efetuando essa escolha.

O quarto passo foi dado quando se verificou o afastamento de qualquer forma que pudesse vir a autorizar o uso da justiça privada pelas próprias partes na resolução dos seus conflitos. O Estado tomou para si o direito de dizer e aplicar a Justiça.

O Direito Romano aponta essas passagens, todavia, no período em que vigoraram os sistemas das *ações da lei* e do *formular*, havia, então, a harmonização da justiça pública com a justiça privada.

Código de Ética. Foi fundado e é presidido pelo advogado Petronio R. G. Muniz, um dos idealizadores da nova Lei de Arbitragem no Brasil.

¹¹ José Carlos Moreira Alves: *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965, p. 203.

No período da Realeza, cabiam ao rei, como magistrado supremo, as funções de sacerdote, juiz e comandante do exército, figura central que era da administração, com poderes absolutos.¹²

À Realeza, seguiu-se a República, com a substituição do rei por dois cônsules, magistrados que detinham funções militares e atribuições administrativas e judiciárias. Os romanos, aliás, não tiveram uma distinção clara entre as funções judiciais e administrativas porquanto os magistrados eram dotados de jurisdição assim como de poder de império.¹³

Com o rápido desenvolvimento de Roma, porém, fez-se necessária a distribuição das tarefas. Foram criadas novas magistraturas, entre as quais figuravam os *pretores*, magistrados encarregados da distribuição da justiça e de confirmar, suprir ou até mesmo corrigir o Direito Civil Romano. Os seus editos findaram por constituir o *Direito Pretoriano*, também chamado *Direito Honorário*¹⁴, e tamanha foi a sua importância que José Cretella Júnior¹⁵ vem a afirmar que “Ao lado do *jus civile*, do direito dos civis (“*jus ex jure Quiritium*”), formalista, rígido, estrito, vai florescendo o *jus honorarium*, mais plástico, mais humano, porque temperado pelo extraordinário instrumento de que dispõe o pretor – a *equidade*”.

No sistema das ações da lei, assim como no do processo formular, a instância era dividida em duas fases, atuando o pretor na primeira (*in jure*) e, uma vez fixada a fórmula de resolução da causa, encaminhando as partes ao juiz popular (*judex*), particular encarregado de apurar a veracidade ou não dos fatos levantados pelas partes interessadas e de proferir a sentença. Essas fases em que se desdobra a instância no Direito Romano, na realidade, traziam grandes vantagens, posto que tornavam mais célere a solução dos impasses e, por conseguinte, aliviavam o volume do trabalho dos magistrados, restringindo, por via oblíqua, o grande poder que lhes era conferido.

¹² Raphael Corrêa de Meira: *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 19.

¹³ Humberto Cuenca: *Proceso Civil Romano*. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Ayres, 1957, p. 21. No mesmo sentido: Vittorio Scialoja, *in* Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970. Buenos Ayres, 1954, p. 108.

¹⁴ Raphael Corrêa de Meira: *ob. cit.* p. 23.

¹⁵ José Cretella Júnior: *Curso de Direito Romano*, 19.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995. pp. 48-49.

A propósito, esclarece Vittorio Scialoja¹⁶ que o magistrado conduzia o processo até o ponto em que cabia fixar os termos da demanda. Em seguida, remetia a lide ao *iudex*, que, como juiz tanto de direito como de fato, fazia a instrução e proferia a sentença, compondo o litígio.

À semelhança do juiz, o árbitro era um particular chamado a decidir acerca da causa, diferenciando-se um do outro pela amplitude das faculdades que lhes eram cometidas. O juiz deveria limitar a sua apreciação à matéria que lhe fora posta pelo magistrado, reconhecendo ou não a existência dos fatos e dos direitos, e, uma vez reconhecida essa ocorrência, aplicar a condenação restrita tão-somente àquele limite para o qual foi designado. Quanto ao árbitro, teria ele a faculdade de conhecer mais amplamente a questão. A diferença quedou-se por desvanecer com o decorrer do tempo.¹⁷

Em sua obra *Proceso Civil Romano*, Humberto Cuenca¹⁸ afirma que a palavra *iudex* se refere indistintamente tanto ao juiz como ao árbitro, assegurando, porém, existirem características que os diferenciam, entre elas o fato de que há apenas um juiz para a resolução de uma mesma causa, enquanto que para tanto pode haver um ou vários árbitros, e, ainda, a ampla liberdade que tem o árbitro para pronunciar-se segundo os princípios da equidade, o que não ocorre com o juiz, que não poderá ir além dos limites que lhe foram postos para a apreciação da causa.¹⁹

O juiz era geralmente um simples cidadão escolhido pelas partes – genuína participação do povo na decisão das causas civis²⁰ – de comum acordo. Em não havendo concordância quanto à escolha, era apontado um juiz pelo Estado entre os cidadãos que figuravam numa lista, o *album iudicum*.

A propósito das pessoas que poderiam constar da referida lista, frise-se que nem todos os cidadãos poderiam dela tomar parte. Com efeito, uma vez não se

¹⁶ Vittorio Scialoja: *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970. Buenos Ayres, 1954, pp. 116-117.

¹⁷ Vittorio Scialoja: ob. cit. p. 119.

¹⁸ Humberto Cuenca: ob. cit. p. 25.

¹⁹ Pontes de Miranda, referindo-se à arbitragem no Direito Romano, aduz que a solução dos conflitos pelo Estado se deu num segundo momento à “justiça de mão própria” e à “justiça dos árbitros”, tendo esta última perdurado, “livre de todas as peias com o Estado”. (*in Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XV: arts. 1.046 a 1.102. Exemplar n.º 16270. Rio de Janeiro: Forense, 1977, pp. 226-227).

²⁰ Vittorio Scialoja: ob. cit., p. 119.

colocando as partes em acordo quanto ao juiz, o magistrado (*Pretor*) nomeava-o entre notáveis cidadãos, pertencentes à ordem senatorial. Situação compreensível, explica Vittorio Scialoja,²¹ porquanto, a princípio, as classes dominantes trataram de manter o monopólio do Direito, e, da mesma forma como os magistrados deveriam ser patrícios – classe mais abastada –, assim também, *a priori*, os juízes, por um largo período, foram senadores. Os cidadãos, uma vez chamados a funcionar como juízes, não poderiam esquivar-se desse encargo, sem ao menos apresentar uma justificativa suficiente para a dispensa, vez que se constituía um *munus publicum*.²²

“Habia ciudadanos excluídos del elenco cuando padecían ciertas enfermedades, como los sordomudos y los locos; así como también los esclavos, las mujeres, los impúberes y los infames.”²³

Essas regras processuais só foram alteradas a partir do momento em que o poder centralizador de Roma se fortaleceu e, diante da ameaça de perder o controle das massas populares, num ambiente em constante expansão e disputas territoriais, investiu-se da capacidade de exercer a função jurisdicional em sua plenitude – *cognitio extraordinaria*. Nesse processo, aliás, não se fazia distinção entre a fase *in jure* e a *in iudicio*. O magistrado atuava desde a petição inicial até a sentença, como é a regra na atualidade.

Enfatize-se que a consolidação do monopólio da jurisdição judiciária, ou seja, daquela patrocinada por órgãos estatais de administração de justiça, coincidiu com o período imperial romano. Nessa época, igualmente, houve o incremento de magistraturas especiais, e o magistrado apareceu, pela primeira vez, como um funcionário do imperador.

²¹ Vittorio Scialoja: ob. cit., p. 122.

²² José Carlos Moreira Alves assevera: “As pessoas que integravam o *album iudicum* variaram no decorrer da história de Roma, em virtude de questões de ordem política. A princípio, só os senadores tinham ingresso no *album*; com a lei *Sempronia iudiciaria*, de 123 a.C., passou êle a ser constituído de 300 senadores e de 600 membros da ordem eqüestre (os cavaleiros); posteriormente em 108 a.C., a lei *Serulia Glaucia* eliminou do *album* os senadores, e estabeleceu que nele figurariam os nomes de 450 cidadãos – que não podiam ser filhos de senadores – escolhidos entre os membros da ordem eqüestre, de 30 a 60 anos, e sem interêsses além mar; nos fins da república, em 70 a.C., passaram a ser incluídos no *album* os nomes de senadores, de membros da ordem eqüestre e de *tribuni aerarii*.” (*sic*) (ob. cit. p. 212).

²³ Vittorio Scialoja: ob. cit. p. 123.

Com Diocleciano, então, *a cognitio extraordinaria* tornou-se o rito normal de toda e qualquer controvérsia entre particulares.²⁴

Dalmo de Abreu Dallari,²⁵ reportando-se às profundas alterações sofridas pela magistratura romana, com a implantação do sistema imperial, cita o seguinte trecho do *Novissimo digesto italiano*, do professor M. Antonio De Dominicis:

“Os magistrados, que na república eram expressão da *libertas* característica desta, tornam-se gradativamente funcionários do imperador, do qual dependem cada vez mais estritamente, agindo como sua *longa manus*.”

Em Direito, foram estabelecidas as regras que regem o processo civil moderno, com seus prazos, recursos, suas presunções e formalidades. A *sententia* apareceu como a expressão da vontade do Estado, somente sujeita à revisão das autoridades superiores.

1. 2 - ALGUNS PROBLEMAS ENDÓGENOS DA JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA

1. 2. 1 - O Estado julga o Estado

Abandonada a regra “the king does no wrong”, segundo a qual não havia possibilidade de acionar o rei (Estado) no sentido de obter qualquer obrigação, mormente no campo da responsabilidade civil, admitiu-se a possibilidade de o ente estatal figurar tanto no pólo ativo como no passivo de qualquer ação, desde que, na condição de parte, tivesse interesse e legitimidade.

O Estado, como entidade de direito público interno, deixou de ser absoluto para ser um Estado de Direito, abdicando de alguns privilégios para submeter-se à ordem jurídica por ele encabeçada, tal como as outras pessoas naturais ou jurídicas dotadas de personalidade e capacidade de exercício de direitos na ordem civil.

É, aliás, tradicional e específica a regra quanto à responsabilidade civil dos entes estatais no nosso Direito, expressando-a a Carta Magna de 1988, no seu art. 37, § 6.º, nestes termos:

²⁴ Alexandre Corrêa e Gaetano Sciascia: *Manual de Direito Romano*. 6.ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 90.

²⁵ Dalmo de Abreu Dallari: *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 10.

“As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Admitida a possibilidade de o Estado acionar e ser acionado judicialmente, surgiu, de pronto, a primeira indagação: quem julgará o Estado-parte?

Mesmo levando-se em consideração a independência funcional dos juízes, que é uma regra universal, não se pode esquecer que o Poder Judiciário (Estado-juiz) é órgão integrante do Estado e, na condição de parte no processo judicial, faz o papel dúbio, a um só tempo, de julgador e de interessado na demanda. Além disso, não seria nada razoável ignorar que um ser humano que preste serviços regularmente a um dos contendores, que dele receba exclusivamente os recursos indispensáveis para sua manutenção e, de certa forma, esteja engajado na orientação político-legislativa do sistema, permaneça todo o tempo imparcial e imune à conveniência de, vez por outra, tomar o partido daquele que, diretamente, garante a sua sobrevivência pessoal e institucional²⁶.

Dir-se-ia até que é incomum tal comportamento contrário à equidade, mas não se pode desconhecer a sua existência. Pelos exemplos observados no dia-a-dia, até mesmo nos oriundos das altas cortes, verifica-se que, quando pende de decisão uma causa envolvendo os grandes interesses do Estado, principalmente aqueles de repercussão política, o Judiciário tem-se curvado à vontade governamental, muito embora sempre se fazendo acompanhar de fundamentação sedutora. Afinal, é fácil confundir o interesse do Estado com o interesse público. Um sintoma dessa tendência é a quantidade assombrosa de liminares de juízes cassadas pelos tribunais federais e estaduais. Ou será que os juízes estão errando muito? E note-se que a Carta Magna concebeu importantíssimo instrumento para o controle dos tribunais na seara de competência dos outros Poderes, com o propósito de compeli-los a

²⁶ Nagib Slaibi Filho, analisando a posição do juiz frente à sociedade e ao Estado, assim expôs: “Mais avulta o papel do juiz, neste contexto, pelo fato de que nosso sistema jurídico-constitucional praticamente não lhe interdito, ao menos formalmente, qualquer área de atuação.” (...) “Perante a Toga, submetem-se o indivíduo, os grupos sociais organizados, o Estado, seus órgãos e entidades, todos proclamando condição de titulares do direito subjetivo de exigir a resolução do conflito.” E continua mais adiante: “Os cidadãos não têm direito adquirido à sabedoria do juiz, mas têm direito adquirido à independência, à autoridade e à responsabilidade do magistrado.” (Nagib Slaibi Filho: O “Conviva de Pedra” e a Insurgência Alternativa do Direito Achado na Rua. *Livro de Estudos Jurídicos* - n.º 7. Coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante - Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993, pp. 282 e 285).

regulamentar dispositivos normativos desprovidos de auto-aplicabilidade – descumprimento da norma por omissão. Todavia, a visão formalista e conservadora de alguns membros do Supremo Tribunal Federal, contrariando até mesmo a vontade do poder constituinte, fez a sua jurisprudência entender da impossibilidade da utilização do mandado de injunção para esse fim.

Sob o ponto de vista jurídico-filosófico, não é forçoso reconhecer que o Estado, fazendo os dois papéis – de parte e julgador – viola, em sentido amplo, o *princípio do juiz natural*. Não no sentido estrito do Direito Processual²⁷, mas no da conclusão lógica de que o julgador desimpedido é o que não tem qualquer vinculação pessoal ou funcional com a parte, nem com o objeto da demanda. É o juiz, por origem e natureza, neutro, insuspeito, absolutamente imparcial e independente.

Essa discrepância estrutural do Judiciário é compensada pela legislação, com garantias institucionais, ao assegurar-lhe, por exemplo, independência administrativa, funcional e financeira. Mas, se tal compensação é eficaz em relação ao primeiro grau, mais precisamente em relação aos juízes, ante sua maior responsabilidade perante a comunidade onde residem e têm jurisdição, deixa a desejar no segundo grau (tribunais), no qual a pressão política se faz sentir com mais intensidade.

Daí a conclusão do jurista argentino Roberto Dromi²⁸, na obra *El Poder Judicial*, a propósito da politicidade jurídica:

“Deve recuperar-se o critério de que o Direito é uma ordenação imposta pela ‘razão prática’, não pela ‘razão pura’. A *neutralidade jurídica* é uma quimera. Todo Direito, por sua própria condição, está inspirado numa ideologia política, à qual serve, como ferramenta jurídica do sistema. Mesmo os intentos jurídicos ‘puristas’ teorizados em abstrato se inserem num contexto estatal determinado, onde a racionalidade normativa fica à mercê da circunstancialidade política.”

²⁷ “O *princípio do juiz natural*: só pode exercer a jurisdição aquele órgão a que a Constituição atribui o poder jurisdicional. Toda origem, expressa ou implícita, do poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção, para julgamento de certas causas, nem tampouco dar aos organismos judiciários estruturação diversa daquela prevista na Lei Magna.” (Humberto Theodoro Júnior: *Curso de Direito Processual Civil*. 18.^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. Vol. 1, p. 38).

²⁸ Roberto Dromi *apud* Dalmo de Abreu Dallari: ob. cit., p. 94.

Não é outra a razão para o Governo defender junto ao Congresso Nacional, com tanta insistência, a chamada súmula vinculante (decisão consensual dos tribunais sobre determinadas matérias, com força de lei em relação à orientação dos julgados de instâncias judiciais inferiores em casos idênticos). É a forma de inibir os juízes e tribunais inferiores de proferir decisões independentes da orientação dos tribunais superiores, neles concentrando todo o poder no sentido de firmar a jurisprudência prevalecente em determinados casos de interesse público ou constitucional. Esse reforço à competência da cúpula do Judiciário certamente favorecerá o trabalho de pressão governamental.

Ademais, não se pode subtrair, por completo, o *sprit de corps* de um juiz que, na condição de órgão integrante do Estado, tenha de julgar uma ação em que o particular pleiteie reparação civil contra o Estado por erro judiciário, por exemplo.

O próprio Estado, por outro lado, contrariando esse princípio de ser parte como qualquer outra pessoa jurídica e sujeita, portanto, às mesmas regras ditadas pelas normas processuais, reserva para si uma jurisdição privilegiada: como União Federal, tem foro numa Justiça exclusiva e, como Estado Federado, tem foro em varas especializadas. Fez ainda inserir na legislação processual vários benefícios, entre os quais, prazos em dobro ou em quádruplo, recursos necessários, isenção de custas, imunidades contra liminares e procedimentos especiais que o favorecem em juízo.

Outra é a situação do Poder Judiciário no julgamento de causas de natureza patrimonial em que litigam, de um lado, o Estado e, do outro, um juiz integrante da mesma estrutura judiciária, por conseguinte, portador dos mesmos interesses corporativos. Na expectativa de também vencer o Estado, em eventual demanda, será difícil, inconscientemente, não ser compelido a condená-lo. Queira-se ou não, a natural predisposição defensiva do julgador ante a pretensão resistida do Estado, conjugada com a pressão, velada ou não, da classe, tende a conduzi-lo para um julgamento favorável aos seus interesses classistas. Evidentemente, há necessidade de que existam argumentos jurídicos a fundamentar esse posicionamento, pois só assim terá uma justificativa teórica a resguardar a sua decisão e a dizer-lhe, conscientemente, que se conduziu com imparcialidade.

Não é à toa que o constituinte de 1988, quando tratou da competência do Supremo Tribunal Federal, teve a preocupação de inserir, na atual Carta Magna da República, o seguinte dispositivo:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

.....

n) a ação em que todos os membros da magistratura sejam direta ou indiretamente interessados e aquela em que mais da metade dos membros do tribunal de origem estejam impedidos ou sejam direta ou indiretamente interessados;”

É bem verdade que, no Brasil, o Estado é derrotado na maioria das ações que litiga contra o particular. Mas é por outros motivos que esse resultado lhe é desfavorável. O Governo Federal especializou-se em criar leis e editar medidas provisórias inconstitucionais ou tomar medidas administrativas contestáveis, hábito esse que se espalhou por todo o país, contaminando também os governos estaduais e municipais. E, a cada decisão absurda, ilegal, é natural que apareça uma avalanche de ações que entulham a Justiça, com resultados previsíveis.

1. 2. 2 - As fronteiras internas e externas

Sob o ponto de vista espacial, as fronteiras internas que circunscrevem a jurisdição estatal, num mesmo país, sempre representaram restrições políticas ao poder dos juízes e também se constituíram uma forma de repartição das competências de cada um em razão do lugar (*ratione loci*), ou, em outras palavras, da divisão do trabalho. Se essa delimitação de poder tem a vantagem de definir o juiz que julgará a causa, ante a sua fixação num determinado território, vez que, em regra, a jurisdição é *improrrogável e indeclinável*²⁹, é correto dizer que, para a apreciação de certas causas, essa imobilidade da jurisdição estatal traz mais desvantagens para as partes do que vantagens. Primeiro, porque essas causas têm uma abrangência territorial maior do que a jurisdição de um determinado juízo, envolvendo

²⁹ A jurisdição é improrrogável porque a ninguém é permitido alterá-la. É indeclinável porque o órgão constitucionalmente investido para exercê-la tem a obrigação de prestar a sua tutela jurisdicional, sempre que provocado.

peças e coisas sujeitas a outras autoridades judiciárias do mesmo nível ou de níveis distintos, o que dificulta a instrução probatória e o próprio julgamento da lide, seja pela dispersão das provas em diferentes jurisdições, seja pela participação de diferentes autoridades na condução do mesmo processo por meio de cartas precatórias e cartas de ordem; segundo, porque não se concede às partes o poder de, livre e democraticamente, escolher o juízo que reúna melhores atributos de ordem técnica para julgar a demanda e que goze, por essas e outras razões de ordem moral, de sua maior confiança, embora seja sabido que, em se tratando de competência relativa (*ratione loci*), pode a parte autora, desde que a outra silencie, escolher, entre os integrantes da magistratura e respeitadas outras regras limitadoras de competência, o juiz de sua preferência.

Então, um árbitro, com maior mobilidade, livre de limites fronteiriços, que fosse ao encontro das partes e da prova, certamente traria mais vantagens do que desvantagens. É óbvio que, para outras causas e situações, somente um julgador com jurisdição fixa, profissional, em atividade a toda hora, tem capacidade de apreciar e determinar medidas coercitivas de urgência, a fim de resguardar direitos e bens contra eventuais prejuízos. É por isso que, nesta tese, se afasta a idéia de que os juízos ou tribunais arbitrais hão de substituir o Poder Judiciário. A arbitragem sempre necessitará do seu suporte e do seu controle, pois, além do fato de os seus poderes jurisdicionais serem limitados, sujeita-se, como qualquer outra instituição pública ou particular neste país, ao controle judicial da legalidade de seus atos.

Também as fronteiras externas das diversas jurisdições estatais, as quais separam os diferentes países, constituem-se delimitações ao poder de composição de litígios, na medida em que são obstáculos impostos pelas soberanias das nações à mobilidade da atividade jurisdicional, e não por conveniências internas da administração da justiça de cada Estado, como ocorre com a divisão judiciária do Estado brasileiro.

Essa diversidade de jurisdições estatais, organizadas que são em sistemas jurídicos distintos, fechados e desintegrados uns dos outros, somente com os seus estreitos e tradicionais canais de comunicação, fatalmente entra em choque com outros setores mais dinâmicos da sociedade internacional. O fenômeno da globalização da economia, que levou à formação de blocos econômicos de países ligados por interesses comuns, afrouxou as fronteiras nacionais, intensificando o comércio entre os países e dando margem, por conseguinte, ao surgimento de vários litígios de repercussão internacional.

Assim, além de todas as desvantagens decorrentes das fronteiras internas da jurisdição, anteriormente analisadas, as fronteiras externas ou internacionais trazem um problema que desafia os estudiosos do Direito Internacional: trata-se da dificuldade de se estabelecer, nas causas entre pessoas ou empresas de diferentes países, um juiz neutro, que atenda à confiança dos litigantes e, ao final, possa decidir a causa com total imparcialidade, isento do sentimento de patriotismo. É que, em se tratando de juízes vinculados a organismos estatais, ainda que integrantes de um poder ou órgão que goze de razoável independência, sempre persiste o receio de que, em razão de sua condição funcional de servidores do Estado (*lato sensu*), tendam a decidir o litígio favorecendo o compatriota ou, indiretamente, a economia ou o patrimônio público ou privado de sua nacionalidade.

Mas essas mudanças tão profundas verificadas na economia mundial já estão influenciando e influenciarão ainda mais o processo de reestruturação da prestação jurisdicional estatal no mundo. O Poder Judiciário será compelido a passar por transformações que atendam às novas regras e aos interesses, muitas vezes conflitantes, de nações alienígenas. E, de inopino, apresenta-se o primeiro desafio a ser resolvido: como compatibilizar os interesses multinacionais em foros nacionalizados? Em outras palavras: qual o foro competente para resolver pendências envolvendo países distintos ?

No nível do Mercosul, o Protocolo de Brasília, datado de 17.12.91, para a Solução das Controvérsias, no art. 1.º, Capítulo I - Âmbito de Aplicação -, é expresso ao definir:

“As controvérsias que surgirem entre os Estados-partes sobre a interpretação, a aplicação ou o não cumprimento das disposições contidas no Tratado de Assunção, dos acordos celebrados no âmbito do mesmo, bem como das decisões do Conselho do Mercado Comum e das Resoluções do Grupo Mercado Comum, serão submetidas aos procedimentos de solução estabelecidos no presente Protocolo.”

Mais adiante, no seu art. 19, 1, define a estrutura de composição dessas controvérsias, estabelecendo que:

“O Tribunal Arbitral decidirá a controvérsia com base nas disposições do Tratado de Assunção, nos acordos celebrados no âmbito do mesmo, nas decisões do Conselho do Mercado Comum, nas Resoluções do Grupo Mercado Comum,

bem como nos princípios e disposições de Direito Internacional aplicáveis na matéria.”

As controvérsias entre particulares, no âmbito do Mercosul, todavia, estão fora do referido sistema. É sugerida a solução do Juízo Conciliatório (negociação direta, mediação, conciliação propriamente dita e Juízo Arbitral) antes de se provocar a jurisdição estatal de qualquer dos países dos contendores privados.

Não se afigura ao Autor que outra seja a solução adotada para a União Européia e para o Nafta.

Cogitou-se, por exemplo, no âmbito do Mercosul, por proposta do Uruguai, à semelhança do que ocorreu na União Européia, de criar um tribunal permanente. Todavia, o maior receio dos presentes à cúpula era de que a instituição, assim como acontece no outro bloco econômico se transformasse em uma repartição pública de pouca importância e autoridade na comunidade, cheia de burocratas a disputar posições políticas e a traficar influência junto a órgãos governamentais, mas sem a mobilidade e a informalidade próprias das cortes arbitrais.

Aliás, no plano internacional, a arbitragem foi, ao longo dos séculos, a única forma de jurisdição a resolver os conflitos entre nações. As jurisdições judiciais internacionais, ou, pelo menos, com essa característica, como a Corte de Haia, fundada em 1920, surgiram, já neste século, com algumas distinções das jurisdições domésticas, mas sem a sua importância e a sua autoridade decisória.

1. 2. 3 - O alheamento do juiz da realidade social

Um efeito próprio da estatização da jurisdição, comum às estruturas fechadas, organizadas em carreira e hierarquizadas, é o processo de alheamento ou distanciamento dos seus membros da realidade social, principalmente se há uma permanência deles na organização por longos períodos e se essa se rege por normas que incentivem o sentimento de corpo e a tomada de decisões sem a preocupação com a opinião pública e os fatos sociais do mundo exterior.

Não se afirma que os membros do Judiciário desconsiderem os fatos sociais e a opinião pública, mas a sua falta de vivência nesse meio, pelo isolacionismo natural da função judicante, e a efetiva necessidade de considerá-los, conjugados pela influência do

sentimento corporativista, leva-os a decidir, muitas vezes, baseados em condicionantes falsas da realidade do meio social. Esse isolamento vivencial do magistrado, sob a ótica sociológica, provoca distorções imprevisíveis na interpretação dos fatos e das provas no momento de julgar.

Sobre o alheamento dos juízes do meio social, diz Dalmo de Abreu Dallari³⁰, com muita percepção:

“É verdade que sempre existiram juízes que procuraram uma aproximação maior com o povo, mas o aparato judicial, a linguagem convencionalmente rebuscada e até mesmo a escassez de tempo, tudo isso contribui para que os juízes fiquem muito distante, o que é reforçado por um sentimento de superioridade social, que muitos juízes associam à importância de suas funções.”

“Um dado importante quanto ao relacionamento com o povo e à percepção de seus valores culturais é o distanciamento maior dos juízes à medida em que evoluem na carreira judicial.”

É de todo evidente que esse processo de alheamento do Judiciário pode ser amenizado com reformas que conduzam a sua democratização interna e externa, como: eleição de seus órgãos dirigentes pelo voto dos juízes ou da população; discussão pública de seus problemas administrativos; estabelecimento de planos de gestão; redução do número de instâncias recursais; criação de ouvidorias judiciárias, juizados especiais e centros de conciliação e arbitragem³¹; simplificação de procedimentos; informatização e publicidade de seus atos administrativos e disciplinares.

A realidade é que esse distanciamento decorre de problemas estruturais, e qualquer organização hierarquizada, burocrática e extremamente técnica, como é a própria do aparato judiciário, jamais alcançará a popularidade das organizações enxutas, desburocratizadas e democráticas.

Esse aparato extremamente formal é também ambiente propício a outro fenômeno: o legalismo, que, por sua vez, também conduz ao alheamento do juiz da

³⁰ Dalmo de Abreu Dallari: ob. cit., pp. 146-147.

³¹ Por duas gestões consecutivas, o Autor apresentou, à Presidência do Tribunal de Justiça de Pernambuco, Anteprojeto de Resolução sugerindo a criação de um Centro de Conciliação e Arbitragem na Comarca do Recife,

realidade. O apego aos ritos e à interpretação literal dos textos legais transforma-o num autômato na aplicação da vontade do legislador. E isso o torna menos humano, menos sensível para levar em consideração, nos seus julgamentos, os condicionamentos psicológicos e emotivos do homem, bem assim as necessidades sociais da população, que, nem sempre, coincidem com as exigências da maioria ou dos que fazem as leis neste país. A preocupação com a necessidade de se observar a realidade frente à lei com o cuidado de ater-se exclusivamente à sua letra, valorizando-a demasiadamente em detrimento daquilo que pretende de fato expressar, é manifestada nas palavras de José Renato Nalini:

“O aperfeiçoamento do espírito humano é insuscetível de residir apenas no conhecimento da lei. A norma positivada não encerra todo o Direito. O sistema de atitudes, instituições e valores de uma sociedade reside também nas artes, na literatura e, principalmente, na ética”.³²

No mesmo artigo, de extrema sensibilidade, e com aguçada percepção da realidade, José Renato Nalini exprime a necessidade de o juiz vivenciar e sentir o homem que é para proferir, com justiça, uma decisão. Em outra passagem, assim diz:

“O juiz é cada vez mais chamado a conhecer a realidade em que atua, identificar-se com as partes em conflito e procurar soluções viáveis. Pobre profissional aquele que se satisfaz com a solução processual, ou até procura por ela, para não enfrentar o desafio de penetrar no núcleo do problema concreto. Triste julgador aquele que só busca na lei a resposta para as questões submetidas à sua apreciação. Pois não lhe é dado detectar no texto normativo o remédio para todas as indagações existenciais”.

E segue:

“É juiz o ser humano que sabe identificar no volume desarticulado do processo o drama real dos nele envolvidos. (...) É juiz a pessoa aberta para as transformações do mundo, atenta à velocidade com que se alteram padrões e valores, mas

proposta que foi acolhida e inserida no Plano de Gestão do Des. Etério Galvão, biênio 1998/2000, encontrando-se em fase de estudo para implantação. O texto do Anteprojeto integra os Anexos deste trabalho.

³² José Renato Nalini: O Juiz e a Cultura. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. N.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996, pp. 184.

consciente de que permanece intangível a concepção de dignidade das pessoas”³³.

O juiz apegado à legalidade não busca fora do sistema normativo rígido (positivo) a solução das causas submetidas ao seu desiderato e, com isso, quando julga, pende para o lado mais cômodo, o da lei; relega ao segundo plano fatos que transcendem ao que consta dos textos normativos; duvida da existência de leis injustas; ignora o que está por trás dos políticos que legislam e esquece que o próprio direito positivo, por ser limitado, insuficiente, dá ao aplicador do Direito o poder de interpretar e integrar a lei de acordo com a analogia, os costumes, os princípios gerais de Direito e as exigências do bem comum (arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução do Código Civil). Afinal, como salienta o juiz Caetano Lagrasta Neto³⁴, “não bastam leis onde faltem inteligências capazes de bem aplicá-las e de instrumentalizar o processo”.

Sob a visão sociológica, o professor Cláudio Souto³⁵, com muita propriedade, elucida as diferentes atitudes do magistrado na aplicação do Direito:

“... Porque, se o magistrado dogmático é, antes de tudo, o servo da lei, o magistrado verdadeiramente moderno e cientificamente pós-moderno é, antes de tudo, o servo do direito, entendido este como algo que implique, de modo necessário, racionalidade testável do conhecimento e sentimento de justiça.”

Coincidentemente, tanto o Poder Judiciário, na sua concepção atual, como a conduta legalista do juiz sofreram forte influência do positivismo jurídico surgido no século XIX, mais precisamente com Montesquieu, que o consagrou na obra *Do espírito das leis*. Consolidou ele o entendimento de que a característica do homem é submeter-se a padrões racionais e lógicos (dando pouca ênfase à conduta humana sob a influência de fatores psicossociais), o que deu margem à deturpação de sua obra para uma concepção de norma sob o aspecto estritamente formal, não propriamente racional.

Hans Kelsen também tem sua meia culpa por essa concepção um tanto “normativista” do Direito, porquanto, na sua pretensão de “purificá-lo”, afastando-o da

³³ José Renato Nalini: ob. cit., pp. 184-185.

³⁴ Caetano Lagrasta Neto: Cidadania e Magistratura. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. n.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996, p. 181.

³⁵ Cláudio Souto: *Tempo do Direito Alternativo: Uma fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 94-95.

influência da Sociologia e da Filosofia do Direito, retirou-lhe o espírito ou o ideal de justiça, fechando-o à ordem sobreposta do direito natural.

Eis um pequeno trecho de sua obra:

“Se o valor é constituído por uma norma objetivamente válida, o juízo que afirma que um *quid* real, uma conduta humana efetiva, é ‘boa’, isto é, valiosa, ou ‘má’, isto é, desvaliosa, exprime e traduz que ela é conforme a uma norma objetivamente válida, ou seja, que deve ser (tal como é), ou que contradiz uma norma objetivamente válida, quer dizer, não deve ser (tal como é).”³⁶

Por fim, o preconceito no sentido de que o magistrado não deve se envolver com qualquer espécie de reivindicação junto aos outros Poderes, sob o argumento, pouco defensável, de que a postura do juiz não se coaduna com a dos demais membros de Poder, dada a necessidade de manter-se equidistante da política e das forças reais de poder que esta comanda, influenciou e influenciou muito no processo de distanciamento, de alheamento do Judiciário dos grandes problemas sócio-políticos e administrativos do interesse da prestação jurisdicional. Além do mais, a crença vigente de que os juizes são portadores de “uma missão divina”, alimentada por muitos deles para justificar *o seu pouco caso* para com os problemas institucionais, cria um bloqueio psicológico intransponível nos canais de comunicação entre os diversos setores sociais ligados aos problemas da Justiça no Brasil (Ministério Público, Polícia, Segurança Penitenciária, Defensoria Pública etc.). Daí, então, o magistrado passar a impressão de ser *immune* aos problemas do comum dos homens, e assim ser tratado.

1. 2. 4 - A deficiência de sigilo no processo judicial

No processo judicial, mais que em qualquer outro, vigem dois princípios contrários ao sigilo que deve nortear certas causas em vista do interesse público ou da privacidade das partes e do objeto da demanda: um é o *princípio do formalismo*; o outro é o *princípio da publicidade*³⁷.

³⁶ Hans Kelsen: ob. cit., p. 20.

³⁷ Moacir Amaral Santos: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil* - Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1981, p. 84.

O formalismo exagerado impõe ao serviço judicial a prática de registrar, repetidamente, não só os autos de processo como também todos os atos neles praticados, da distribuição à sentença, expondo o seu conteúdo, incluindo-se todas as peças e objetos que os acompanham, a diferentes servidores do foro até chegar ao juiz.

Essa prática, inevitavelmente, expõe o litígio e a intimidade das partes a várias pessoas que labutam diariamente no foro judicial, na medida em que, a cada registro, seja de um simples termo de andamento, de uma petição ou de um termo de audiência, os autos são compulsados e revirados por pessoas que, não obstante autorizadas e conscientes dos seus deveres funcionais, não têm o comprometimento e a responsabilidade dos advogados e do juiz.

A publicidade, por outro lado, é da natureza dos atos praticados pelo Estado visto na sua inteireza. Para o Judiciário, especificamente, a Constituição Federal, no art. 93, inciso IX, impõe-na como regra no processo, dispondo que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”, só admitindo, portanto, como exceção a esse princípio, *determinados atos e se o interesse público o exigir*.

Pergunta-se, então: e se o interesse for somente das partes, visando à preservação dos seus assuntos privados, o processo não estará à salvo da publicidade? A resposta é *não*, mesmo em se considerando, contrariamente, um outro princípio fundamental prescrito no art. 5.º, inciso X, da Constituição Federal, que garante a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Isso porque, no processo judicial, segundo Moacyr Amaral Santos³⁸, a publicidade é assegurada, antes de tudo, como uma garantia de ordem política, com o propósito de permitir o controle pela opinião pública dos serviços judiciais. Daí a obrigatoriedade de se dar publicidade às audiências e às decisões judiciais, fornecer certidões e registrar os termos do processo etc. embora, à mingua de amparo constitucional, o nosso Código de Processo Civil, no seu art. 155, restrinja esse direito às partes, a seus procuradores e ao terceiro que demonstrar interesse jurídico.

Se o excesso de formalismo e a publicidade, por um lado, representam a garantia de preservação da autenticidade e da integridade dos atos e documentos processuais, por outro lado, trazem o inconveniente de generalizar uma praxe prejudicial, em

³⁸ “Na publicidade dos atos processuais está uma das garantias de ordem política, pois que tem por finalidade permitir o controle da opinião pública nos serviços da justiça.” Moacyr Amaral Santos: ob. cit., p. 286.

muitos casos, aos interesses das partes e da própria confiabilidade da Justiça, que é expor, publicamente, certos fatos ou documentos decorrentes de relações jurídicas, que, sem constituírem qualquer ilegalidade, levá-las-ão à execração pública, à ruína e à falência. E, assim, sentir-se-ão desestimuladas a procurar a Justiça.

Um exemplo banal: uma empresa, pretendendo lançar um produto inédito na praça, celebra com uma instituição financeira um contrato de financiamento para propiciar o seu fabrico e a sua comercialização em massa. Posteriormente, por desavenças quanto às especificações do produto, o mutuante necessita de pleitear judicialmente a rescisão do negócio. Como ficará a mutuária perante os prováveis concorrentes, tendo de expor, publicamente, em sua defesa na Justiça, que adimpliu o contrato nessa parte? Ou, ainda não existindo problemas com a concorrência, que deixou de adimpli-lo porque tem informações sigilosas sobre a má administração da instituição credora frente aos interesses dos seus clientes?

Mesmo que o juízo entenda haver interesse público na questão aludida sob o argumento de resguardar os princípios atinentes à livre concorrência, na prática, diante do acúmulo de processos, é difícil discriminar, dando-lhes um tratamento de exclusividade, os feitos processados em segredo de justiça. Pela experiência de sua atuação em varas cíveis da Capital, o Autor pôde perceber, até por equívocos do serviço auxiliar de algumas delas, serem constantes as publicações em pauta dos nomes e dos conteúdos das decisões referentes a esses feitos, o que demonstra a fragilidade do Poder Público em garantir esse sigilo quando, por sua natureza intrínseca, não oferece os meios necessários a preservá-lo.

1. 2. 5 - A relativa confiança das partes no Judiciário

A confiança, ou nasce da demonstração e da prática reiterada de ações que dêem às partes a certeza e a segurança de que os seus interesses serão bem administrados, ou nasce da convicção de que, pela situação e pela pretensão efetiva de conquistá-la, dada a relação que as identifica com o seu destinatário, os seus interesses, certamente, serão bem administrados.

O Judiciário enquadra-se na primeira situação. Ou seja, para o juiz conquistar a confiança das partes, terá que demonstrar, na prática, por meio de reiterados exemplos, que realmente é confiável para administrar justiça e, efetivamente, dar a cada uma

delas o que é seu sob argumentos aceitáveis, ainda que a sua decisão resulte na sucumbência de quem o provocou.

Esse é um trabalho exaustivo, de *marketing*, por assim dizer, porque não basta ser confiável, é preciso também demonstrar, publicamente, essa confiabilidade. Todavia, o juiz e a própria instituição que representa, em nível federal ou estadual, preocupam-se muito pouco com a publicidade de sua imagem perante a opinião pública. O que se vê, normalmente, é puro pedantismo de alguns magistrados vaidosos que utilizam a mídia para se autopromoverem, exibindo decisões atraentes à opinião pública, mas que, na verdade, sob o ponto de vista jurídico, variam entre a mediocridade e a prolixidade.

É exaustivo, também, porque o juiz necessita quebrar preconceitos do povo para com a sua pessoa, ou vice-versa. Precisa demonstrar que não é nenhum ser divino e, como ser humano que é, dotado de qualidades e defeitos, portar-se na sociedade como qualquer dos seus integrantes, compartilhando conhecimento, emoções e sabedoria; do contrário, como todos que exercem autoridade, sofrerá e fará os outros sofrerem em decorrência do processo de alheamento ou afastamento da realidade. Precisa, enfim, superar a tentação de, em razão de seus dotes intelectuais e do poder de que fora investido em nome do povo, agir como um superior, um monarca na comarca.

O publicitário Luís Grottera³⁹, em artigo enviado para 60 dos principais nomes da mídia brasileira, dá a “ferramenta” capaz de gerar uma mudança da opinião pública sobre o Judiciário:

“... a figura humana do juiz. Enquanto o Judiciário, como instituição, é apenas a 7.^a colocada na ordem de prestígio junto à sociedade (Pesquisa do DataFolha), o juiz obteve o 2.^o lugar de prestígio entre os profissionais que compõem essas instituições. Só perdeu para os jornalistas. É verdade que essa estratégia poderia ter uma força muito mais significativa se os juízes brasileiros tivessem uma imagem de autoridade e de relação com o povo de maior modernidade, com menos formalismo e mais interação. Na sociedade moderna, toda autoridade que prevalece pela imposição, e não pelo domínio da razão, tende a ser paulatinamente ignorada pela população. Neste sentido, vale

fazer uma reflexão sobre a perda do poder de relacionamento da Igreja Católica com seus fiéis.”

Pesquisa intitulada “A Democratização do Poder Judiciário segundo os Juízes”⁴⁰, desenvolvida pelo Departamento de Pesquisa e Documentação (DPq) da Ordem dos Advogados do Brasil, Secção do Rio de Janeiro, no período compreendido entre outubro de 1992 e setembro de 1994, dá a seguinte amostragem da opinião pública sobre o relacionamento entre o Poder Judiciário e a sociedade:

RELACIONAMENTO	ENTREVISTADOS	
	Número	%
Existe integração	12	32,4
Não existe integração	23	62,2
Não respondeu	02	5,4
Total	37	100,0

Na segunda situação, encontra-se o árbitro, cuja confiabilidade é pressuposto de escolha e, por isso, integra a relação processual por vontade, direta ou indireta, da parte que o escolheu. Sua autoridade e sua respeitabilidade, na condição de profissional liberal que é, decorrem do seu esforço pessoal – não institucional – dentro da mesma comunidade onde vivencia, com as partes, os problemas comuns da sociedade. Quanto ao juiz estatal, integra ele a relação processual por vontade e investidura do Estado, sem qualquer participação dos litigantes, e sua confiabilidade depende não só de sua atuação profissional como também do funcionamento de todo o Poder Judiciário – não basta ser eficiente, é preciso atuar numa instituição eficiente.

Além do referido, o juiz privado é remunerado para, com eficiência e denodo, prestar a sua jurisdição num caso específico, por tarefa, transitoriamente, diferentemente do que ocorre com o juiz público, que, com ou sem boa prestação jurisdicional, no caso concreto, tem a sua remuneração garantida e é vitalício. Isso contribui, naturalmente, para que a confiabilidade e a boa prestação do trabalho constituam uma

³⁹ Luís Grottera: ob. cit., p. 116.

estratégia para o árbitro angariar mais causas e conquistar novos clientes, o que se impõe pelas leis de mercado.

Mas é evidente que existem desvantagens no sistema arbitral. No processo de livre escolha, com participação coletiva ou não, a parte é levada a escolher o árbitro que julgue estar de acordo com os seus interesses particulares, de litigante, e não por sentimento de equidade. Contudo, nem por isso o sistema judiciário se faz mais confiante, comparando ambos sob o ponto de vista estritamente subjetivo. Depois, o sistema arbitral tem mecanismo de composição colegiada em que o terceiro árbitro, ou árbitro desempataador, é escolhido por terceira pessoa idônea, isenta de qualquer interesse no litígio, ou, ainda, sua escolha provém de um rol de árbitros previamente credenciados por uma confederação de sindicatos ou entidades patronais.

Dizia J. F. Von Schiller⁴¹, que “a confiança é a mãe dos grandes atos”. E é verdade. Toda obra do julgador que não detenha a confiança das partes parecerá, ante os olhos daquela que sucumbir, artifício contra o seu direito.

⁴⁰ Eliane Botelho Junqueira, José Ribas Vieira e Maria Guadalupe Piragibe Fonseca: *Juízes: Retrato em Preto e Branco*. Rio de Janeiro: LetraCapital Editora, 1997, Tabela 54, p. 200.

⁴¹ J. F. Von Schiller: *Dicionário Enciclopédico da Sabedoria*. Organizado e Coordenado por A. Della Nina. Vol. II. São Paulo: Editora das Américas, 1955, p. 117.

Capítulo 2

A Morosidade da Justiça no Brasil e suas Principais Causas

2.1 - CAUSAS GENÉRICAS E EFEITOS DA MOROSIDADE

Um dos maiores problemas da Justiça no Brasil consiste, indubitavelmente, na sua morosidade. Constitui-se um dos principais fatores responsáveis pela crise do Poder Judiciário porque é dela que decorre o acúmulo de processos, gerando o descontrole dos atos processuais que conduz à corrupção dos cartórios e provoca o descrédito da Justiça.

Esse descrédito representa a pior resposta do povo ao Judiciário, posto que denota o desprezo do único destinatário da prestação jurisdicional por aquela instituição que, constitucionalmente, monopoliza esse serviço. Além do mais, não é só a falta de credibilidade que incomoda a Justiça; a idéia de considerar as instituições públicas culpadas pelo não exercício de direitos faz o povo também rejeitá-las. Bistra Stefanova Apostolova⁴² ressalta dados de uma pesquisa dirigida por Sadek, denominada “A crise do Judiciário vista pelos juízes”, na qual se demonstra a dificuldade de absorção dos conflitos atuais pelos mecanismos judiciais em vigor, comprovando que 70% dos brasileiros “encontram no Estado e nas suas instituições os impedimentos centrais para a efetivação dos seus direitos”.

É certo que a morosidade da Justiça não é privilégio brasileiro.⁴³ Entretanto, formas alternativas para solução de litígios devem ser buscadas até para servir de exemplo a outras nações que se inspiraram no modelo romano de prestação jurisdicional.⁴⁴

⁴² B. S. Apostolova: *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 184.

⁴³ A morosidade da Justiça é, aliás, fenômeno nada atual, como salienta Dinio de Santis Garcia: “Registre-se que as queixas contra a lentidão da Justiça têm longa história. Na ‘Oratio pro Quintio’, Cícero lamentava que a causa que defendia já se arrastava por um biênio; e parece que esta não era uma exceção no concernente à duração dos processos, em Roma. E na velha Germânia, após a recepção do processo romano-canônico, queixavam-se os juristas de que as ações duravam mais que os homens, e eram transmitidas como herança de geração em geração; ao que Feuerbach acrescentava que a Corte Suprema do velho Império era comparável ao Olimpo, posto que lá residiam os ‘imortais’, isto é, as causas que ali jaziam, por largo tempo, em estado

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, em recente pesquisa⁴⁵, constatou que a maior crítica da população ao Poder Judiciário diz respeito à morosidade dos processos, especialmente na Comarca do Recife. Eis os percentuais obtidos:

UNIDADES JUDICIAIS	RECIFE	REGIÃO METROPOLITANA	INTERIOR
Juizados Especiais	22%	15%	15%
Comarcas e Varas	18%	13%	1%
Tribunal de Justiça	53%	15%	4%

O economista e diplomata Roberto Campos, em artigo publicado no *Jornal do Commercio*⁴⁶, afirmou, com o tom crítico e realista que lhe é característico:

“O Judiciário é hoje, na unanimidade do sentimento do País, uma de nossas mais ineficientes instituições (é certamente a única imune a qualquer tipo de avaliação ou controle externo). Não porque os juízes sejam venais, indolentes

letárgico”. (Dinio de Santis Garcia: *A Crise da Justiça e suas Causas - Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. N.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996, p. 155).

⁴⁴ O Desembargador aposentado Dinio de Santis Garcia sugere em seu trabalho *A Crise da Justiça e suas Causas*, já citado, algumas soluções que mudariam a situação dita “de crise” da Justiça. Assim, relativamente à duração do processo, introduz a idéia dos *prazos razoáveis*, a qual, aliás, já teria sido adotada pela Convenção da Europa, pelos Estados Unidos (nestes adstrita ao processo criminal), pela Itália e pela Alemanha, e se traduziria – considerando que a demora ou o retardamento da Justiça implicaria violação ao direito à tutela jurisdicional ou mesmo verdadeira denegação dessa tutela – na estipulação de prazos tidos como *aceitáveis* para a solução do caso concreto. (O fato de se verificar a satisfação quanto aos *prazos razoáveis* tão-somente após a sua aplicação no caso concreto seria, segundo Santis Garcia, um óbice à sua delimitação conceitual e conseqüente aferição da eficácia da Justiça como um todo.). Esses prazos, segundo afirma aquele Desembargador, situar-se-iam num ponto entre o prazo ótimo e o prazo excessivo, para a fixação dos quais se haveria de atender aos usos, ao bom senso, à oportunidade, ao possível e, na prática, ao que se tem por moderado, comedido. Revela ele, ainda, que os critérios utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem para a qualificação do que sejam prazos razoáveis têm sido, entre outros: a complexidade da causa; o comportamento do demandante, a conduta das autoridades competentes, a atividade do advogado no processo e a importância do litígio para o demandante. O conceito desses *prazos razoáveis* – consoante o entendimento daquele jurista – seria, pois, o que a doutrina tem denominado *conceito indeterminado*, porquanto “confere ao juiz ampla margem de discricionariedade no estabelecimento dos limites em que há de ser aplicado, caso por caso”. (Dinio de Santis Garcia: *A Crise da Justiça e suas Causas*. Ob. cit., pp. 154 a 157).

⁴⁵ Relatório apresentado ao Tribunal de Justiça de Pernambuco, intitulado: *Relatório do marketing e estratégia de comunicação*, elaborado pela Arconsult - Consultoria e Assessoria Técnica Ltda.

⁴⁶ Roberto Campos: *O Pior Corporativismo - Jornal do Commercio*, n.º 147, ano LXXVII, Recife, 26.05.96, pág. 13.

ou irresponsáveis. Pelo contrário, a qualidade pessoal da nossa magistratura é geralmente reconhecida como adequada. A questão é que tudo funciona mal, lento, caro, imprevisível e incerto – e justiça lenta, cara e incerta não é justiça.”

A morosidade da Justiça tem causas diversas e não deixa de estar interligada a outros problemas de natureza política, social e econômica. Os governos não conferiram, até pouco tempo, a devida atenção ao Judiciário. Não investiram na construção de fóruns, na aquisição de equipamentos, na admissão de novos juízes e nem na modernização da legislação e dos serviços da Justiça. O *boom* de investimentos na área de infra-estrutura constatado atualmente no Judiciário adveio da autonomia administrativa assegurada pela Constituição de 1988, que lhe garante repasses suficientes de recursos.

Por outro lado, a crise econômica de longa data vivida pelo país também contribui para o agravamento desse quadro, na medida em que se reflete na redução dos investimentos necessários ao soerguimento do aparelho judiciário e no aumento dos problemas sociais, com repercussões na intensificação da denominada “litigiosidade” e, por consequência, no incremento do número de processos judiciais.

O excessivo número de ações ajuizadas contra o Estado, além do daquelas por ele ajuizadas, é outro fator que contribui para a morosidade da Justiça no Brasil. O Estado, pelos seus desmandos, tornou-se, no Brasil, o grande réu. É assombrosa a quantidade de ações ajuizadas contra a União e os Estados. A Justiça Federal e as varas de Fazenda estaduais estão trabalhando nos seus limites, principalmente pela orientação sistemática de todo ente público no sentido de não pagar suas dívidas para com o particular pela via administrativa ou amigável – mesmo que, algumas vezes, já declaradas ou reconhecidas em juízo. Em contrapartida, é também o maior credor, sendo recordista no número de execuções contra o particular. Afinal é ele quem institui e majora tributos.

Para se ter uma idéia dessa última assertiva, levantamentos realizados pela Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, junto às varas da Fazenda Estadual e Municipal, no Recife, assinalam que, para atender à atual demanda de processos – nos nove primeiros meses do ano passado, segundo informações da Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco: 290.839 – seria necessário mobilizar, em regime de mutirão, em torno de 100 novos juízes, além dos dez que atuam normalmente nas dez varas instaladas no foro da Capital. Em tudo isso, considere-se: o número máximo de 300 feitos por magistrado, a

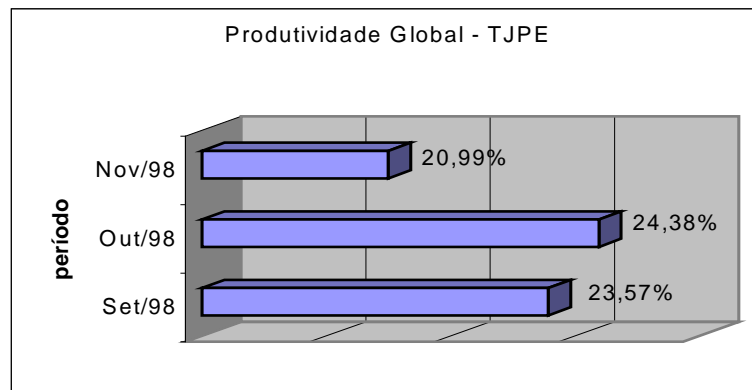
exemplo do que ocorre nos países europeus⁴⁷; e o acréscimo anual de, pelo menos, 10.500 feitos novos ao acervo acumulado. Ora, por esses dados estatísticos e pela quantidade incomensurável de demandas existentes na Justiça Federal, chega-se à seguinte conclusão: o Estado é um dos grandes responsáveis pela morosidade da Justiça no Brasil.

Assim, só multiplicar varas, criando mais cargos no Poder Judiciário, não é o melhor caminho que adequie a equação custo x benefício. E constate-se que os números não são nada animadores nos outros setores do Poder Judiciário. Nas varas cíveis, por exemplo, o mesmo levantamento estatístico, realizado nos nove primeiros meses do ano passado, indica que 13.245 processos novos se juntaram ao acervo acumulado de 51.427, contra, apenas, 8.807 processos julgados, o que significa dizer que, anualmente, a Comarca do Recife tem um incremento de mais de 4.438 ações cíveis novas, sem solução à vista.

No Tribunal de Justiça de Pernambuco, um gráfico estatístico publicado no Diário Oficial do dia 19 de dezembro de 1998, página 2, na parte relativa ao Poder Judiciário, reflete, numa escala de 0% a 100%, a baixa produtividade dos órgãos de segunda instância, pois, não obstante contarem com um aparato técnico de assessores que triplica o potencial de cada um dos seus membros, não se julga a metade dos feitos acumulados somados aos conclusos (50%). Essa amostragem indica que está havendo um acréscimo mensal de, aproximadamente, 566 novos processos ao acervo acumulado, como se pode observar:

⁴⁷ Apresentando sugestões para se assegurar o efetivo cumprimento do direito do jurisdicionado à prestação jurisdicional, o Juiz Federal Edgard Antonio Lippmann Júnior, do Paraná, opinou: “Entendo conveniente deva ser fixado um número máximo de processos em tramitação por vara, ou sob a responsabilidade do Magistrado, a exemplo do que hoje é feito nos países europeus, onde, em alguns, indicou-se como sendo ideal o número de trezentos. Quanto a este aspecto, registro que por ocasião da tramitação da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), ainda em vigor, chegou-se a cogitar da fixação deste número, em torno de 350 processos por magistrado, proposição que resultou vetada.” (Edgard Antonio Lippmann Jr.: ob. cit., p. 173).

PRODUTIVIDADE GLOBAL - TJPE - SETEMBRO A NOVEMBRO/1998



$$\text{PRODUTIVIDADE GLOBAL} = \frac{\text{DEVOLVIDOS}}{\text{ACERVO ANTERIOR} + \text{CONCLUSOS}}$$

Obs.: Não foram fornecidos dados estatísticos referentes aos meses anteriores.

No Tribunal Regional Federal da 5.^a Região, que abrange os Estados de Pernambuco, Ceará, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe, no período compreendido entre 1989 e 1998, dos 252.331 processos que lhe foram distribuídos, excetuando-se os de competência da Presidência (agravos em recurso especial e extraordinário; suspensão de segurança e petições diversas), foram julgados 228.997, restando um saldo acumulado de 23.334.⁴⁸

Nas Varas da Justiça Federal, sob a jurisdição do mesmo Tribunal, a situação, entre janeiro e dezembro de 1998, era a seguinte: dos 94.011 processos distribuídos, 77.769 foram julgados, acrescentando-se, ainda, 16.242 ao acervo já acumulado de 314.665 processos constatado em dezembro de 1997.

A propósito, destacou o juiz Plauto Afonso da Silva Ribeiro, do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região, em artigo publicado no Diário de Pernambuco⁴⁹:

“Cumprê, porém, ter presente que apenas a criação de novas varas e a admissão de mais juízes não são suficientes para resolver as dificuldades com que se vê a braços o Poder Judiciário neste final de século, decorrentes, na sua maioria, do excessivo número de processos distribuídos diariamente aos juízes de primeiro e segundo graus, gerados da asfixiante intervenção do Estado na economia e da consciência

⁴⁸ Dados fornecidos no mês de fevereiro de 1999 pela Secretaria Judiciária do TRF da 5.^a Região.

cada vez mais crescente dos cidadãos de que são titulares de direitos a uma Justiça rápida e eficaz, numa demonstração inequívoca da reconquista da convivência democrática derivada da Constituição Federal de 1988.”

As mesas diretoras dos tribunais, por não terem qualquer compromisso ou responsabilidade política com a boa administração da instituição, pois ali estão por força de um revezamento que só leva em consideração a antigüidade do magistrado ou conveniências de grupos internos, tendem a se preocupar somente com os problemas da cúpula, com questões menores envolvendo o conforto dos seus membros e com as regalias que a representação do Poder propicia. Esquecem-se da prestação jurisdicional inicial, aquela feita pelos órgãos de primeiro grau (juízes), e do aprimoramento dos meios de acesso a ela. Não programam ações para o futuro mediante planos estratégicos que ordenem a administração a curto e longo prazos, racionalizando despesas e investimentos no âmbito do Poder Judiciário.

O Tribunal de Justiça de Pernambuco, sob a presidência do Des. Etério Galvão, pela primeira vez, implantou um Plano de Gestão para ser cumprido até o início do ano 2000, tendo-se notícias de pouquíssimos tribunais que adotaram idêntica providência.

Adicionalmente, os sistemas disciplinar e de correção do Poder Judiciário são falhos. Nos tribunais – é fato notório –, há julgadores que se dão ao luxo de cruzar os braços e só levar à sessão de julgamento aqueles processos preparados pelos seus assessores. Muitos nem sequer têm conhecimento daquilo que estão discutindo ou julgando. No primeiro grau, o controle da Corregedoria de Justiça é maior, mas, nos grandes aglomerados urbanos, como as capitais, percebe-se um certo afrouxamento da sua atuação, aparecendo, vez por outra, juízes que passam a fazer parte, pela preguiça, do anedotário forense.

Cresce, decorrente dessas falhas disciplinares e de controle, a tese da responsabilidade civil do Poder Judiciário, com fundamento na possibilidade de ação regressiva contra o juiz causador do dano, na hipótese de não, ou tardia, prestação jurisdicional.

⁴⁹ Plauto Afonso da Silva Ribeiro: Interiorização da Justiça - *Diário de Pernambuco* - Vida Urbana: Justiça, Recife, sexta-feira, 22.01.99, C5.

Yussef Said Cahali⁵⁰, em análise do assunto, chega à conclusão de que a nossa realidade constitucional tornou possível essa responsabilização. Faz menção ao exemplo da França, com as Leis n.º 72.620, de 5/7/72, e n.º 79/43, de 18/01/79, bem como ao da Itália, com a Lei n.º 117, de 13/4/88, que adotam um sistema de responsabilidade estatal exclusiva: apenas o Estado responde perante o jurisdicionado, ressalvado àquele o direito de regresso contra o magistrado faltoso. Na Itália, o Estado responde exclusivamente por ato judicial ilícito: dolo, culpa grave ou denegação de justiça.

Nosso sistema jurídico, também, não proíbe a adoção da responsabilização da Justiça, dada a amplitude do que estabelece o art. 37, § 6.º, da Constituição Federal. A propósito, o serviço judiciário não é serviço público? Por outro lado, junte-se a esse dispositivo o prescrito pelo art. 133 do Código de Processo Civil, nos casos em que há desídia do magistrado⁵¹.

2.2 - A COMPLEXIDADE DO APARATO JUDICIÁRIO

O excesso de instâncias e jurisdições – sobreposição, no plano vertical, de órgãos revisores de decisão judicial (Tribunais Estaduais, Regionais e Distrital; Colégios Recursais de Juizados; Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal, além dos tribunais de alçada, em alguns Estados) e, no plano horizontal, de limites de competência por especialização ou território (Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça Militar, Justiça do Trabalho, Justiça Eleitoral, Regiões, Estados, Comarcas, Circunscrições, Distritos Judiciários etc.) – possibilita uma compreensão exata da complexidade do aparato judiciário no Brasil. Isso sem mencionar que, na organização de cada Justiça, existem varas, câmaras, grupos de

⁵⁰ Yussef Said Cahali: *Responsabilidade Civil do Estado*. 2.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 636.

⁵¹ “Iniludivelmente, resulta ser dispensável exercício de imaginação para entender-se que tanto o **Estado** quanto aqueles que estão investidos no poder de prestar a jurisdição, têm o **dever/obrigação** de prestá-la de modo efetivo e rápido, o que, na vice-versa, integra direito público subjetivo do jurisdicionado. Daí porque a falta, demora ou prestação jurisdicional escancaradamente injusta (**error in iudicando**) gera a inevitável responsabilidade objetiva – solidária – de ambos, a reparar eventuais prejuízos ocasionados à parte. Esta conclusão, que para alguns pode até parecer absurda, tem o seu fundamento na teoria do risco administrativo, art. 37, § 6.º, CF/88 c/c art. 22 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), isto quanto ao Estado, e artigos 133 do Código de Processo Civil e 159 do Código Civil, quanto ao magistrado.” (*sic*) (Edgard Antonio Lippmann Jr.: *Do Direito do Jurisdicionado à Prestação Jurisdicional Rápida*. *Livro de Estudos Jurídicos* - n.º 7. Coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante - Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993. p. 170).

câmara e outras divisões internas com características e denominações próprias de cada especialização.

Daí a ocorrência de inúmeros conflitos de competência e de decisões contraditórias entre as diferentes autoridades judiciárias no país, o que gera perda de credibilidade e dificuldades na conclusão dos processos afetos a cada Justiça. Só para ilustrar, num distante município, podem atuar, lado a lado, um juiz federal, um juiz do trabalho, um juiz eleitoral e um juiz de direito, todos sob a jurisdição de tribunais diferentes, podendo ainda compartilhar a função, na mesma jurisdição, tantos outros magistrados de diferentes especializações da mesma Justiça – Comum ou Especializada.

Além do mais, há causas, na mesma jurisdição, que somente podem ser conhecidas e julgadas por varas especializadas ou órgãos colegiados de segundo grau (tribunais), legitimando a existência de verdadeiros foros privilegiados para certas entidades públicas ou ocupantes de determinados cargos públicos (ex.: prefeitos), em detrimento de outras entidades ou autoridades do mesmo nível.

Quanto aos limites fronteiriços internos da jurisdição, apenas para exemplificar, num determinado município, as decisões judiciais originárias de outro que lhe seja contíguo só podem ser executadas por meio de cartas precatórias como se se tratasse de dois países com organizações judiciárias completamente distintas, o que produz um atraso na instrução e provoca a quebra na unidade processual, constituindo-se um dos fatores que contribuem para a morosidade da Justiça. Há causas, aliás, cuja instrução se divide ao meio entre uma jurisdição e outra, em tempo e espaço diferentes, embora deva haver uma única decisão.

O Supremo Tribunal Federal (STF), consoante disposição constitucional, é o órgão de cúpula de toda a engrenagem do sistema judiciário brasileiro, cabendo-lhe, precipuamente, a guarda da Constituição Federal. Com isso, a Carta Magna reservou-lhe o papel principal de manter o controle concentrado da constitucionalidade dos atos dos Poderes do Estado, fazendo as vezes, na organização estatal, de órgão controlador do seu sistema jurídico e intérprete maior da Constituição – funções eminentemente políticas e próprias das cortes constitucionais em outros países.

Conjugada a essa função de corte constitucional, são também reservadas ao STF outras atribuições eminentemente judiciárias, como conhecer e julgar originariamente algumas causas; apreciar decisões judiciais em grau de recurso, tendo em vista a uniformização da jurisprudência nacional à luz da Constituição Federal; e decidir conflitos entre autoridades federais de alto nível, ou que envolvam entidades federativas brasileiras e Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Além disso, cuida o STF de outras atribuições que não são próprias dos órgãos judiciais, como dar andamento a cartas rogatórias, homologar sentenças estrangeiras e decidir sobre extradição solicitada por Estado estrangeiro. Três dos seus membros acumulam ainda atribuições junto ao Tribunal Superior Eleitoral.

José Afonso da Silva⁵², dissertando sobre o sistema de controle da constitucionalidade adotado pelo Brasil, ensina:

“O Brasil seguiu o sistema norte-americano, evoluindo para um sistema misto e peculiar que combina o critério de controle difuso por via de defesa com o critério de controle concentrado por via de ação direta de inconstitucionalidade, ... Isso não o converte em Corte Constitucional. Primeiro porque não é único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, já que o sistema perdura fundado no critério difuso, que autoriza qualquer tribunal e juiz a conhecer da prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção. Segundo, porque a forma de recrutamento de seus membros denuncia que continuará a ser um Tribunal que examinará a questão constitucional com critério puramente técnico-jurídico, mormente porque, como Tribunal, que ainda será, do recurso

extraordinário, o modo de levar a seu conhecimento e julgamento as questões constitucionais nos casos concretos, sua preocupação, como regra no sistema difuso, será dar primazia à solução do caso e, se possível, sem declarar inconstitucionalidade.”

Sem levar em consideração o excesso de atribuições, que desvirtua a sua principal função de guardião da Carta Federal, o fato de o STF exercer atribuições políticas e judiciárias a um só tempo – fato esse agravado pela forma de escolha de seus membros, que não provêm da carreira da magistratura e nem são escolhidos pelo povo – faz dele uma corte de justiça lenta e ambígua, o que gera críticas tanto de magistrados como dos próprios componentes dos Poderes Legislativo e Executivo. De magistrados porque desconfiam que as suas decisões, naqueles casos em que não existe norma expressa aplicável, são sempre políticas ou muito conservadoras; dos membros dos demais Poderes, por sua vez, por julgarem que as decisões do Supremo são muito corporativistas e, por isso, verem nelas razão de desconfiança.

Melhor seria, numa eventual reforma judiciária, transformá-lo numa corte constitucional, política no sentido amplo, deixando ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), a função de órgão de cúpula do sistema judiciário nacional. Só assim se supriria a chamada quarta instância recursal de nosso sistema judiciário – que é um absurdo do ponto de vista jurídico-processual – e se muniria o STJ de atribuições que lhe dariam, por certo, mais prestígio no sistema judiciário, agilizando, de outra parte, os feitos constitucionais afetos à primeira Corte.

Para que essas mudanças atingissem o seu objetivo, necessário seria retirar o STF do sistema judiciário, tornando-o elemento central de toda a organização política, equidistante dos três Poderes da República, com os seus membros sendo recrutados entre cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada e indicados por esses Poderes, pelo Ministério Público e até pelas organizações não governamentais (OAB, entidades de classe de âmbito nacional etc.); só assim não apenas teria legitimidade, mas também

⁵² José Afonso da Silva: *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12.^a Edição. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 1996. pp. 526-527.

autoridade suficiente para desempenhar, com eficácia, o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos no país.

Ao lado do Superior Tribunal de Justiça, há outros tribunais superiores. São eles: o Tribunal Superior do Trabalho (TST), o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e o Superior Tribunal Militar (STM), todos funcionando como órgãos recursais de terceiro grau de jurisdição nas questões de sua área de especialização, que seriam, em se tratando da Justiça Estadual ou Federal, afetas ao STJ.

No âmbito da Justiça Federal, existem, em todo o país, cinco Tribunais Regionais Federais (TRF's), que dividem a sua competência, no território nacional, em cinco Regiões, tendo sedes em Brasília, no Rio de Janeiro, em São Paulo, em Porto Alegre e no Recife, nessa ordem, por numeração. Cabe ainda referir que, no Distrito Federal e em todos os Estados Federados, a União mantém um Tribunal Regional do Trabalho (TRT), pelo menos, e um Tribunal Regional Eleitoral (TRE). A Justiça Militar também está representada, pelo país, por várias circunscrições judiciárias, por intermédio de suas Auditorias Militares.

Se para o *expert* é difícil entender o Poder Judiciário nacional, para o jurisdicionado em geral – único destinatário dos seus serviços –, que supõe que juízes, promotores, defensores, procuradores e policiais fazem parte da mesma repartição chamada JUSTIÇA, a dificuldade de entendê-lo torna-o responsável por todos os problemas que nele repercutam.

É imprescindível propor, com urgência, a redução dos recursos às instâncias superiores. Não se pode simplificar o aparato judiciário sem se reduzir o número de recursos e simplificar a forma de seu julgamento. A possibilidade de recurso é salutar, mas não se pode admiti-lo inúmeras vezes e para mais de uma instância recursal diferente, pois, se, de um lado, dá maiores garantias às partes, de outro, provoca insegurança e quebra a autoridade do julgado. É chegada a hora de por termo às discriminações no processo – todos são iguais perante a lei, inclusive perante os meios processuais necessários para cumpri-la –, extinguindo não só os prazos alongados da Fazenda Pública, como o recurso necessário das sentenças que lhe forem desfavoráveis. Não há parte no processo melhor munida dos meios de defesa do que o Estado: os seus atos gozam de presunção de veracidade e tem procuradorias exclusivas para patrocinar a sua defesa na Justiça.

Sem se resolver esse problema, não se pode pensar em expansão da primeira instância, criando-se mais varas ou espalhando-se juízes pelos mais diferentes rincões porque, de um lado, se se alivia a sobrecarga de processo no primeiro grau, admitindo-se mais juízes, de outro, por conseqüência, entope-se de recursos o segundo grau (tribunais).

O Desembargador Dinio de Santis Garcia, invocando Mauro Capelletti, assevera a importância depositada no juízo de segunda instância em detrimento daquele de primeiro grau, chegando a afirmar que “a primeira instância não é mais que uma ante-sala em que se espera, impacientemente, o momento em que se possa interpor a apelação e, em conseqüência, levar a causa à segunda instância. Daí a saturação dos tribunais e a conseqüente morosidade dos julgamentos”⁵³.

É preciso concentrar as atribuições dos juízes na atividade fim – a prestação jurisdicional – liberando-os de atividades de gerenciamento de varas e de assuntos puramente administrativos, que tomam muito do seu tempo e desviam sua atenção para assuntos menos importantes⁵⁴. Vários juízes são afastados da função judicante para, com exclusividade, se dedicar a trabalhos burocráticos perante fóruns e tribunais, ao arrepio do próprio estatuto funcional, que os proíbe de exercer qualquer outra função pública ou privada.

Antes de parecer organização, a complexidade do aparato do Poder Judiciário reflete a burocracia do seu funcionamento no Brasil, evidenciando o quanto é difícil a ele ter acesso e fazer o processo tramitar em suas entranhas. Tudo isso contribui para a morosidade da Justiça.

⁵³ Dinio de Santis Garcia: ob. cit., p. 168.

⁵⁴ Roy Reis Friede, Juiz Federal no Rio de Janeiro, cuidando de aspectos que contribuam para a pouca efetividade do Judiciário, apontou: “Nesse contexto, a principal constatação fática é que – diferente do pensamento dominante – não existe a tão propalada carência de Magistrados e, certamente, a falta ou obsolência dos principais meios materiais à disposição do judiciário não é tão grave quanto se tem notícia. Muito pelo contrário, no primeiro caso, os Juízes, - por imposição de uma legislação processual arcaica e absolutamente divorciada da realidade atual - são constantemente desviados de sua função primordial (que é a de julgar, através da prolação de sentenças e decisões incidentes) para desempenhar tarefas administrativas (de gerenciamento cartoral) ou de simples movimentação de processos (através dos chamados despachos-de-mero-expediente), em princípio totalmente estranhos a sua função precípua e que melhor (e a um custo *lato sensu* menor para toda a coletividade) poderiam ser exercidas por outro tipo de funcionário (uma espécie de assistente do Juiz), permitindo, em última análise, que os Magistrados reservassem a totalidade de seu tempo de trabalho, efetivamente, à missão constitucional que lhe foi reservada.” (*sic*) (Roy Reis Friede: Por um Poder Judiciário Eficiente. *Livro de Estudos Jurídicos* - n.º 7. Coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante - Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993, p. 128).

2.3 - O EXCESSO DE FORMALISMO DO PROCESSO JUDICIAL

Mesclada à complexidade do aparato judiciário do país, uma outra causa contribui decisivamente para a morosidade da Justiça: o excesso de formalismo do processo judicial. Abstraindo-se alguns setores do Judiciário, como os Juizados Especiais, em regra, nos outros setores, incluindo-se os tribunais, os meios (a forma) se sobrepõem em importância aos fins (a prestação jurisdicional). O exagero de ritos e o detalhamento das normas e dos procedimentos (códigos e regimentos internos) distorcem o alvo das discussões dos operadores do Direito. O conteúdo, ou seja, a questão do mérito da demanda – a real controvérsia que leva as partes à Justiça – é ofuscado pela forma, levando à inversão completa de valores no processo judiciário. A prova disso é que os códigos de processo (processual civil e processual penal) têm, na mesa dos magistrados, mais importância que a legislação substantiva (penal, civil, comercial etc.). Também não é à toa que isso acontece. O legislador federal não se limitou a dispor sobre normas gerais de processo; desceu a minúcias e tratou de procedimentos nos mínimos detalhes, como se os juízes não merecessem a mínima confiança na direção do processo e o próprio Poder Judiciário, por meio dos seus regimentos internos, não pudesse dispor sobre normas procedimentais com muito mais conhecimento de causa. Se se dessem, efetivamente, poderes de direção e disciplina ao juiz no processo, com o estabelecimento, concomitantemente, de algumas regras mínimas garantidoras do *contraditório* e da *ampla defesa*⁵⁵, tal como ocorre no sistema do *common law*, a forma deixaria de ser um obstáculo à prestação jurisdicional célere e o principal assunto das discussões forenses.

Quanto a esse último aspecto, há de se convir, qualquer sistema judiciário que priorize, nas suas discussões e decisão, assuntos processuais em detrimento das questões de mérito postas em juízo para solução – *prestação jurisdicional efetiva* – está fadado a ser considerado algo inútil para a sociedade, uma instituição *bizantina*, onde tudo se discute e nada se decide. Porque, a bem da praticidade, que importância tem para a parte ansiosa, perante a Justiça, da reparação de um direito, uma discussão ou decisão incidental, no curso do processo, em relação a sua pretensão? É um verdadeiro vício a utilização, nos foros, de discussões teóricas que pecam pela extensão demasiada e farta em citações óbvias ou em

⁵⁵ A Constituição Federal, art. 5.º, inciso LV, dispõe: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

latim. Há petições e sentenças com tantos textos colados que dificultam se saber quem as requereu, ou qual juiz as prolatou. Pilhas de documentos são erguidas tão-somente para fazer volume e impressionar. Tudo com o intuito único e exclusivo de dificultar o trabalho do Judiciário, procrastinando o andamento processual, ou, em sendo o julgador, demonstrar erudição por mera vaidade.

Ademais, a dificuldade que o excesso de formalismo das normas processuais acarreta para o acesso das partes à Justiça é uma realidade indiscutível nos meios forenses brasileiros.

Uma das características funcionais do Poder Judiciário é a denominada “inércia da jurisdição”, da qual resulta o princípio de que os órgãos judiciais somente atuam por provocação das partes. Não agem de ofício para, em nome das partes ou de um suposto interesse público, resolverem pendências e repararem direitos ameaçados ou lesados pela ação de terceiros. Essa passividade característica já é, por si mesma, um empecilho à prestação jurisdicional célere, na medida em que se almeja muito do Judiciário, que a tudo presencia, mas de todos espera para atuar.

Ainda que provocado para compor o mais óbvio dos pedidos na esfera dos direitos patrimoniais privados (ex.: cobrança de dívida), no qual se requer um maior formalismo, o Judiciário só poderá conhecê-lo se vier mediante uma petição – subscrita por um advogado e instruída com procuração outorgando-lhe poderes expressos da *cláusula ad iudicia* – que preencha alguns dos seguintes requisitos – art. 282, do Código de Processo Civil: ... “III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; e VII - o requerimento para a citação do réu”.

Ora, antes de serem meras formalidades a fim de assegurar a clareza e a precisão do julgado, esses requisitos à propositura das ações judiciais constituem, para o leigo, um verdadeiro questionário de provas – impeditivo ou seletivo do ingresso na Justiça. E, de certa forma, com razão porque qualquer omissão na formulação do seu pedido, como o esquecimento de alguma de suas especificações que lhe cabia fazer em cumulativo, por exemplo, pode resultar em prejuízos financeiros e prorrogação do conflito com a outra parte. Não pode o juiz, *ex officio*, ainda que clara a intenção das partes no processo, estender a sua prestação jurisdicional além dos estritos termos do pedido. Isso provoca a concorrência e a procura por advogados mais hábeis, aumentando os custos do processo e a desigualdade das partes em juízo. Além do mais, alguns dos requisitos enumerados pelo Código de Processo

Civil são desnecessários. Qual a utilidade de expressar o valor da causa, se o próprio contador do foro poderia fixá-lo, até com mais precisão, quando fosse necessário para fins de cálculo de custas ou honorários? E as provas? Por que requerê-las, se o autor ou as apresenta com a petição inicial ou oportunamente, se assim o juiz decidir pela sua necessidade? Para que requerimento de citação, se esse é um pedido implícito em qualquer ação judicial onde se exija o contraditório? De mais a mais, muitos pedidos dispensam especificação; decorrem do próprio *nomen juris* da ação ou do pedido principal, implícito ou decorrente da exposição da lide em juízo. Numa ação de despejo, por exemplo, qual o sentido de, no final, concluir: “Ante o posto, pede a rescisão do contrato de locação e, por conseguinte, o despejo do réu do imóvel ...”?

Além do mais, pedido formal requer apreciação formal, o que exige perda de tempo do juiz em ter de conferir, item por item, todos os requisitos legais, com o risco de cometer, em decorrência de uma interpretação também formalista por indução, algumas arbitrariedades no exame da admissibilidade da ação. Um determinado juiz, por exemplo, indeferiu uma petição inicial porque a parte no lugar de denominar a ré de *União Federal* denominou-a de *Fazenda Pública Federal*.

Há magistrados – e não são poucos – que não procuram os caminhos mais curtos propiciados por uma interpretação mais sistêmica do direito processual e, por preguiça ou comodismo, reiteradamente, atrasam a prestação jurisdicional. Isso ocorre em todas as instâncias, inclusive nos Juizados Especiais, e não apenas com os neófitos da judicatura, mas também com os mais experientes. Toda essa desídia é corroborada pela ausência de correições nos tribunais, onde não há qualquer espécie de controle dessa natureza, exceto o realizado pelas partes e seus advogados.

A Constituição Federal, no seu preâmbulo, anuncia a idéia de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e, finalmente, a JUSTIÇA, e, comprometida com a SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS, não poderia deixar de criar mecanismos e meios eficientes para o exercício eficaz dessas garantias e direitos.

Essa declaração de intenções não satisfaz porque, para alguns – os pobres e marginalizados – é utópica a garantia do acesso ao Judiciário, sobretudo quando tantos obstáculos se antepõem ao seu exercício.

Antes tido como um “direito social”, o acesso à Justiça assume hoje a feição de um “problema social” dos mais graves. O Estado deve, urgentemente, voltar-se para as formas alternativas de prestação de Justiça. É preciso investir na arbitragem, na mediação e na conciliação. Os grandes conglomerados empresariais exigem formas mais confiáveis e menos burocráticas de justiça; as comunidades marginalizadas, por sua vez, reivindicam mais atenção dos governos para com a criação, nessas áreas, de instrumentos céleres e acessíveis de pronta solução dos seus conflitos interpessoais.

Capítulo 3

A Conciliação

3.1 - DELIMITAÇÃO CONCEITUAL

O vocábulo *conciliação* tem muitas acepções. Derivado do latim *conciliatio*, de *conciliare* (atrair, harmonizar, ajuntar), leva logo ao entendimento de ser o ato pelo qual duas ou mais pessoas desavindas a respeito de certo fato põem termo à divergência amigavelmente. É esse sentido originário que se admite também em Direito. No entanto, em Direito processual, tanto pode significar o acordo amigável em si, efetuado entre dois ou mais litigantes, judicial ou extrajudicialmente, com ou sem mediação, como pode ainda indicar o método, o processo ou o conjunto de atos necessários à sua realização (mediação), ou ainda a fase processual ou o momento em que acontece a sessão da audiência de conciliação. Tudo vai depender da sua colocação no contexto da frase. Lamentavelmente, a essa dubiedade no emprego da expressão, o Autor não se poderá furtar no decorrer deste trabalho; a praticidade e a pobreza do vocabulário obrigam-no a empregá-la nas suas várias acepções. Quando, aqui, houver referência à conciliação judicial ou extrajudicial, estará aludindo, obviamente, à composição amigável realizada, respectivamente, no curso ou fora do processo judicial, com ou sem mediação de juiz ou de terceiro. Denominou *autocomposição* a conciliação ou o acordo amigável celebrado pelos próprios contendores, sem mediação.

É relevante frisar que a conciliação não se confunde com a mediação. Essa última constitui muito mais um meio, um processo informal de se levar à conciliação, do que propriamente uma forma legal autônoma de compor litígios. Por esse meio, um terceiro, estranho à contenda, chamado mediador ou conciliador, procura aproximar as partes para que elas, autonomamente, por assim dizer, se autocomponham.

Discorda o Autor dos que afirmam ser a conciliação uma variante da mediação, caracterizada por maior aparato formal⁵⁶ e pelo fato de o conciliador, estranho à lide, negociar, sugerir, propor e se esforçar no sentido de estabelecer o acordo de vontades das partes em litígio, participando direta e internamente do ato negocial, enquanto, na mediação, o

⁵⁶ José Francisco Rezek: ob. cit., p. 348.

mediador participa indireta e externamente, no intuito só de aproximar os litigantes.⁵⁷ Não vê motivo para diferenciar a participação de um e de outro. Ambos são, verdadeiramente, mediadores que visam à conciliação, à composição amigável do litígio.

A conciliação, segundo Athos Gusmão Carneiro⁵⁸, constitui-se um elo entre a autocomposição e a heterocomposição da lide. Primeiro, porque as próprias partes, em igualdade de posição, tutelam seus interesses, fixando livremente os termos do acordo; segundo, porque esse ponto de confluência é induzido pela iniciativa e sugestão de um mediador qualificado (conciliador ou negociador). Assim, a mediação está contida na conciliação como elemento indissociável e dela caracterizador, sendo certo afirmar que a conciliação constitui uma relação triangular formada pela partes em divergência, as quais se encontram na sua base, e pelo conciliador que, equidistante, numa posição superior, tenta harmonizar os pontos de divergência e sintetizá-los numa proposição comum que atenda aos interesses em litígio.

A arbitragem também se diferencia da mediação, muito embora o árbitro, como o juiz, faça as vezes de mediador na tentativa de promover uma conciliação. É que a arbitragem é um processo mais formal para resolução de conflitos, e o árbitro é investido pelas partes – com autorização do Estado – de jurisdição para julgar, como juiz privado que é, um caso concreto. A arbitragem exige a presença de um conhecedor da lei que tenha um aguçado senso de justiça e seja especialista na matéria do conflito. O árbitro, como o magistrado, resolve as diferenças sem que as relações sejam melhoradas (não há conciliação e, sim, composição). O fim da mediação é a conciliação, a pacificação e a comunhão de interesses em litígio; o da arbitragem é a justiça.

Wolkmer⁵⁹ estabelece a distinção entre conciliação e arbitragem, afirmando:

“A arbitragem é outro procedimento relativamente informal em que as partes conflitantes concordam em submeter suas divergências a julgadores ou árbitros externos, aceitando as determinações resultantes do parecer técnico. Não se trata propriamente de um acordo livremente efetivado, mas tão-somente da consensualidade das partes envolvidas na

⁵⁷ O Des. Cláudio Vianna de Lima faz essa diferenciação entre *conciliação* e *mediação*, dizendo: “O terceiro, na mediação aproxima as partes, na conciliação negocia a solução e na arbitragem decide o conflito de interesses.”

⁵⁸ Athos Gusmão Carneiro: A conciliação no Novo Código de Processo Civil. *Revista dos Tribunais*, ano 64 - janeiro, 1975, vol. 471. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 21.

escolha do árbitro que tem legitimidade para proferir um laudo final, mas sem ser uma sentença judicial.”

De outra parte, também não se confundem a conciliação e o compromisso que dá início ao procedimento *arbitral*. Escreveu, a esse respeito, Chiovenda⁶⁰:

“a conciliação é consequência de um acordo de vontades posto que procurado; é, portanto, ato de disposição e está sujeito aos mesmos limites do compromisso.”

Entretanto, afora essa semelhança, os fins de um e de outro são diferentes. A conciliação, uma vez obtida, exaure-se e atinge o seu objetivo, ou seja, a composição do litígio; o compromisso firmado estabelece apenas uma relação, um negócio jurídico, cujo propósito é dar início ao procedimento arbitral tendente à solução da lide.

É comum, por outro lado, alguns operadores do Direito confundirem a conciliação com a *transação*. O próprio legislador, em vários dispositivos do Código de Processo Civil, mistura os sentidos das duas expressões vocabulares (arts. 26, § 2; 53; 269, III; 485, VIII; 584, III; 741, VI; etc.). No entanto, tecnicamente, a primeira abrange a segunda. A conciliação tem natureza processual enquanto a transação é instituto próprio do Direito Civil. Todos os códigos civis de inspiração romana definem a transação como uma forma de prevenir ou terminar litígios mediante concessões mútuas, extinguindo obrigações. Assim, por ela, não se criam, modificam ou transmitem direitos, apenas se declaram ou se reconhecem direitos (art. 1.027).

Sílvio Rodrigues⁶¹ faz o seguinte comentário a respeito dos elementos integradores desse instituto:

“... para que se caracterize a transação, é mister a presença de concessões recíprocas. Impõe-se que cada uma das partes abra mão de direito que acredita ter, pois, caso contrário, poderia ocorrer uma liberalidade, mas não transação, em que há sacrifício de cada um dos transatores, em troca da segurança de uma situação pacífica.”

Na conciliação, as partes podem criar, modificar, transferir ou extinguir direitos. Daí a sua semelhança com o contrato, uma vez que ambos têm como

⁵⁹ Wolkmer: *Pluralismo Jurídico*. ob. cit., p. 267.

⁶⁰ Giuseppe Chiovenda: *Instituições de Direito Processual Civil*, Volume II, tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965, p. 25.

⁶¹ Sílvio Rodrigues: *Direito Civil - Parte Geral das Obrigações*. Vol. 2. Saraiva. São Paulo, 1980, pp. 263-264.

pressuposto a convergência das vontades das partes em torno de um objeto, mediante o estabelecimento de obrigações recíprocas. Mais ninguém, além dos contendores ou seus procuradores, poderá decidir pela conciliação.

3. 2 - A CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

3. 2. 1 - A autocomposição

Os autores são unânimes em admitir que a *autocomposição* é a forma mais antiga de que se tem notícia de composição de litígios individuais e coletivos. Se bem que primitivo, é um método informal e pacífico por excelência, porque não exige forma e mediador. Os próprios litigantes, renunciando ao emprego da violência, ajustam a melhor maneira de solucioná-los, independentemente, como se afirmou, de forma e mediação de terceiros.

Por isso, adotou-se neste trabalho, a concepção de autocomposição como sendo uma modalidade de conciliação sem mediação, fora dos meios convencionais ou contenciosos de composição de litígios: o judiciário e o arbitral.

Teoricamente, é possível autocompor-se sobre todos os direitos e sem limites de alçada. Todavia, para que tenha eficácia perante o ordenamento jurídico do país, e não apenas intersubjetiva, faz-se necessário que a autocomposição verse sobre direitos disponíveis.

Para se chegar à autocomposição, um dos litigantes ou ambos consentem no sacrifício do próprio interesse, seja pela renúncia, se unilateral, seja pela transação, se bilateral. Ou, então, um dos litigantes reconhece o direito do outro, como admite Carnelutti⁶². Ou, finalmente, por acordo de vontades, criando, modificando ou extinguindo direitos para implementá-la. Nesse caso, a autocomposição assume a natureza de verdadeiro contrato, ou sub-rogação contratual da sentença judicial ou do laudo arbitral. Portanto, é um misto ou um complexo de atos jurídicos reconhecidos pela legislação civil como renúncia, reconhecimento unilateral de direitos, transação e contrato.

⁶² Obra citada por Valentin Carrion: *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 22.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 554.

No Direito brasileiro, a forma de autocomposição clássica é a da *convenção coletiva de trabalho*, decorrente de negociações coletivas entre empregados e empregadores, das quais resultam normas que disciplinarão as suas relações trabalhistas, compreendendo os contratos individuais de trabalho.

A Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no seu art. 57, dispõe que a sentença que homologar o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, independentemente de termo, valerá como título executivo judicial, o que significa dizer que, feita a autocomposição, qualquer contendor poderá pedir ao juiz que o homologue por simples despacho exarado no próprio instrumento. Evidentemente, para fins de definição de competência e registro, aconselha-se a prévia distribuição do pedido pelo protocolo do foro respectivo.

O Código de Processo Civil, no seu art. 585, II, por outro lado, considera também título executivo extrajudicial: 1) escritura ou documento público assinado pelo devedor; 2) documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas e 3) instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores.

Nas hipóteses do último parágrafo, as partes não precisarão ajuizar qualquer ação a fim de transformar o título extrajudicial em judicial, ou seja, numa sentença, e só a partir daí, então, entrar com um pedido de execução judicial para forçar o inadimplente a honrar a sua obrigação. O título, por si só, basta. Tem a mesma força executória, por exemplo, do cheque e da nota promissória. Contudo, nada impede que, como visto no penúltimo parágrafo, o interessado peça ao juiz competente que o homologue, transformando-o em título executivo judicial, equivalente à sentença.

3. 2. 2 - A conciliação por mediação

A mediação visando à conciliação ou composição de um litígio surgiu da constatação de que, nem sempre, as partes, sozinhas, podem compô-lo, em razão do alto grau de acirramento das divergências de interesses ou opiniões, ou então em decorrência da ausência de alternativas à reparação do direito ofendido. Daí, a importância da figura do mediador ou conciliador para, de fora do problema, com isenção, acalmar os ânimos dos litigantes e sugerir as possíveis soluções, que serão ou não acatadas por eles. É assim, informalmente, que se faz uma mediação.

A conciliação extrajudicial por mediação inspirou-se na figura do “fazedor de paz” (*faiseur de paix*) da legislação holandesa. São atribuídos a Voltaire,⁶³ inclusive, rasgados elogios a essa instituição em carta ridicularizando a Justiça da época. Num determinado trecho da carta, o subscritor afirma:

“... Se o delírio da chicana é muito forte nesses demandantes, manda-se que voltem outro dia, a fim de que o tempo abrande os sintomas de sua doença; em seguida, os juízes os mandam buscar uma segunda, uma terceira vez; se sua loucura é incurável, permite-se que demandem, como se entrega à amputação dos cirurgiões os membros grangrenados; então a justiça toma conta deles.”

Na França, por Decreto de 1790, nenhuma ação principal de natureza cível seria recebida pelo Tribunal do Distrito, sem o certificado de haver-se tentado previamente a conciliação perante o juiz de paz e seus assessores, que constituíam o *Bureau de Paix*. Diretriz que foi elevada ao *status* de norma constitucional em 1791 – Cap. V, art. 6.º– dispunha: “Os Tribunais ordinários não podem receber nenhuma ação civil, sem que lhes seja certificado que as partes compareceram ou que o demandante fez citar a parte adversa perante os mediadores para tentar a conciliação”.

No Brasil, a conciliação prévia também já foi um pressuposto ao ajuizamento de qualquer ação judicial, a ponto de constar, no art. 161 da Constituição do Império, o seguinte dispositivo:

“Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.”

Nesse mesmo sentido, apontam o art. 23 do Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1827, e o art. 185 da Consolidação das Leis Cíveis, do Conselheiro Joaquim Ribas, que dispunham, respectivamente:

“Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio da conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes.”

⁶³ Voltaire *apud* Waldemiro Cascaes: A Conciliação e o Novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, vol. 246. Abril/maio/junho/74. Rio de Janeiro, 1974, p. 18.

“Em regra, nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem tentado o meio de conciliação perante o juiz de paz.”

Os juízes de paz, honorários e leigos, foram investidos pelo Estado na função de conciliadores prévios de todas as pendências sujeitas à composição, como condição indispensável ao ajuizamento de qualquer ação cível. Posteriormente, essa orientação constitucional foi perdendo força ao ponto de ser ab-rogada pelo Decreto n.º 359, de 26 de abril de 1890, sob o fundamento de que não se harmonizava com a liberdade de ação dos direitos e interesses particulares, além de que os juízes de paz eram quase sempre pessoas incultas e jejunas em matéria de Direito e de causas de elevada complexidade, ficando, até os dias atuais, suas atribuições restritas à conciliação, sem caráter jurisdicional, e às que lhes são próprias, como a de proceder com a habilitação e a celebração de casamentos.

Ora, a tentativa de conciliação não podia trazer qualquer impedimento ao exercício dos direitos e interesses particulares porquanto é em nome da liberdade e do respeito à ordem jurídica que se tenta pacificar os ânimos dos litigantes e realizar, extrajudicialmente, a composição amigável dos litígios.

Na França, esse problema foi contornado, restringindo-se a atuação dos juízes de paz até um certo limite de alçada e exigindo-se que sejam bacharéis em Direito, nomeados pelo Governo.

No dizer de Ada Pellegrini Grinover⁶⁴, citando Castro Nunes e Caetano Lagrasta,

“Perdeu-se, assim, a oportunidade de ativar instituição que não só era vista como alternativa razoável na busca de um escoadouro para a litigiosidade e como expressão democrática na ordem judiciária, mas que ainda poderia ter dado margem ao aprimoramento de institutos tais como os juizados de conciliação, de vizinhança, de bairros etc.”

Mas a iniciativa isolada de algumas pessoas abnegadas tornou permanente a chama dessa idéia no solo pátrio. A Igreja, alguns juízes, promotores,

advogados e cidadãos comuns, voluntários, sempre atuaram como mediadores sociais espontâneos, prevenindo demandas e compondo, extrajudicialmente, os conflitos intersubjetivos que lhes apresentavam. Outras organizações não governamentais, como os sindicatos, as confederações patronais e as associações de bairro, também sempre fizeram esse trabalho de pacificação junto às comunidades dos mais diferentes rincões do país. O Estado, por sua vez, pressionado pelas rápidas transformações econômicas, instituiu, ainda que para outros fins, órgãos de assistência judiciária e atendimento ao consumidor que também desempenham esse papel conciliatório.

Então, a figura do mediador na conciliação sempre integrou o nosso sistema de composição de litígios. Não sob essa denominação, mas exercendo tal função ante o litígio. Aliás, no meio trabalhista, a figura do mediador sempre foi uma realidade. O Ministério do Trabalho, por intermédio dos delegados ou inspetores do trabalho, sempre fez mediação no Brasil.⁶⁵ A convenção coletiva de trabalho exige a participação ativa de negociadores. A Constituição, expressamente, no seu art. 14, § 2.º, faz menção à negociação como forma de resolver litígios coletivos. Por outro lado, no art. 11, assegura aos empregados, nas empresas em que o seu número supera 200, a eleição de um representante com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

No início da década de oitenta, no entanto, refere Ada Pellegrini Grinover⁶⁶, foram abertos os caminhos para os Juizados Especiais, instituindo-se, em várias comarcas, por iniciativa de juízes e cidadãos idealistas, os denominados Conselhos ou Juizados de Conciliação. Sem figurarem na organização do Poder Judiciário, deles “... se extraíram os dados empíricos que conduziram à elaboração da lei das pequenas causas” (Lei n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984). Utilizando as instalações dos fóruns, esses Juizados funcionavam na base do trabalho voluntário e gratuito.

Para se ter uma amostra desse trabalho, levantou-se, estatisticamente, no Juizado Informal de Conciliação do Fórum Regional da Lapa (SP), no mês de abril de 1986, a seguinte movimentação⁶⁷:

⁶⁴ Ada Pellegrini Grinover: *A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo - Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 289.

⁶⁵ Amauri Mascaro Nascimento: *Curso de Direito do Trabalho - Formas de Composição dos Conflitos Coletivos*. 13.ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 860.

⁶⁶ Ada Pellegrini Grinover: ob. cit., p. 290.

I - Número de reclamações		643
II - Não comparecimento do Reclamado	146	
Não comparecimento do Reclamante	007	
Não comparecimento de ambos	058	
Acordos realizados fora de sessão	082	293
III - Sessões realizadas		
Resultado negativo	077	
Acordos realizados em sessão	273	350
<u>Estatística do mês:</u>		
Não comparecimento do Reclamado		22,7%
Acordos em sessão e fora de sessão, em relação às reclamações	*55,2%	
Idem	**64,2%	
Acordos em relação às sessões realizadas		78%
<u>Obs.:</u>		
* Sem computar o não comparecimento de ambas as partes como possível acordo não comunicado.		
** Computando o não comparecimento de ambas as partes como possível acordo não comunicado.		

Em experiência semelhante, enquanto juiz da Comarca de Petrolina (PE), em 1991/1992, o Autor conseguia com relativa facilidade, solucionar por esse método mais de 80% das ações revisionais de aluguel, despejo e alimentos. Até em inventários com numerosos herdeiros que não se entendiam há vários anos, conseguia chegar a um bom termo. Houve vários casos em que, ao final da sessão de conciliação, as partes se abraçaram e agradeceram a iniciativa da Justiça de, informalmente, ter solucionado a causa. Se fosse seguido o formalismo imposto pelo Código de Processo Civil, o processo, com certeza, terminaria nos tribunais, sem perspectiva de um desfecho, perpetuando desavenças familiares ou entre pessoas que antes da ação se relacionavam e se respeitavam mutuamente.

Finalmente, tudo o que foi dito sobre os efeitos da autocomposição na formação de títulos executivos se aplica à conciliação por mediação, porque, enfim, a diferença de uma para outra consiste apenas na participação do mediador (ou conciliador), que, por não integrar a relação jurídica anterior e posterior à formação do título, ou seja, o documento público ou particular representativo do acordo, não influi nos efeitos atribuídos a

⁶⁷ Idem: ob. cit. p. 294-295. Dados constantes do anexo II - Juizado Informal de Conciliação.

este, salvo se, ao mesmo tempo, for o seu referendador (juiz, membro do Ministério Público, defensor ou advogado), ou der o seu testemunho no respectivo instrumento.

3. 3 - A CONCILIAÇÃO JUDICIAL

3. 3. 1 - Na Justiça Comum

Quanto às causas sujeitas à Justiça Comum, a legislação processual estabelece a conciliação nas cíveis em geral que versem sobre direitos disponíveis e nas de direito de família. Constitui até dever funcional do juiz, no processo, “tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes” (art. 125, inciso IV, do Código de Processo Civil). Entretanto, além dessa norma de carácter geral e recomendatório, aplicável a todo e qualquer procedimento na área cível, há momentos, no processo, em que a lei determina a realização desse ato obrigatoriamente. A conciliação, sendo ato de audiência, poderá ocorrer nos processos de procedimento ordinário (arts. 331, § 2.º, e 447 do CPC), de procedimento sumário (arts. 277 e 278 do CPC) ou de procedimento especial em que se realize audiência de instrução e julgamento (arts. 898, *in fine*, 903, 910, parágrafo único, 916, § 2.º etc.).

As partes, no entanto, não estão obrigadas a comparecer às audiências de conciliação e nem, muito menos, a se conciliar. Não há, no Código, a previsão de qualquer sanção para a ausência de interesse da parte na conciliação. A pena de confissão só poderá incidir nas hipóteses da ausência da parte intimada para prestar depoimento pessoal (art. 343, § 2.º), não exclusivamente para a conciliação, o que não impede, todavia, o juiz de determinar a realização de ambos os atos para a mesma audiência, estabelecendo, assim, a possibilidade de punir a parte faltosa.

Por conseguinte, para fins de conciliação, a parte pode ser intimada pessoalmente ou, em regra, por seu procurador com poderes bastantes (art. 38 do CPC), inclusive por nota de expediente publicada no Diário Oficial (art. 236 do CPC).

Deixando o juiz de tentar conciliar as partes em audiência, poderão elas, antes de ser prolatada a sentença, argüir a nulidade (relativa) no primeiro momento em que tiverem oportunidade, não sendo, no entender do Autor, causa de nulidade do processo se as partes não impugnarem, após ultrapassada a fase em que a lei a determina como necessária. É porque, em se tratando de direitos patrimoniais de carácter privado, subentende-se que as

partes não tiveram interesse na sua realização, pois somente elas podem decidir da conveniência ou não de compor amigavelmente o litígio. A obrigação da tentativa de conciliação é dirigida, no sistema judiciário brasileiro, somente ao juiz, o que importa dizer que a sua falta sujeita o responsável à correção parcial.

Existem várias técnicas para a condução de uma conciliação, posto que se trata de um trabalho que exige sensibilidade e desenvoltura do conciliador, qualidades a ele inatas ou adquiridas com muita experiência⁶⁸. Contudo, a mediação ou a negociação necessárias à conciliação devem desenvolver-se de maneira informal e sem maiores solenidades. Na Justiça, essa característica não se altera. Ao abrir a audiência, o juiz ou o conciliador sob sua orientação, oralmente, e sem fazer qualquer tipo de prejudgamento, exortará as partes a procurarem, com ele, soluções para uma composição amigável do litígio.

No procedimento ordinário, particularmente, se não se verificarem as hipóteses de extinção do processo e nem de julgamento antecipado da lide (arts. 329 e 330), desde que a causa verse sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, intimando-se as partes, que poderão comparecer pessoalmente ou por seus procuradores com poderes para transigir. Obtida a conciliação – diz o art. 331, § 1.º –, será reduzida a termo e homologada por sentença, o que importa dizer que o juiz ditará as condições do acordo e, por sentença, extinguirá o processo com julgamento de mérito, encerrando a ação. O termo de conciliação homologado pelo juiz valerá como sentença de mérito (coisa julgada material) e título executivo judicial (art. 584, III).

A colocação da audiência de conciliação nessa fase processual, ou seja, após o ajuizamento da ação e o oferecimento de defesa, é de eficácia duvidosa e contribui muito pouco para desafogar a Justiça do acúmulo de processos, uma vez que, nessa oportunidade, o acirramento decorrente da disputa judicial, agravado pelo oferecimento de resistência ao pedido, por meio da contestação, causa às partes e aos advogados desinteresse de solucionar a demanda por meios pacíficos, mormente depois de efetuadas despesas com custas e honorários e despendido tempo com pesquisas jurídicas e confecção de peças que

⁶⁸ Segundo Pontes de Miranda, a conciliação é atividade que exige muita cortesia e abstinência de julgamento, mas não dispensa análise jurídica da situação. (Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V: arts. 444-475. Exemplar n.º 9.176. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1974, p. 16). Já Moacyr Amaral Santos aduz: “... o juiz tentará conciliar as partes, no que procurará, comportando-se como magistrado, eqüidistante dos litigantes e dando-lhes igualdade de tratamento, nunca descobrindo sua convicção, porventura já formada, sobre a lide, revestir-se do papel de conselheiro autorizado a evitar o prolongamento de conflitos de interesses que possam ser compostos pelos próprios interessados”. (Moacyr Amaral Santos: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV - Arts. 332 a 475. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1976. p. 406).

formarão os autos do processo⁶⁹. Ademais, frustrada a composição amigável da demanda, as partes terão de comparecer mais uma vez em juízo para uma nova audiência, dessa vez de instrução e julgamento, na qual o juiz fará outra tentativa de conciliação (art. 447 do CPC). Isso irrita as partes porque lhes impõe a obrigação de comparecer inúmeras vezes ao fórum, sem solução à vista para o litígio. De mais a mais, dá ensejo a manobras procrastinatórias por iniciativa de maus profissionais, na medida em que move o serviço auxiliar da Justiça.

Numa demonstração cabal de que essa audiência no meio do processo é inoportuna, alguns juízes, sabendo da facilidade com que as partes se conciliam em algumas causas (revisional de aluguel, despejo etc.), antecipam, com fundamento no art. 125, inciso IV, combinado com o art. 342, ambos do CPC, a audiência de tentativa de conciliação para antes do decurso do prazo de defesa, logo que despacham a petição inicial, aproveitando as diligências de citação para também intimar o réu. Conquanto válida a intenção, até pelos resultados positivos advindos da habilidade de alguns magistrados nessa área, a inserção de mais uma audiência, com intimação do autor, deslocamentos e lavratura de termo, complica ainda mais a situação já comentada anteriormente.

No entendimento de Cândido Rangel Dinamarco⁷⁰, a conciliação é dispensável em se tratando de ações que versem sobre direitos indisponíveis, por expressa disposição do Código, mas a audiência em que ela se realizaria, se disponível o direito, é obrigatória para que nela o juiz fixe os pontos controvertidos da demanda, decida as questões processuais pendentes e determine as provas que se hão de produzir em audiência de instrução e julgamento. Isso importa dizer, então, que, mesmo não podendo conciliar, numa ação, por exemplo, em que a União seja parte, o juiz, ainda assim, terá de designar audiência de conciliação para, na presença das partes, proferir decisões que, sem prejuízo nenhum para elas, poderiam ser dadas na sua ausência e publicadas posteriormente – como é da praxe judiciária – de forma a assegurar o contraditório e a ampla defesa no processo.

No procedimento sumário, em virtude do princípio da concentração dos atos processuais num só momento, o primeiro ato de relevância que se segue ao despacho

⁶⁹ A esse respeito, Wellington Moreira Pimentel discorreu: “Efetivamente a tentativa de conciliação já no apagar das luzes do processo, em seu derradeiro ato no primeiro grau de jurisdição (...) não encontrará no espírito das partes muita receptividade. Estas já terão sofrido toda a angústia que o processo desencadeia e pouco estará faltando, afinal, para a obtenção da prestação jurisdicional que decidirá a lide”. Wellington Moreira Pimentel: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. III - Arts. 270 a 331 e 444 a 475. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, pp. 444-445.

⁷⁰ Cândido Rangel Dinamarco: *A Reforma do Código do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995, p. 122.

de admissibilidade da petição inicial é a audiência de conciliação. Nessa – sendo o comparecimento do réu obrigatório, sob pena de revelia –, uma vez frustrada a conciliação, será ofertada a defesa, e o juiz, de plano, decidirá todos os incidentes, designando, na presença das partes e de seus advogados, os quais ficam de logo intimados, a audiência de instrução e julgamento, se houver necessidade de produção de prova oral. Essa antecipação da audiência de conciliação, além de representar economia processual, dá a oportunidade, ao juiz, de manter um contato pessoal com as partes e, em decorrência de suas reações psicológicas e emocionais e das tratativas necessárias à conciliação, conhecer a causa real do litígio, e não aquela formalizada no processo por conveniências da técnica jurídica ou até má-fé. Traz ainda outra grande vantagem: o juiz poderá valer-se do auxílio de conciliadores para atuarem no primeiro momento da audiência (art. 277, § 2.º, do CPC), o que é louvável, porquanto sinaliza uma tendência de profissionalizar a atividade conciliatória, aproveitando o sucesso da experiência dos Juizados Especiais, e porque poupa o juiz desse trabalho, liberando-o para officiar em outros feitos enquanto dura a audiência, sobretudo quando não tem vocação ou domínio técnico para, amigavelmente, compor litígios.

Nos procedimentos atinentes às causas de família, a conciliação sempre foi exigida como pressuposto à marcha processual, sob pena de nulidade⁷¹. A Lei n.º 968, de 10.12.49, estabelece a fase preliminar de conciliação ou acordo antes de qualquer despacho que ordene o andamento do processo (art. 6.º) nas causas de desquite litigioso (separação judicial). Por sua vez, a Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, dispo sobre procedimento especial para ação de alimentos, prevê dois momentos distintos para o juiz tentar conciliar os litigantes: o primeiro acontece na fase postulatória, após o oferecimento da defesa e a ouvida das partes litigantes e do representante do Ministério Público; o segundo, ao término da fase instrutória, após oferecidas as alegações finais de audiência. No rito estabelecido por essa lei, as partes deverão comparecer independentemente de notificação e do comparecimento de seus advogados (art. 6.º). Esse procedimento é aplicável também às causas de nulidade e anulação de casamento e às de revisão de alimentos. O Código de Processo Civil, ademais, no seu art. 1.123, indica uma modalidade de conciliação, em ação de separação litigiosa, dispo: “É lícito às partes, a qualquer tempo, no curso da separação consensual, lhe requererem a conversão em separação consensual; caso em que será

⁷¹ “Apesar de não haver no texto legal qualquer regra ou determinação especial quanto aos esforços que deverão ser desenvolvidos pelo juiz para tentar conciliar os litigantes, nas causas relativas à família é curial que sejam aqueles redobrados, diante do elevado interesse do Estado na composição dos conflitos que eclodem na célula básica do organismo social.” Wellington Moreira Pimentel: ob. cit. p. 442.

observado o disposto no art. 1.121 e primeira parte de § 1.º do artigo antecedente.” Nas ações de separação judicial, que precedem as de divórcio, a tentativa de conciliação reveste-se de um rito totalmente diferente: o juiz deverá ouvir as partes separadamente e, depois, em conjunto, utilizando-se de todos os argumentos para reconciliá-las (no sentido de recomporem a sociedade conjugal) ou, pelo menos, convencê-las a fazer a separação consensual (Lei n.º 6.515/77, art. 3.º, § 2.º), o que é feito sem a presença dos advogados, que serão chamados, se as partes o pedirem, a assistir aos entendimentos e deles participar, mas apenas depois dessa primeira fase.

A conciliação é ato de liberalidade das partes, que poderão se fazer representar por intermédio de *procuradores com poderes especiais de conciliar e transigir* (art. 38 do CPC), como afirma Athos Gusmão Carneiro: “Tendo por jurídico que o comparecimento de advogado, com poderes bastantes para transigir, renunciar e reconhecer (art. 38), é bastante para que o juiz esteja vinculado ao dever processual de promover a tentativa conciliatória”⁷².

3.3.2 - Na Justiça do Trabalho

Na Justiça do Trabalho, a conciliação sempre teve uma importância de relevo. O art. 764 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe:

“Art. 764. Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

§ 1.º Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2.º Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

⁷² Athos Gusmão Carneiro: Proposição sobre a Conciliação em Audiência, seus Requisitos e as Conseqüências da Falta de Conciliação. *Revista dos Tribunais*, vol. 481, ano 64, novembro/75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975, p. 248.

§ 3.º É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório. ”

Essa conciliação ocorre em dois momentos no processo trabalhista: o primeiro, na abertura da audiência (art. 846 da CLT); o segundo, ao término da instrução, na mesma oportunidade (art. 850 da CLT). Nos dissídios coletivos, esse ato ocorre após recebida e protocolada a representação solicitando a instauração do procedimento ao Presidente do Tribunal (art. 860 da CLT).

Todavia, em se tratando de conciliação extraprocessual, deve revestir-se de certos cuidados, pois, se não celebrada sob a mediação da própria Junta de Conciliação e Julgamento, não pode importar prejuízo para o empregado. É que a *inderrogabilidade* do Direito do Trabalho, isto é, a sua relativa disponibilidade em razão do seu caráter de *direito social* – e não estritamente privado –, restringe a prática de atos de disposição que sejam praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos em lei (art. 9.º da CLT), restrição que é reforçada pelo disposto no art. 468 da CLT, que estatui:

“Nos contratos individuais de trabalho só será lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente dessa garantia. ”

Pois bem. O legislador brasileiro, com o fito de proteger o empregado – hipossuficiente nas suas relações contratuais com o empregador – contra os atos de má-fé que visem a evitar a aplicação dos direitos trabalhistas estabelecidos em seu favor, declara sem nenhum efeito (nulos) tais atos, presumindo que, se praticados com a anuência do empregado, viciado foi o seu consentimento posto que, pela condição de subordinação em que se encontrava frente ao empregador, dificilmente poderia ter-se recusado a anuir. Tanto a doutrina como a jurisprudência têm-se posicionado no sentido de ser inválido o ato pelo qual o trabalhador abre mão de direitos (transação e renúncia), presumindo a existência de *coação* oriunda da dependência econômica, da subordinação hierárquica ou do próprio temor reverencial em relação ao empregador. Daí por que o art. 477, § 1.º da CLT, com redação advinda da Lei n.º 5.584/70, exige que “o pedido de demissão ou o recibo de quitação de rescisão do contrato de trabalho, firmado por *empregado com mais de 1 (um) ano de serviço,*

só será válido quando feito com a assistência do respectivo sindicato ou perante a autoridade do Ministério do Trabalho”. No mesmo sentido, determina o art. 500 da CLT: “O pedido de demissão do empregado estável só será válido quando feito com a assistência do respectivo Sindicato e, se não o houver, perante autoridade local competente do Ministério do Trabalho ou da Justiça do Trabalho.”

A conciliação, contudo, compreendendo a transação, a renúncia, o reconhecimento e outras manifestações de vontade que geram efeitos em Direito, ocorrida na Justiça do Trabalho sob a forma de composição amigável dos dissídios individuais, é sempre considerada válida, eis que formalizada sob a tutela do Estado. Não sofre as limitações previstas nas quitações extrajudiciais⁷³. O ajuizamento do dissídio individual revela a existência não só da *res dubia* como também da *res litigiosa*,⁷⁴ ou seja, além da incerteza razoável sobre a situação jurídica objeto do acordo, também a certeza do próprio conflito intersubjetivo entre reclamante e reclamado, sendo legítima, por isso, a composição das partes mediante recíproca transação de reclamados direitos. Uma vez celebrada a conciliação por termo, esse valerá como decisão irrecorrível (art. 831 da CLT), o que importa dizer que transita em julgado com a publicação da sentença homologatória em audiência e que somente pode ser anulada por ação rescisória⁷⁵.

3.3.3 - Nos Juizados Especiais

Quando a Constituição Federal permitiu a instituição de Juizados Especiais para o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, quis aproximar o Poder Judiciário – até então alheio ao processo e julgamento de certas infrações de menor

⁷³ Arnaldo Süssekind afirma: “Destarte, não proíbe a lei que o trabalhador se exonere do emprego sem perceber compensação alusiva ao tempo de serviço trabalhado. Ainda que se trate de empregado estável, é lícita a exoneração não indenizada, desde que o trabalhador, sem coação, erro substancial ou simulação, renuncie ao seu direito de estabilidade. E, precisamente para que não ocorra vício de consentimento ao manifestar a renúncia ou ajustar o distrato, exige a lei que o correspondente ato se realize com a assistência de órgão que deve velar pela proteção ao trabalhador.” (Arnaldo Süssekind. Imperatividade das Normas de Proteção ao Trabalho. *Instituições de Direito do Trabalho* - 15.^a edição, vol. 1, São Paulo: LTR, 1995, p. 222).

⁷⁴ Daí por que, conforme ensina Carnelutti, “o pressuposto da transação é constituído, não tanto da *res litigiosa*, mas da *res dubia*”. (*Sistema di Diritto Processuale Civile*. Vol. I. p. 171, apud Valentin Carrion. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*, 22.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 216).

⁷⁵ Em entrevista concedida à Revista Consulex, o Ministro Ermes Pedro Pedrassani, então Presidente do TST, indagado da possibilidade de se instituírem, no Brasil, os *juizados especiais trabalhistas*, afirmou que as Juntas de Conciliação e Julgamento já seriam, praticamente, juizados especiais, frisando que bastaria assinalar que “elas decidem, com relativa rapidez, cerca de 90% das reclamações trabalhistas que recebem. No ano passado (1996) receberam 1.936.824 e solucionaram 1.861.253, metade das quais por acordo, na primeira audiência”. (*Revista Jurídica Consulex*. Ano I – N. 9 – 30.9.97. p. 6).

potencial ofensivo (lesão corporal leve, ameaça, pequenos furtos, dano etc.) – da sociedade, pois, até então, por falta de alternativas à instauração de inquéritos, algumas queixas eram resolvidas no interior das delegacias por um comissário, sem qualquer participação da Promotoria ou da Justiça. O delegado ou comissário de Polícia, por meio de inquirição oral e sumária, exortava o ofensor a *recompensar* a ofensa corporal ou o dano patrimonial causado ao ofendido com algum tipo de indenização. Ou, na maioria dos casos, à míngua de uma melhor apuração do fato, essas queixas caíam no esquecimento e não chegavam ao conhecimento da Justiça. E isso ocorria por duas razões principais: 1) a Polícia está mais próxima da população do que o Poder Judiciário; 2) a população procura a Polícia para dar soluções aos seus problemas mais prementes, incluindo-se punições aos maus cumpridores de obrigações contratuais. Se todos os litígios fossem encaminhados ao conhecimento dos órgãos competentes pelas vias burocráticas previstas na lei, a única solução seria aplicar penalidade pecuniária ou restritiva de direitos em favor do Estado – não do ofendido, muitas vezes o único interessado na punição. Ou entrar com uma ação civil de reparação de dano, após esgotada a instrução na órbita criminal. Assim, para legitimar essa atividade conciliatória em relação a determinadas infrações, andou bem o legislador ao autorizar a instituição de Juizados Especiais Criminais, à semelhança dos Juizados de Pequenas Causas, e muni-los de instrumentos legais para permitir que, perante juízes criminais, ou conciliadores sob a sua orientação, os ofendidos pudessem, informalmente, sem qualquer despesa, concentrar num só momento e lugar a reivindicação de todos os seus interesses (patrimoniais e punitivos), sem a interferência de quem quer que seja.

Álvaro Lazzarini⁷⁶, em obra pioneira sobre os Juizados Especiais, apresenta dados de uma pesquisa realizada a pedido da Secretaria Especial de Planejamento da Presidência da República (SEPLAN), com 186 laudas, pelos quais se comprova, matematicamente, que uma imensidão de ações penais – mais de um terço – deixa de ser apreciada devido a fatores diversos, como extinção da punibilidade, prescrição, arquivamento de inquéritos etc. Isso, mencionar aquelas – dois terços, aproximadamente – que, pelas razões anteriormente expostas, não chegam sequer à distribuição dos fóruns.

Nos Juizados Especiais Criminais, a conciliação quebrou a tradição processual penal brasileira, na medida em que concentrou no juízo criminal a possibilidade de, previamente, compor o dano advindo da infração de pequeno potencial lesivo. No sistema

até então vigente, só se admitia conciliação em ações penais privadas referentes aos crimes contra a honra, não se admitindo tal figura em relação às penais públicas, ainda que condicionadas a uma representação da parte ofendida. Agora, em todas as ações penais atinentes às infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, que tenham por objeto a apuração de contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos submetidos a procedimento especial, é possível a composição amigável e em juízo para os fins de aplicação antecipada de pena e reparação civil.

Essa conciliação tanto pode ser conduzida por um juiz de Direito (togado) como por conciliadores ou juízes leigos sob sua orientação e dar-se-á num fase preliminar à audiência de instrução e julgamento.

Na audiência preliminar, ao juiz ou ao conciliador cabe a tarefa de esclarecer as partes sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Aceita a proposta, elide-se a propositura de ação civil visando à reparação do dano, própria da esfera cível. Tomada por termo e homologada pelo juiz, mediante sentença irrecorrível, a conciliação assim celebrada terá eficácia de título executivo judicial a instrumentalizar ação de execução forçada no juízo cível competente. A homologação desse acordo importará, igualmente, a renúncia tácita do ofendido ao direito de queixa ou representação, tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada, respectivamente.

A adoção da conciliação na sistemática do procedimento sumaríssimo dos juizados criminais tem por finalidade: 1) conciliar (*lato sensu*) as partes, contribuindo, dessa forma, para a convivência harmônica entre as pessoas em determinado território; 2) antecipar os efeitos da responsabilidade civil na esfera criminal; 3) abreviar a solução do processo criminal das infrações de menor potencial ofensivo, antecipando a aplicação de penalidade, independentemente de culpa; 4) não estigmatizar o infrator ocasional e eventual com uma condenação criminal, dando-lhe a alternativa de reparar a infração por meio pecuniário, sem qualquer registro em arquivos policiais; e 5) evitar que pequenos infratores sejam recolhidos à prisão e, dessa forma, passem a receber o mesmo tratamento dos criminosos de alta periculosidade.

⁷⁶ Álvaro Lazzarini. Juizados Especiais para Julgamento das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo. *Revista de Processo* - 58, São Paulo, Ano 78 – Vol. 279, 1982, p. 102.

Em obra conjunta, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes⁷⁷, tratando da natureza e dos efeitos da conciliação e da transação nos Juizados Criminais, ensinam:

“Nos JECs. a conciliação e a possível transação podem ocorrer antes da formulação da acusação, na audiência preliminar. Nesse caso, serão extrajudiciais quanto à natureza, mas endoprocessuais quanto ao momento da realização. Uma vez homologada pelo juiz, no entanto, a transação prévia adquire eficácia de título judicial, tanto civil como penal, dando ensejo à execução forçada em caso de descumprimento.

Se, no entanto, a conciliação ocorrer na audiência de instrução e julgamento, será francamente endoprocessual e de natureza jurisdicional, surtindo, porém, exatamente os mesmos efeitos acima descritos”

O curioso, nesses Juizados Especiais, é que somente o Ministério Público, na condição de *dominus litis*, pode celebrar com o ofensor a denominada *transação penal*. O ofendido não tem qualquer participação nesse ato, mesmo que tenha sido frustrada a composição civil do delito; essa, sim, somente se realiza por vontade do ofensor e do ofendido, em razão do seu caráter patrimonial e privado. O promotor não pode deixar de oferecer a acusação, nos casos em que se admite transação penal, em troca da confissão de um outro crime mais grave ou da colaboração para o desbaratamento de quadrilhas, à semelhança do que ocorre no sistema americano (*plea bargaining*). Somadas a essas limitações outras de ordem legal (art. 76, § 2.º, da Lei n.º 9.099, de 26.09.95), ficou a transação restringida às seguintes possibilidades: 1) a opção entre a pena de multa e a pena restritiva de direitos; 2) a fixação do valor da pena de multa; 3) a espécie, o tempo e a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos; 4) a aceitação, após oferecida a denúncia, da suspensão condicional do processo sob o compromisso de cumprimento de certas condições, inclusive reparação do dano.

⁷⁷ Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes: *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 90.

No âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, a conciliação é a sua sala de visitas, constituindo um dos seus fins primordiais, a ponto de a Lei n.º 9.099/95 dispor, já no seu art. 2.º: “*O processo orientar-se-á pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação*”. Para se ter uma idéia da importância da conciliação nos Juizados Especiais, alguns levantamentos estatísticos a respeito do seu funcionamento, em Pernambuco, revelam que o menor índice de conciliação nunca é inferior a 50%, exceto no Juizado Especial das Relações de Consumo, no qual, em razão da natureza das causas ali em tramitação, esse limite cai para patamares um pouco acima dos 30%⁷⁸.

A conciliação prévia, nos Juizados Especiais, resolveu o problema do acesso à Justiça, na medida em que basta a parte interessada comparecer na sua recepção e, verbalmente, ditar o seu pedido a um funcionário, que o tomará por termo; o réu será então citado por via postal para comparecer em audiência para conciliação, instrução e julgamento, onde apresentará defesa, caso não tenha êxito a composição amigável. Os atos processuais não serão registrados, a não ser, em resumo, a defesa e os termos de inquirição das partes e das testemunhas, podendo ser gravados em fita magnética ou em meio equivalente. Na fase conciliatória, propriamente, não há registro algum; tudo se processa oral e descontraidamente.

A conciliação, nos Juizados Especiais Cíveis, embora tenha caráter endoprocessual⁷⁹ porquanto integra o seu procedimento e se realiza após o registro da queixa, é desempenhada, na prática, por servidor ou pessoa estranha aos quadros da Magistratura. Mas, nem por isso deixa de ser limitada às causas sujeitas ao valor de sua alçada, ou seja, quarenta vezes o salário mínimo, e às causas enumeradas nos incisos II a IV do artigo 3.º da Lei n.º 9.099/95. Nada impede, todavia, que os litigantes, fundamentados no artigo 57 da mesma lei, celebrem acordo de qualquer natureza ou valor, atuando o conciliador como simples mediador privado, e, dando à conciliação forma extrajudicial, requeiram sua homologação, independentemente de novo termo no juízo competente. Essa solução, aliás, pouco desperta a atenção dos conciliadores e dos juízes.

⁷⁸ Relatório fornecido pela Coordenação dos Juizados Especiais em Pernambuco revela que os menores índices de conciliação foram obtidos no mês de novembro/98, com exceção dos do Juizado de Caruaru, sendo 63,8% a média geral no período. Ei-los: JEC do Rosarinho: 59,0%; JEC de Afogados: 66,0%; JEC do Cordeiro: 72,7%; JEC de Casa Amarela: 53,2%; JEC da Boa Vista: 70,1%; JEC do Pina: 66,0%; JEC do Cabo: 76,4%; JEC de Caruaru: 100,0%; JEC de Garanhuns: 94,0%; JEC de Prazeres: 70,6%; JEC de Cavaleiro: 72,1%; JEC de Olinda: 63,2%; JEC de Palmares: 75,6%; JEC de Paulista: 63,5%; JEC de Petrolina: 51,4%; JEC de Vitória: 62,1% e JEC das Relações de Consumo: 35,4%.

⁷⁹ Ada Pellegrini Grinover: *Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias*. *Revista de Processo*. Ano 12. Abril/Junho/87. Ano 46. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 68.

Capítulo 4

A Arbitragem

4.1 - O QUE É E COMO EVOLUIU HISTORICAMENTE

A vida em sociedade impôs aos seus integrantes a concepção de normas de convivência. Todavia, já que nem sempre essas normas eram cumpridas voluntariamente, ou porque, às vezes, involuntariamente, eram descumpridas, dando margem ao surgimento de conflitos interpessoais, e, em vista de, nem sempre, serem eles solucionados amigavelmente, por discordância de pontos de vista ou pela ausência de alternativas facilitadoras, de condições outras ou de diálogo que propiciassem uma autocomposição, os homens, naturalmente, foram impelidos a se valer de um mediador (pessoa ou instituição) para, em nome dos contendores e por eles, arbitrar a melhor solução que compusesse o litígio. Eis, pois, a *arbitragem*.

Assim, abandonada, gradativamente, a mentalidade da autotutela e do desforço pessoal, foi-se consolidando a idéia de contatar a intermediação de uma terceira pessoa, cuja posição acerca do impasse haveria de ser por todos respeitada.

Concernentemente à natureza jurídica da arbitragem, a posição dos juristas diverge entre os civilistas, os processualistas e os que adotam um posicionamento intermediário.⁸⁰ Os primeiros atribuem à arbitragem fundamentos contratuais porquanto seria resultado de convenção entre as partes interessadas; os segundos indicam-lhe natureza jurisdicional, justificando-se no fato de que, muito embora os árbitros sejam indicados pelas partes, o seu poder de decidir deriva da lei; a terceira corrente surge mesclando ambas as posições, posto que, no dizer de Guido F. S. Soares, a arbitragem seria uma jurisdição pactuada entre as partes.⁸¹ Essa posição conciliadora também é adotada por José Carlos de

⁸⁰ José Carlos de Magalhães: *Arbitragem Internacional Privada*. Rio de Janeiro: Revista Forense. Volume 279, Ano 78. Julho/agosto/setembro de 1982, p. 100.

⁸¹ Guido S. F. Soares *apud* Jorge Barrientos Parra: Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, julho a setembro de 1990 - Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília, p. 227. Guido S. F. Soares ainda se manifesta: “Sendo contrato, quando internacional a arbitragem tem problemas comuns aos contratos internacionais, a exemplo: o problema da eleição da lei, o problema da capacidade das partes. Mas ao mesmo tempo, também possui características do que vem a ser uma jurisdição. Daí porque a arbitragem no Brasil está regulada em dois ramos do Direito, em dois diplomas

Magalhães, que vê naquelas outras duas um radicalismo que deve ser afastado, concluindo que, se a arbitragem é, no seu fundamento, contratual, é também jurisdicional, tendo em vista a natureza pública do laudo arbitral.⁸²

A arbitragem é tão antiga quanto as primeiras civilizações.

Jorge Barrientos Parra⁸³ identifica no Gênesis, 31:36-37, uma passagem que retrata a prática da arbitragem em tempos remotos, a qual se encontra transcrita na Bíblia desta maneira:

“Então se irou Jacó, e altercou com Labão; e lhe disse: Qual a minha transgressão? Qual o meu pecado, que tão furiosamente me tens perseguido? Havendo apalpado todos os meus utensílios, que achaste de todos os utensílios de tua casa? Põe-nos aqui diante de meus irmãos e de teus irmãos, para que julguem entre mim e ti.”

Cerca de três milênios antes de Cristo, já se praticava a arbitragem para a resolução de conflitos, tanto no âmbito do “direito interno” quanto entre cidades-estado da Babilônia, dispondo-se, contudo, de maior sorte de documentos acerca da sua prática na Grécia. É de notícia o tratado firmado entre as cidades de Atenas e Esparta, do ano 445 a. C., trazendo cláusula expressa de direcionamento das partes à arbitragem para o caso de surgimento de contenda, se bem que o intuito precípuo de se evitar a guerra tenha sido, por vezes, sobrelevado por uma das partes no anseio de estabelecer a sua superioridade política, o que ocorrera, a descontento posterior, no caso específico das decantadas cidade gregas, decorridos cinco anos da assinatura do referido tratado⁸⁴.

A despeito de reconhecidos os bem sucedidos rumos da evolução da civilização grega, foi em Roma, e mais especificamente por intermédio de Justiniano, que a arbitragem recebeu tratamento jurídico de relevância, não se podendo, contudo, estabelecer comparação precisa

significativos: no Código Civil e no Código de Processo Civil, porque, na verdade, é um instituto híbrido”. (Guido S. F. Soares *apud* Jorge Barrientos Parra: *ibidem*).

⁸² Aclibes Burgarelli, Juiz do 2.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, afirma: “A essência do objeto jurídico arbitragem (e do juízo arbitral) é a privatização de determinada função pública. A qualidade essencial completa-se nos efeitos essenciais, isto é, no objetivo de se reservar a particulares o cumprimento da tarefa de solução de conflitos, por eles provocados, a respeito da interpretação, da existência, da validade e dos efeitos de cláusulas de determinado contrato, do qual as mesmas partes são integrantes.” (Aclibes Burgarelli: *Juízo Arbitral - Instituto Existente Há 2000 Anos. Revista da Escola Paulista da Magistratura. Ano 01. n.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996, p. 48*).

⁸³ Jorge Barrientos Parra: *Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. Revista de Informação Legislativa, julho a setembro de 1990 - Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília, p. 216*.

entre os exemplos afigurados naqueles dias e a arbitragem que hoje se apresenta. É de se ver, *verbi gratia*, a diferença entre a figura do árbitro dos dias atuais e a do chamado *arbiter* do Direito Romano, juiz escolhido pelas partes para conhecer e decidir acerca de um litígio, cujos poderes eram derivados e limitados pelo pretor, não advindos diretamente das partes. O mesmo poder-se-ia dizer relativamente ao *arbitrum ex compromisso* – com título específico no Digesto –, cuja pronúncia tinha eficácia direta reconhecida e aferia à parte lesada pelo inadimplemento da outra a *actio in factum*, mais direcionada ao cumprimento do juramento que à pronúncia arbitral.⁸⁵

Fator diverso do fortalecimento do uso da arbitragem entre os romanos deu-se quando da invasão germânica, posto que preferiam submeter os seus litígios aos árbitros, seguindo orientação do próprio Direito Romano, a se verem dirigir por imposição dos conquistadores.

Segundo opinião de Carlos Alberto Carmona⁸⁶, a Igreja, mediante o Direito Canônico – que, inspirado na idéia do Direito Romano, tratou de disciplinar a matéria –, teve participação crucial no desenvolvimento e na aplicação da arbitragem no período medieval, emergente no espaço deixado pelo Estado, que, por sua vez, pouco se empenhava na solução rápida dos conflitos e se mostrava inerte ante as mudanças surgidas ao fim do período feudal. Incentivou-se, com isso, a procura pela arbitragem voluntária, surgindo também, em partes da Itália, quando do fim da Idade Média, a arbitragem obrigatória no trato de determinadas questões.

Utilizada restrita e cautelosamente na era moderna, a arbitragem, de forma paulatina, chega aos dias atuais retomando a importância dantes experimentada e fortalecendo-se a cada novo tratado internacional.

No Brasil, a arbitragem já era tratada desde as Ordenações Filipinas, e vigeu ainda após a proclamação da Independência, admitindo, justo por não se sujeitar o laudo arbitral a homologação, o exercício do recurso, dispositivo esse que fora mudado com o advento da Constituição do Império (1824), que, por sua vez, determinava a execução sem recurso das sentenças proferidos pelos “juizes árbitros”, se assim acordassem as partes.

O Código Comercial, instituído pela Lei n.º 556, do mesmo século, dispôs sobre o juízo arbitral necessário nas questões oriundas de contrato mercantil (art. 245),

⁸⁴ Jean Delorme *apud* Carlos Alberto Carmona: *A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1993, p. 39.

⁸⁵ Carlos Alberto Carmona: *idem*.

⁸⁶ Carlos Alberto Carmona: *ob. cit.* p. 43.

nas questões envolvendo direitos societários (art. 244) e outros (arts. 302 § 5.º, 348, 736, 739, 750 e 846). O Dec. n.º 737, de 1850, disciplinou o procedimento arbitral para as causas comerciais, distinguindo entre o que denominou *arbitragem voluntária* a *arbitragem necessária*. A Lei n.º 1.350, de 1866, no entanto, revogou essa última, no entendimento de que contrariava a própria natureza do instituto.

O Código Civil brasileiro, promulgado em 1916, regulou o compromisso arbitral, incluindo-o no Livro dedicado às Obrigações, o que gerou embaraço quanto à sua natureza, por alguns dita contratual, por outras, obrigacional.

Tratou do juízo arbitral, o Código de Processo de 1939, no seu Livro IX, sem, no entanto, dispor acerca da cláusula compromissória, que, por isso, não tinha nenhuma eficácia se não viesse acompanhada do compromisso arbitral.

O atual Código de Processo Civil poucas alterações trouxe à arbitragem, disciplinando-a no Capítulo XIV (arts. 1.072 a 1.102), que veio a ser posteriormente revogado pela Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, que disciplinou inteiramente a matéria, introduzindo importantes inovações no procedimento arbitral.

4. 2 - FUNCIONAMENTO

4. 2. 1 - No Direito brasileiro

Hodiernamente, somente as pessoas capazes de contratar podem valer-se da arbitragem para dirimir litígios a respeito de direitos patrimoniais disponíveis (Código Civil, art. 1.035), ou seja, aqueles a respeito dos quais a lei permite que os litigantes, voluntariamente, façam concessões recíprocas, previnam ou terminem um litígio, celebrando o que em Direito se denomina transação (Código Civil, art. 1. 025).

No caso da arbitragem, identificam-se a capacidade postulatória, ou seja, de atuar num processo, e a capacidade de ser parte, ao contrário do que ocorre na jurisdição judiciária ou estatal, na qual, salvo algumas pouquíssimas exceções, somente o advogado poderá fazê-lo em nome da parte. Afasta-se, dessa forma, no procedimento arbitral, a intermediação obrigatória do advogado, como exigida pelo art. 36 do Código de Processo Civil.

Requisito por excelência para alguém exercer a função de árbitro é, sem dúvida, ter capacidade de intermediar; acrescente-se a isso uma outra exigência, também imprescindível: gozar da confiança das partes. Além do mais, o árbitro, como o magistrado, está sujeito a impedimentos e suspeições previstos em lei, pois, só dessa forma, garantem-se a independência e a imparcialidade indispensáveis a todo julgador, público ou privado. Submete-se, ele, ainda, a alguma disciplina e, por exercer um *munus publico*, é equiparado ao funcionário público para os efeitos penais.

Na arbitragem, as partes sujeitam-se à sentença prolatada pelo árbitro, como juiz privado que é, produzindo, tal sentença, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da coisa julgada formal e material – é lei entre as partes – com uma grande vantagem: não está sujeita a recurso, mas poderá ser desconstituída mediante embargos do devedor, se vier a se executada, já que se trata de título executivo, ou mediante ação anulatória, nos casos previstos em lei.

Pela convenção de arbitragem, institui-se o denominado Juízo Arbitral, nela estando abrangidas a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória, que pode ser inserida no contexto de um contrato ou estipulada em documento à parte, é a convenção pela qual as partes se comprometem a resolver as pendências relativas a um determinado contrato por intermédio de um árbitro.

Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente a aceitar expressamente, em documento apartado, ou, encontrando-se a convenção no corpo do contrato, desde que esteja em negrito, com o lançamento de assinatura ou visto voltado a essa condição contratual.

A legislação vigente manteve dois tipos de arbitragem, a saber: a arbitragem de direito e a de equidade, podendo as partes deliberar acerca de qual deverá ser adotado.

A arbitragem de direito é a regra geral, porém, uma vez optando as partes pela arbitragem de equidade, o compromisso arbitral deve assim dispor expressamente, a teor do que está contido no art. 11, inciso II da Lei n.º 9.307/96. A arbitragem de equidade seria, pois, excepcional, sendo necessária a manifestação expressa dos interessados para a sua adoção⁸⁷.

⁸⁷ Alexandre Freitas Câmara: *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 2.ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 16.

Na arbitragem de direito, o árbitro está adstrito às regras dispostas no ordenamento jurídico, devendo, assim, observar o direito objetivo para solucionar o litígio posto à sua apreciação⁸⁸.

Essa rigidez na observância do direito objetivo não ocorre quando se opta pela arbitragem de equidade⁸⁹, em que é permitido ao árbitro dar ao caso a solução que lhe pareça ser a mais justa, o que dele não afasta, até mesmo, a possibilidade de basear-se exatamente no ordenamento jurídico (caso interprete ser esse o melhor caminho), sem que isso venha a descaracterizar a arbitragem por equidade.

A arbitragem é, ainda, institucional ou *ad hoc*. A institucional ocorrerá quando as partes endereçarem a solução do litígio a uma entidade ou a uma instituição especializada em arbitragem; já a arbitragem dita *ad hoc* configura-se no caso de se submeter o litígio a um árbitro escolhido, indicado pelas próprias partes.

A edição da Lei da Arbitragem – Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996 – trouxe, como se constatou, inovações no sentido de viabilizar o procedimento arbitral no que tange ao atendimento dos fins a que se propõe o instituto, entre outros, a celeridade, a simplicidade e a economia. Como é cediço, o procedimento anteriormente instituído para a arbitragem na legislação pátria, com as formalidades e a interveniência do Estado que se lhe impunham, tornavam o instrumento por vezes inexecutável, inviabilizando-o na prática. Os propósitos de agilização, desburocratização e economia esbarravam, ainda, na falta de divulgação e de informação acerca da arbitragem, impedindo, conseqüentemente, (o que, por vezes, ainda ocorre) a utilização do instituto em maior escala, atendendo-se aos fins a que veio.

O procedimento do juízo arbitral tem início quando for aceita, pelo árbitro – ou por todos os árbitros, se se tratar de tribunal arbitral – sua nomeação para o exercício dessa função, isso se constituindo, portanto, de grande relevância, posto que, a partir

⁸⁸ Alexandre Freitas Câmara, a respeito da necessidade de o árbitro observar as normas de direito, assim dispôs: “É interessante notar que não se exige que o árbitro de direito seja um especialista nas ciências jurídicas. O grau de bacharel em direito, ou o registro no quadro de advogados da Ordem dos Advogados do Brasil não são requisitos para que alguém seja árbitro, mesmo quando se tratar de arbitragem de direito. O sistema, muito provavelmente, foi criado com base na regra, contida no art. 3.º da Lei de Introdução ao Código Civil, que faz presumir *iuris et de iure* que todos conhecem a lei.” (Alexandre Freitas Câmara, *idem*).

⁸⁹ “Admite-se a *lex mercatoria* como fonte de Direito consuetudinário no mesmo patamar hierárquico de outras normas consignadas no ordenamento jurídico. A aplicação da *lex mercatoria* é opção facultativa das partes a partir da introdução da nova lei brasileira sobre arbitragem. Com efeito, o legislador estabeleceu a possibilidade das partes convencionarem a arbitragem por equidade com base nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (art. 2.º, § 2.º, da LA).” (Tarcísio Araújo Kroetz: ob. cit., pp. 18-19).

de então, serão observados os prazos, entre outros, aquele referente à interrupção da prescrição.⁹⁰

Acerca do procedimento apontado no Capítulo IV da Lei n.º 9.307/96, Alexandre Freitas Câmara⁹¹ lembra, oportunamente, que deve ser observado tão-somente de forma subsidiária, isso em respeito à faculdade conferida às partes para o livre estabelecimento do rito que deve ser adotado no processo arbitral, o que é a regra, assegurados o contraditório e a ampla defesa; quando se tratar, porém, de arbitragem institucional, as partes hão de se submeter ao procedimento previamente apontado pela instituição arbitral.

A liberdade conferida aos interessados no uso da arbitragem, quanto ao procedimento a ser verificado, denota o latente direcionamento da respectiva lei no sentido da tendência do direito processual, ou seja, no caminho da *deformalização* – dos processos e das controvérsias. No primeiro caso, simplificando-se o processo em si; no segundo, buscando-se meios alternativos de solução de conflitos a fim de se evitar o próprio processo.⁹²

Uma vez instituído o procedimento arbitral, ou seja, tão logo aceita, pelo árbitro, a sua nomeação, caberá à parte interessada argüir, na primeira oportunidade em que puder se manifestar, quanto aos aspectos atinentes à pessoa do árbitro (competência, suspeição ou impedimento) e também quanto àqueles relativos à convenção de arbitragem que possam torná-la nula, inválida ou ineficaz. Se acaso acatadas as argüições de suspeição ou impedimento do árbitro, ele será substituído nos termos do art. 16 da Lei de Arbitragem; no caso de reconhecida a sua incompetência ou a do tribunal arbitral, assim como verificada a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, as partes serão remetidas à Justiça Comum competente para apreciar e julgar a causa.⁹³

Acompanhando o espírito do instituto, já no início do procedimento caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral tentar conciliar as partes.

⁹⁰ Alexandre Freitas Câmara: ob. cit., p. 60.

⁹¹ Alexandre Freitas Câmara: ob. cit., p. 60. O referido autor esclarece, ainda, que, ao estabelecer dito procedimento, o legislador visou a assegurar a observância mínima dos princípios que norteiam o processo, como o princípio da isonomia e o do contraditório. (*ibidem*).

⁹² Nesse sentido, cf. Ada Pellegrini Grinover: ob. cit., p. 63. Também Alexandre Freitas Câmara: ob. cit., p. 64.

⁹³ “É de se notar que cabe ao próprio árbitro decidir sobre a invalidade ou ineficácia (ou, até mesmo, embora não o diga a lei, sobre sua existência) da convenção arbitral. Esta regra pode parecer paradoxal, uma vez que sendo inválida ou ineficaz a convenção, não poderia ter sido instituída a arbitragem. Apesar disto, pode (e mesmo deve) o árbitro examinar tal questão, para que se possa saber se o processo arbitral foi legitimamente instaurado. A hipótese é similar à do processo jurisdicional, em que o juiz pode validamente proferir decisão afirmando a ausência de algum pressuposto processual. Neste caso, como se sabe, embora inválido o processo, é válido o provimento jurisdicional que reconhece tal invalidade.” (Alexandre Freitas Câmara: ob. cit. p. 64).

Para o seu convencimento, o árbitro poderá, do mesmo modo que ocorre no juízo comum, tomar o depoimento das partes e de testemunhas, bem assim determinar, tanto a requerimento das partes como de ofício, a realização de perícias ou quaisquer outras provas que tomar por necessárias. Se for substituído o árbitro no curso do procedimento, poderá o substituto repetir as provas que já foram produzidas.

Em não sendo atendido o chamado para se prestar depoimentos pessoais, dispõe a Lei de Arbitragem que, se se tratar de falta de uma das partes, o árbitro levará o fato em consideração quando da prolação da sentença⁹⁴, e sendo faltosa a testemunha, poderá requerer à autoridade judiciária, mediante a comprovação da convenção de arbitragem, a sua condução forçada. Da mesma forma, o árbitro poderá solicitar ao Poder Judiciário, originariamente competente para julgar a causa, as medidas coercitivas ou cautelares que se fizerem necessárias.

No § 2.º do art. 21 da Lei de Arbitragem, a despeito da faculdade de que dispõem as partes quanto ao procedimento a ser adotado no processo arbitral, estabeleceu o legislador a obrigatoriedade do respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre arbítrio, sendo passível, inclusive, de nulidade a sentença arbitral que desrespeite tais princípios (art. 32, VIII, da Lei n.º 9.307/96).

No que concerne à utilização da arbitragem nos contratos quando presente a Administração Pública, as controvérsias surgem em virtude da indisponibilidade dos bens públicos. O Tribunal de Contas da União, embora tenha se pronunciado contrariamente à sua admissibilidade nos contratos administrativos, frisou faltar, na realidade, autorização legal para tanto, citando julgado do extinto Tribunal Federal de Recursos, que expressamente dispôs que a autarquia não poderia celebrar compromisso para a solução de pendência utilizando-se do juízo arbitral sem o autorizar a legislação.⁹⁵

⁹⁴ Para a efetividade da arbitragem no Brasil, Carlos Alberto Carmona ainda opina: “É preciso, porém, paciência e boa vontade para que o instituto se desenvolva em nosso País, sendo primordial que os operadores do Direito entendam que a arbitragem pressupõe atitude diferente daquela adotada, em regra, no processo estatal: não há, no juízo arbitral, lugar para o advogado excessivamente aguerrido, pronto a criar incidentes que possam favorecer os interesses de seu cliente, explorando tecnicamente (e, portanto, nos limites da lei) as misérias do processo. Espera-se do advogado postura conciliatória, descartadas todas as atitudes procrastinatórias, fazendo imperar o princípio básico da arbitragem: *pacta sunt servanda*”. (Carlos Alberto Carmona: A Nova Lei de Arbitragem - *Revista Jurídica Consulex*. Ano I – n.º 9 – Setembro/1997. p. 46)

⁹⁵ Cf. BLC 9/93, Rel. Min. Homero Santos, TC 8217/93-9.

4. 2. 2 - No Direito comparado

Analisando a arbitragem no Brasil e em países diversos, Tarcísio Araújo Kroetz assevera que, no Direito comparado, há três modalidades distintas de arbitragem, quais sejam: a arbitragem em sentido amplo, a arbitragem jurisdicional e a arbitragem contratual.⁹⁶

A primeira – a arbitragem em sentido amplo – configurar-se-ia todas as vezes em que um conflito de interesses fosse solucionado por meio de uma decisão de um terceiro que não um juiz, pessoa essa investida da função de magistrado pelo Estado.

A arbitragem jurisdicional, por sua vez, assim é denominada em razão do fim preconizado pelo referido instituto porquanto, muito embora tenha origem contratual, é caracterizada por sua função jurisdicional⁹⁷.

Para ilustrar essa função jurisdicional relativamente à arbitragem no Brasil, os autores utilizam, entre outros argumentos, a força executiva da sentença arbitral antes e depois da edição da Lei n.º 9.307/96. Antes da sua vigência, era imprescindível a homologação do laudo arbitral por um juiz togado, o que afastava, por conseguinte, a índole jurisdicional que se quisesse atribuir ao juízo arbitral. Contudo, em não mais persistindo essa exigência na legislação atual, e prescindindo, pois, dessa homologação, a sentença arbitral⁹⁸ é, de plano, exequível e tem força de coisa julgada. Com base nessa assertiva, admite-se que o juízo arbitral exerce atividade jurisdicional⁹⁹.

A arbitragem contratual – a mais antiga daquelas modalidades – teria assumido, no Direito Romano, duas formas: o *com-promissum*, pelo qual as partes confiavam a um *arbiter* o regramento de um litígio, e o *arbitrium boni*, para os contratos de boa-fé em que o árbitro era chamado não para nortear a solução do litígio no seu todo, mas para se manifestar acerca de determinados pontos incertos. A primeira convenção não conferia força

⁹⁶ Tarcísio Araújo Kroetz: *Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 13.

⁹⁷ Tarcísio Araújo Kroetz, asseverando que a percepção da arbitragem com natureza jurisdicional é recente, esclarece: “A lei, ao facultar aos jurisdicionados a opção da arbitragem como forma de composição de seus litígios sem a intervenção do Estado, atribui-lhe o caráter jurisdicional que ordinariamente compete a este último. O exercício da arbitragem, enquanto respeite os limites estabelecidos pela lei, realiza função jurisdicional, que ela própria preconiza. A escolha da arbitragem implica a submissão da decisão proferida pelos sujeitos indicados pela lei, na forma estabelecida, para concluir sua tarefa. Somente os árbitros é que poderão realizar esta função, que por natureza é de caráter jurisdicional.” (Tarcísio Araújo Kroetz: ob. cit., p. 23).

⁹⁸ A expressão *laudo arbitral* foi abandonada com a edição da nova Lei de Arbitragem, sendo substituída por *sentença arbitral*, o que reforça ainda mais o caráter também jurisdicional da arbitragem.

executiva à decisão do árbitro, porém o seu desrespeito implicava o pagamento de soma em dinheiro pela parte que não a observasse; no segundo caso, a decisão do árbitro passava a incorporar o contrato, sendo, assim, lei entre as partes. Essa modalidade, muito embora tenha sofrido várias alterações e, em momentos diversos, tenha adquirido maior ou menor força, nunca deixou de ser adotada por algumas legislações, tendo sofrido influência do direito muçulmano.¹⁰⁰

Por força dessa distinção, arbitragem e arbitramento não se confundem semanticamente. Enquanto a arbitragem é uma forma de composição de litígios, o arbitramento é um procedimento que se promove, judicial ou extrajudicialmente, no sentido de apurar-se certo fato ou valor, ou ainda de quantificar-se certa coisa, aplicando regras técnicas ou simplesmente a equidade. Referindo-se à atividade desenvolvida no arbitramento, Mario Vaseti¹⁰¹ assevera que se caracteriza quando “um ou mais terceiros, ditos arbitradores, são chamados a integrar o conteúdo de um negócio que as partes não quiseram ou não puderam determinar, e isto com eficácia para elas vinculante com base na prévia aceitação, ou são chamados a integrar o conteúdo de uma disposição de última vontade deixada incompleta pelo testador”.

O Código de Processo Civil brasileiro, ao tratar da liquidação da sentença por arbitramento, prevê a nomeação de um perito para tal desiderato quando assim for determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou o exigir a natureza do objeto da liquidação (arts. 606 a 607).

Na Bélgica, o árbitro ou o colégio arbitral, como é chamado, dispõe sobre eventuais medidas cautelares vinculadas ao objeto da lide. O art. 1.679, § 2.º, do *Code Judiciaire* determina que “uma demanda judicial visando medidas conservatórias ou provisórias não é incompatível com a convenção de arbitragem, não implicando renúncia a esta”. Esse regramento se justifica tendo em vista a necessidade de dar ao árbitro amplo poder sobre a controvérsia em toda a sua extensão, principalmente por ser ele, que instrui o processo, a pessoa mais qualificada para decidir sobre a adoção de medidas ou providências que visem a assegurar os direitos dos contendores. Outro fato curioso é que, em muitos tribunais arbitrais institucionais belgas, é prevista a utilização, pelas partes, de recursos dentro da própria entidade, criando-se, assim, duplo grau de jurisdição arbitral. Aliás, o *Nouveau*

⁹⁹ Nesse sentido, v. Leonardo José Carneiro da Cunha: A Arbitragem e o Princípio do Juiz Natural. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*. Volume 2 - Número 4 - Abril/Junho de 1997. Edições Bargaço Ltda., p. 294. Também Tarcísio Araújo Kroetz: ob. cit., pp. 21 a 26; 76 a 78.

¹⁰⁰ Tarcísio Araújo Kroetz: ob. cit. pp. 49-50.

Code também prevê a possibilidade de duplo grau de jurisdição dentro do juízo arbitral. Se bem que alguns critiquem essa disposição procedimental por atingir a celeridade que deve nortear a arbitragem, traz ela a vantagem de conferir mais segurança à decisão arbitral, sujeita que fica à confirmação, em caso de recurso.

Digno de nota é o poder que o árbitro detém, no sistema francês (art. 1.460 do *Nouveau Code*), de disciplinar e regular o procedimento arbitral, sem que seja submetido às normas processuais previstas para o processo judicial.

Na Itália, a arbitragem contratual recebe o nome de *arbitrato irrituale*, *arbitrato libero* ou *arbitrato improprio*, tendo sido reconhecida pela jurisprudência local no início deste século, coexistindo com outras formas de arbitragem ao lado da tutela prestada pelo Estado. Segundo Tarcísio Araújo Kroetz, no Direito italiano, como ocorre no romano, a arbitragem contratual tinha seu procedimento determinado pela vontade das partes, que elegiam uma terceira pessoa para compor a controvérsia entre elas.¹⁰²

O uso do instituto da arbitragem tem crescido, lenta, porém progressivamente, nos países que o adotam. Sua utilização tem destaque mormente nas relações comerciais internacionais. Há, assim, o exemplo da França, que, com a sua Câmara de Comércio Internacional de Paris, partiu de um total de 234 litígios a ela submetidos, entre os anos de 1940 e 1958, para 285, só no ano de 1979, seguindo-se, nos anos posteriores, um aumento considerável na quantidade de litígios submetidos a essa jurisdição¹⁰³.

O Governo de Macau, com a permissão que lhe foi conferida pela Lei n.º 12/91, por meio da qual se permitiu a criação de tribunais arbitrais com o estabelecimento de instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, fez aprovar o Decreto-lei n.º 29/96, que dispõe, no seu Capítulo I, acerca da arbitragem voluntária e, no Capítulo II, sobre a arbitragem necessária, interessando enfatizar-se que a arbitragem necessária é aquela que é prescrita por lei especial, ao teor do art. 40 do referido Decreto-lei: “Se a arbitragem for prescrita por lei especial, atende-se ao que nesta estiver determinado. Na falta de determinação, observa-se, na parte aplicável, o disposto no capítulo anterior”.

No Direito pátrio, aliás, o Regulamento 737, de 1850, disciplinava o processo comercial e distinguia a arbitragem voluntária da obrigatória, essa última instituída, em determinados casos, para a solução de litígios entre comerciantes. O Código Comercial

¹⁰¹ Mario Vaseti *apud* Carlos Alberto Carmona: ob. cit., p. 22.

¹⁰² Tarcísio Araújo Kroetz: ob. cit., p. 52.

brasileiro, nos arts. 244 e 245, também estabelecia o juízo arbitral necessário nas questões sociais entre sócios e naquelas oriundas de contrato mercantil, além de outros dispositivos (arts. 302, § 5.º; 348; 736; 739; 750 e 846). Essa obrigatoriedade, todavia, foi abolida pela Lei 1.350, de 1866, porquanto entendia-se contrária – a obrigatoriedade – ao próprio espírito do instituto. As reformulações posteriores (Código Civil, Código de Processo Civil e Lei 9.307/96) não mais dispuseram acerca da arbitragem necessária ou obrigatória.

Aliada à sua característica conciliadora, e considerando-se a necessidade de se adotar um procedimento supranacional para a contratação e a realização de negócios internacionais, bem como o fenômeno da globalização, a arbitragem tem sido largamente utilizada no contexto internacional. As convenções, os tratados e os protocolos internacionais têm, aliás, dado preferência a esse tipo de alternativa para dirimir conflitos na seara supra-estatal, e alguns dispõem, expressamente, em seus instrumentos, que se há de valer da arbitragem em havendo pendências alusivas ao negócio que importa seu objeto.

A comunidade internacional tem demonstrado o prestígio da arbitragem por intermédio dos instrumentos que elabora e nos quais destaca a utilização daquele instituto. São exemplos o Protocolo de Genebra¹⁰⁴, de 1923 (ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n.º 21.187/32), que estabelece acerca do caráter vinculante da cláusula compromissória nos contratos comerciais internacionais; a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1975, foi ratificada pelo Brasil em 1996, que dispõe, entre outros pontos, acerca do reconhecimento da cláusula compromissória com caráter obrigatório e efeito vinculante, da aplicação do regulamento de arbitragem da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial e da desnecessidade da dupla homologação do laudo arbitral, entre outros pontos; o Protocolo de Brasília (firmado em dezembro de 1991 e ratificado pelo Decreto n.º 922/93), que estabelece um sistema não jurisdicional para a solução de conflitos e pendências entre os Estados-membros do Mercosul quanto à interpretação e à aplicação das disposições contidas no Tratado, além de outros Protocolos do Mercosul – o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (firmado em *Las Leñas*, em 1992, e aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 55/95) e o Protocolo de Jurisdição Internacional em Matéria

¹⁰³ René David *apud* Jorge Barrientos Parra: Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, julho a setembro de 1990 - Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília, p. 215.

¹⁰⁴ O STJ assim já se pronunciou: “nos contratos internacionais submetidos ao Protocolo de Genebra de 1923, vigente no Brasil, a cláusula arbitral prescinde de ato subsequente do compromisso e é por si só apta a instruir o juízo arbitral” (RE 616-RJ, Rel. Min. Evandro Gueiros, DJU, Seção I, 13.8.90, p. 7646).

Contratual (firmado em Buenos Aires, em 1994). Os signatários de tais regulamentos reconhecem a importância da arbitragem como auxiliar na solução de conflitos e na efetivação do cumprimento de contratos. É notório o fortalecimento e o incremento da utilização da arbitragem no âmbito dos negócios internacionais.

Capítulo 5

A Vocação das Jurisdições Judiciária e Arbitral na Composição de Litígios

5.1 - DA JURISDIÇÃO JUDICIÁRIA

Vistas, no transcurso deste trabalho, as desvantagens da jurisdição estatal – aqui denominada *jurisdição judiciária* –, faz-se agora necessário, em poucas linhas, apontar algumas das suas vantagens em relação à arbitral para que seja identificada a sua vocação entre as demais formas de composição de litígios admitidas pelo ordenamento jurídico. A primeira delas é a sua permanência em foro fixo e aberto, permitindo que, a qualquer momento, o interessado para ali se dirija e formalize seu pedido, garantindo-se de que, em casos urgentes, terá um juiz à sua disposição, pronto a resguardar-lhe os direitos violados ou ameaçados. Depois, o juiz é um profissional que se especializa em julgar, o que lhe permite acumular experiências e conhecimentos na área jurídica. Por último, as decisões do juiz, por constituir-se ele órgão estatal – Poder Judiciário –, surtem não só efeitos meramente declaratórios, constitutivos e condenatórios, mas também cautelares e executivos, concentrando-se, assim, numa só pessoa, amplos poderes processuais.

Em face dessas vantagens, é de se atribuir, ainda, ao Poder Judiciário, função mais relevante no contexto dos demais Poderes do Estado, qual seja, a de conter o abuso ou o excesso de autoridade, permitindo que o particular não só assista, mas, por outras formas simplificadas de *jurisdição*, também participe de toda a dinâmica do ordenamento jurídico do país. Portanto, ao lado da função clássica do Poder Judiciário – que é compor litígios em situações concretas, tornando efetivas a lei e a justiça naqueles casos que lhe apresentam para solução –, esta outra função, mais importante ainda do que a primeira, desempenha ele com exclusividade: a do *controle da legalidade*. Ao contrário daquela – em que se admite o exercício pelo particular, mediante a utilização dos institutos da transação, da conciliação ou da arbitragem –, é monopólio exclusivo do Estado. Assim, não se confunde com a *função jurisdicional* ou simplesmente *jurisdição*, posto que, como já se observou

anteriormente, essa tanto pode ser exercida pelo Estado como pode, por autorização legal, ser atribuída ao particular.

O controle da legalidade, no Brasil, ou *princípio da proteção judiciária*, também chamado de *princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*¹⁰⁵, está ressaltado naquela máxima constitucional que estabelece: **“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”** (art. 5º, inciso XXXV). Numa interpretação mais abrangente desse comando constitucional, muitos entendem privativa do Poder Judiciário a função de compor os conflitos de interesses entre particulares no país, não sendo possível delegá-la a árbitros. A controvérsia é tão relevante que pende de decisão, no Supremo Tribunal Federal, o Agravo Regimental n.º 5.206-8/246, contra a decisão do Eminentíssimo Ministro-Presidente, que, nos termos do parecer do Ministério Público, indeferiu o pedido de homologação de laudo arbitral proferido por advogado espanhol, sob o entendimento, *ipsis litteris*: “Com efeito, ao julgar a SEC 4.724-2, de que fui relator, o Supremo Tribunal, em sessão plenária de 27.04.94, reafirmou a firme jurisprudência da Corte no sentido de que ‘sentença estrangeira’, susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar exequível o julgado (...). Decidiu-se, nessa assentada, que ‘o que para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no fórum, é questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua à decisão questionada.” Esse recurso recebeu parecer favorável do atual Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, posicionando-se, portanto, pela reforma da decisão agravada.

O controle judiciário ou judicial da legalidade dos atos jurídicos de repercussão, especialmente o administrativo, *a posteriori*, tem assumido contornos cada vez mais diversificados, constituindo-se, no estado de direito, o principal instrumento de defesa dos direitos subjetivos. Isso significa que, sempre que lesado ou simplesmente ameaçado um direito, assiste ao ofendido a faculdade de reclamar a sua defesa perante os órgãos jurisdicionais do Poder Judiciário, não podendo nenhuma norma legal limitar ou abolir tal proteção, ainda que a ofensa seja de natureza administrativa, porquanto foi abolido o

¹⁰⁵ Kazuo Watanabe: *Controle Jurisdicional e Mandados de Segurança contra Atos Judiciais*. São Paulo: Editora RT, 1980, p. 7.

contencioso administrativo previsto nas Constituições que antecederam a Carta Magna de 1988.

O juízo arbitral, no Brasil, mesmo a partir da vigência da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, não escapa desse controle. Diversos dos seus dispositivos prevêem a intervenção do Poder Judiciário a fim de garantir o seu cumprimento. Logo no parágrafo único do art. 6.º, estabelece um mecanismo asseguratório da execução de cláusula compromissória em havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, dispondo: “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 artigo 7.º desta lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa.” Em outro dispositivo (art. 13, § 2.º), admite a intervenção do Judiciário para a nomeação do árbitro, em caso de não haver acordo sobre a nomeação de um terceiro desempatador. Ou, nesse mesmo sentido, para a fixação dos honorários dos árbitros (art. 11, parágrafo único); para a condução de testemunhas renitentes coercitivamente (art. 22, § 2.º); para a concessão de outras medidas coercitivas ou cautelares (§ 4.º); e para dirimir controvérsia acerca de direitos indisponíveis, com suspensão do procedimento arbitral (art. 25). Além do mais, no art. 33, possibilita à parte interessada o ajuizamento, perante o Poder Judiciário, de ação específica visando à decretação da nulidade da sentença arbitral, no seguintes casos: 1) nulidade do compromisso; 2) não preenchimento dos requisitos formais exigidos pela lei; 3) comprovação de que foi proferida por prevaricação, concussão, corrupção passiva ou fora do prazo estipulado no compromisso, ou, ainda, desrespeitando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Bem assim, se houver execução judicial da sentença arbitral, por meio de embargos do devedor, conforme as regras estabelecidas no art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil.

A conciliação e a transação, mesmo celebradas perante os órgãos judiciários, também estão sujeitas a esse controle. Nem a transação, que é a mais inquestionável das causas extintivas das obrigações no Direito brasileiro, foge dele. A propósito, dispõe o Código Civil no art. 1.030: “A transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada, e só se rescinde por dolo, violência, ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa.”

Como se vê, mesmo admitindo-se, no ordenamento jurídico, a jurisdição arbitral ou outras formas não estatais para compor litígios referentes a direitos

disponíveis, concorrentemente com o Poder Judiciário, é exclusivo dele o controle ou a última palavra sobre matéria de legalidade, a fim de garantir a ordem pública e os bons costumes.

Evidentemente, esse controle pode ser exercido em diferentes níveis pelo Poder Judiciário. Pode ser restrito, quando ao juiz é reservada a verificação de alguma nulidade substancial e formal ou algum vício de manifestação de vontade, conforme a legislação prescreve em relação à arbitragem e à transação, dando ao particular ampla liberdade na produção de atos e negócios jurídicos, ou pode ser amplo, quando àquele se atribui o poder de interferir nesses atos e negócios jurídicos, levando-se em consideração os fatos que antecederam ou sucederam a sua formação, a sua execução etc., se bem que, nesse último caso, o Judiciário não só realize o controle da legalidade, *stricto sensu*, como também componha controvérsia em matéria de Direito, apontando, por assim dizer, o que é justo no caso concreto em face do Direito posto. É por isso que, não obstante a posição daqueles que vêm, na arbitragem, uma inconstitucionalidade, defende-se, neste trabalho, que o princípio estatuído no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal, só se aplica ao controle restrito da legalidade.

Daí, a maior razão para que se pleiteie a concentração de todo o potencial da jurisdição estatal no controle desses atos, transferindo ao juízo arbitral a tarefa de compor a grande maioria dos conflitos privados que, pela própria natureza, prescindam da intervenção do Poder Judiciário, sem prejuízo da prerrogativa de, sempre que houver lesão ou ameaça de direito, o Judiciário poder ser acionado na condição de protetor da ordem jurídica.

Por decorrência, e para assegurar a eficácia processual desse controle judicial, principalmente levando em consideração o interesse público em algumas áreas, como meio ambiente, patrimônio público – estético, histórico, turístico e cultural –, consumidor, ordem econômica e direitos fundamentais (individuais, difusos ou coletivos), é conferido, constitucionalmente, ao Poder Judiciário o monopólio de processar e julgar ações mandamentais (mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas corpus* e *habeas data*) e ações cíveis especiais (desapropriatórias, populares e públicas) .

A explosão dos direitos e das ações correspondentes trouxe para o Judiciário novas atribuições. Nenhuma entidade senão o Estado está melhor aparelhada para enfrentar o desafio de fiscalizar produtos e defender um ambiente ecologicamente equilibrado, assegurando aos cidadãos os meios jurídicos necessários ao exercício de seus direitos. Qual a entidade particular, por exemplo, que teria poderes para intervir em outra, indo às últimas conseqüências de cancelar suas atividades em definitivo? Nenhuma!

Ademais, existem questões que não poderiam ser levadas à decisão arbitral, posto que deturpariam os seus princípios institucionais. Existe jurisdição mais vocacionada à apreciação de medidas judiciais intentáveis para correção de condutas administrativas e que afetem a coletividade do que a estatal? Quem, senão o Estado, por intermédio dos seus órgãos judiciários, processaria pedidos cautelares e executivos cuja eficácia dependesse da força, da coercibilidade?

A própria ação penal é e deve continuar sendo de processamento exclusivo dos órgãos do Poder Judiciário. Afinal, o crime lesa não apenas direitos individuais, mas sociais, também, pois perturba a paz social e a ordem pública, sem as quais não é possível a vida harmoniosa em sociedade. E é ao Estado, por ser o principal agente interessado pela conservação desses primados da ordem social, que incumbe a tarefa de punir os desvios que os atinja – *jus puniendi* – mediante as ações necessárias à aplicação da lei penal – *jus perseguendi*.

No âmbito do direito processual civil, há causas que, em razão do interesse social, ou por exigirem a tutela do Estado, não devem sair da órbita da jurisdição judiciária. As ações de procedimentos de jurisdição contenciosa e voluntária, com exceção, talvez, da ação de prestação de contas, da ação de consignação em pagamento, do arrolamento e da ação de divisão e demarcação de terras particulares, são alguns exemplos.

As denominadas pequenas causas, ou seja, aquelas de menor complexidade, sujeitas aos Juizados Especiais Cíveis, também se enquadram nesse rol, porquanto fica muito caro para as partes e para o Estado atribuí-las à arbitragem. De fato, o Estado, por meio dos órgãos de Assistência Judiciária e dos Juizados Especiais, deve voltar-se para os pequenos, a fim de assegurar a todos os cidadãos a igualdade perante a lei¹⁰⁶, garantindo-lhes, entre outros direitos essenciais, o acesso a uma Justiça rápida e barata. Não é vocação de uma Justiça cara, na qual é imprescindível a intervenção de peritos, advogados

¹⁰⁶ Segundo José Afonso da Silva, as constituições só têm reconhecido a igualdade no sentido jurídico-formal, ou seja, a *igualdade perante a lei*. Para o eminente jurista, o direito de igualdade não tem merecido a mesma atenção que o de liberdade, e justifica seu entendimento com as seguintes palavras: “É que a *igualdade* constitui o signo fundamental da democracia. Não admite privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa”. O referido autor, citando o posicionamento de Rousseau, que admitia duas espécies de desigualdades entre os homens (uma, à qual chamava *natural ou física*; outra, *desigualdade moral ou política*), ainda assevera: “Porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais, do que se extrai que a lei geral, abstrata e impessoal que incide em todos igualmente, levando em conta apenas a igualdade dos indivíduos e não a igualdade dos grupos, acaba por gerar mais

etc., a resolução de pequenos e numerosos conflitos intersubjetivos, quando os que a procuram nem sequer têm o mínimo de recursos necessários à sua própria subsistência.

Todavia, nada impede que o Estado subsidie diretamente os custos da prestação jurisdicional arbitral, estendendo as vantagens de litigar perante uma Justiça particular também à grande massa da população, pois, não obstante a simplificação e a informalidade dos Juizados Especiais Cíveis, a verdade é que, neles, o acúmulo processual já representa uma ameaça. Há audiência sendo designada para um ano ou mais após a data do registro de queixa, o que é uma prova de sua insuficiência para atender aos seus fins institucionais. Aqui, vale a advertência do juiz Demócrito Ramos Reinaldo Filho, na sua obra *Juizados Especiais Cíveis – Comentários à Lei n.º 9.099, de 26/09/1995*¹⁰⁷:

“É preciso todo o cuidado das autoridades judiciárias, para que os Juizados Cíveis não venham a padecer dos mesmos defeitos dos demais órgãos da Justiça ordinária. Tudo vai depender de uma adequada estruturação. Ressalte-se que a necessidade não se subsume à simples extensão do procedimento às varas e Juízos da Justiça comum. A estrutura deficitária desses órgãos jurisdicionais, corroída por vícios de toda ordem, comprometeria qualquer esforço de institucionalização de nova metodologia cartorial.”

5. 2 - DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

A cada novo método que se venha a implantar, modificando determinados procedimentos, devem ser avaliados os efeitos – aspectos positivos e negativos – da sua aplicação. Por vezes, inovações que se afiguram práticas, ágeis e pouco onerosas, nem sempre são recepcionadas com gáudio por todos, mormente por aqueles que se recusam a admitir que, além desses fatores satisfatórios, garantir-se-á a qualidade do serviço oferecido.

No pertinente à jurisdição arbitral, é de entendimento de boa soma de doutrinadores que, entre as vantagens que justificam o impulso das partes para por ela optar,

desigualdade e propiciar a injustiça (...)”. (José Afonso da Silva: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14.ª edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997. pp. 206-209).

¹⁰⁷ Demócrito Ramos Reinaldo Filho: *Juizados Especiais Cíveis – Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. Recife: Bagaço, 1996, p. 31.

estão, a princípio, a celeridade, a economia e o segredo, circunstâncias por vezes inexistentes se a escolha recair na jurisdição judiciária.

Certo é que a formalidade e a burocracia dos ritos aos quais se sujeitam os impasses levados à apreciação dos órgãos judiciários¹⁰⁸, bem como sua notória falta de estruturação para absorver a demanda e verter resultados satisfatórios à população, em muito delongam o andamento do litígio, desencorajando, por vezes, a procura da tutela jurisdicional. Eis que a arbitragem se apresenta como boa alternativa aos que querem presteza na solução de conflitos, posto que, tendo as partes a faculdade de escolher o procedimento que querem adotar na resolução da demanda, vários entraves burocráticos serão superados; da simplificação, decorrerá a celeridade; do utilizar-se tão-somente o indispensável, garantir-se-á a praticidade e, conseqüentemente, a brevidade, sem que sejam sacrificados quaisquer direitos das partes.

A esse respeito, o art. 21 da Lei 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem no Brasil, prescreve:

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

Veja-se, ademais, o não cabimento de recurso para as decisões advindas da arbitragem, o que garante, ao invés do que ocorre na sentença recorrida, o resultado imediato do *decisum*. Daí, sob esse aspecto, referir-se a maior respeitabilidade da sentença arbitral, uma vez que não está sujeita ao duplo grau de jurisdição ou, em outras palavras, a revisão por outro órgão jurisdicionalmente superior.

Aponta a doutrina, como sobredito, ser a economia mais um item a favor da aplicação da arbitragem. Sem dúvida, ela é, sim, menos onerosa para as partes, desde que se considerem o custo, o tempo e o benefício, contrariamente ao que se verifica no procedimento comum, principalmente em decorrência dos seguintes empecilhos próprios da jurisdição judiciária: 1) ampla possibilidade de recursos e impugnações diversas; 2) concorrência processual com outras causas; 3) incidência, repetitiva, de custas, honorários e

¹⁰⁸ De acordo com César Fiuza, “o processo é *necessariamente formal* (embora não devam ser *formalistas* aqueles que operam o processo), porque as suas formas constituem o modo pelo qual as partes têm a garantia de legalidade e imparcialidade no exercício da jurisdição (princípio da legalidade, *devido processo legal*: CF, art. 5.º, inciso LIV)”. (César Fiuza: *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 40.)

outras despesas processuais; e 4) demora na tramitação do processo, com perda ou desgaste do objeto da pretensão jurídica.

Como terceiro ponto vantajoso de destaque quanto à escolha da arbitragem, encontra-se o sigilo, em detrimento da regra geral de publicidade da maioria dos atos processuais, excetuando-se aqueles casos expressamente previstos em lei que, como foi estudado no Capítulo 1 (item 1.2.4), deixam a desejar. O segredo, garantido no juízo arbitral, evita que se exponham documentos e fatos que, por sua natureza, ensejariam influências externas tumultuantes do processo de composição do litígio, com conseqüências imprevisíveis.

Da arbitragem, porém, não se pode restringir as vantagens a essas três já citadas, tidas como principais. Há, outrossim, outros pontos que influenciam na escolha dos contendores pela arbitragem em detrimento da jurisdição judiciária. Assim se apresenta, por exemplo, a liberdade das partes na escolha do árbitro, que, por vezes, sendo pessoa dotada de conhecimento técnico específico na área, traz à decisão, decerto, celeridade, economia e precisão técnica; em decorrência da mesma liberdade de escolha das partes, aparece, como outra vantagem, a neutralidade do julgador escolhido e, por conseguinte, maior segurança no concernente à sua imparcialidade, mormente nas questões de arbitragem internacional. Outro proveitoso aspecto da arbitragem consiste nas reduzidas e até ausentes formas solenes para o seu andamento. É o que se observa, pois, na celebração de audiências nos litígios submetidos à arbitragem: as partes, podendo lidar diretamente com o árbitro, têm mais liberdade de expor suas posições, frisando-se aqui, ademais, a prevalência dos salutareis princípios da oralidade e da concentração no instituto da arbitragem.

Não se pode, entretanto, atribuir exclusivamente vantagens à arbitragem; eventualmente, apresentam-se fatores que vão de encontro às suas tradicionais vantagens. De fato, se tais circunstâncias – celeridade, economia e sigilo – se apresentam mais comumente no juízo arbitral, podem, contudo, elas mesmas, não se afigurar como uma constante nos litígios a ele submetidos. É sabido que contendas levadas à arbitragem têm-se delongado tanto quanto conflitos submetidos à apreciação jurisdicional do Estado, ou até mais que esses; tem-se ciência, também, dos altos custos de determinados processos ligados à arbitragem, nos quais as partes custeiam seus próprios patronos e despesas com diligências do processo. Enfim, o segredo àquela atribuído não é completo, posto que muitas das sentenças e relatórios dos órgãos arbitrais internacionais são por vezes publicados em sua inteireza e,

mesmo se omitindo alguns dados do processo, acabam por expor o assunto e até as próprias partes.

Assim, depois de vistos os prós e os contras da jurisdição arbitral, pergunta-se: qual a sua vocação?

Entre as causas relativas a direitos disponíveis – pois são as únicas que podem se sujeitar à arbitragem –, todas as causas patrimoniais, em que não concorra o interesse público e nem se exijam decisões mandamentais, cautelares ou de força executiva, podem sujeitar-se à jurisdição arbitral. E é justamente essa classe de ações que constitui o *calcanhar de Aquiles* da Justiça estatal, pois sobre elas recaem os efeitos mais nefastos da morosidade das chamadas *grandes causas* – aquelas que estão há anos nas prateleiras dos cartórios sem solução –, porque, dada a especialização da matéria nelas tratada, o juiz, cuja formação é prevalentemente jurídica, sem conhecimentos técnico-científicos especializados, tem dificuldades em solucioná-las. Que facilidade encontra um bacharel em Direito para dirimir controvérsia sobre construção civil, intervenção médico-hospitalar, funcionalidade de máquinas, programas de computador ou navegação marítima e aeroespacial?

As causas trabalhistas, em grande parte, poderiam muito bem ser resolvidas no Juízo arbitral. Não é acidental que a Constituição Federal, no seu art.114, § 1.º, tenha previsto a alternativa da arbitragem uma vez frustrada a negociação coletiva. É lamentável que o paternalismo da legislação trabalhista impeça a inserção desse meio de solução de litígios com mais ênfase na Justiça do Trabalho, como se as entidades arbitrais e os próprios árbitros não pudessem, até com mais presteza, participar dessa atividade prodigiosa que é apaziguar os conflitos entre patrões e empregados no Brasil, até com a participação de suas próprias entidades de classe.

Litígios decorrentes de conflitos entre países, empresas e pessoas de diferentes nações encontram, na arbitragem, o foro simples e confiável para dissipar-se. Aliás, no plano internacional, por vários séculos, a arbitragem foi a única forma viável de compor conflitos não só patrimoniais entre estrangeiros como também políticos e militares entre países soberanos, remontando de tempos imemoriais¹⁰⁹, o que não vem acontecendo com a jurisdição judiciária. Não tem dado certo no plano internacional. Não só pela falta de autoridade de suas decisões, mas também porque tal estrutura demanda custos financeiros altíssimos e corpo permanente de burocratas, e, na prática, funciona mesmo como corte

¹⁰⁹ Rezek traz a informação de que o Brasil celebrou tratados gerais de arbitragem, neste século, com algumas dezenas de nações, inclusive a China, a Grã-Bretanha e Portugal. (José Francisco Rezek: ob. cit., p. 356-357.)

arbitral eletiva, sendo facultativa a adesão a ela, com acatamento de suas decisões. A Corte da Haia pode servir de exemplo nesse sentido. Por outro lado, a criação de uma jurisdição fixa, com área delimitada, estruturada pelos países interessados, parece ser contrária aos princípios de uma comunidade que se diz coesa pela força de interesses e laços de solidariedade, livremente mantidos e conquistados, libertos das amarras de um ordenamento jurídico multinacional.

Em valioso artigo publicado na Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – Revista da Esmape –, o Juiz José Viana Ulisses Filho, tecendo estudos sobre *o arbitramento internacional como instrumento de efetivação da nova lex mercatoria*¹¹⁰, arremata:

“Desse modo, a arbitragem internacional aparece no cenário mundial como o instrumento racional tendente a dirimir esses conflitos de maneira adequada e efetiva, deixando os atores no teatro do comércio internacional mais livres de preocupações pertinentes à qualificação dos julgadores/arbitradores, *experts* com formação especializada na área onde ocorrem os litígios, bem como profissionais totalmente desvinculados de um direito nacional e, por conseqüência, infensos a qualquer simpatia de ordem local ou regional.”

Tudo isso leva à conclusão de que a arbitragem, pelo menos como meio de solução de litígios patrimoniais privado, é a alternativa mais econômica e confiável para compor conflitos entre países e pessoas de nacionalidades diferentes. Afinal, qual dos contendores se submeterá, de livre e espontânea vontade, à jurisdição estatal do seu adversário?

Por fim, uma outra classe de causas sujeitas ao procedimento arbitral é aquela que dispense a aplicação de normas jurídicas, que se satisfaça com decisões por equidade. Aí, incluem-se as causas cujo interesse processual não é a controvérsia sobre a interpretação de normas públicas ou privadas, mas, sim, o *dar a cada um o que é seu*, inspirando-se no sentido valorativo de justiça universal. Não que os juízes também não pudessem assim decidir nos casos em que a lei, expressamente, autorizasse (art. 4.º LICC),

¹¹⁰ José Viana Ulisses Filho: *Lex Mercatoria, Arbitragem e Contratos Econômicos: Novas Perspectivas Internacionais*. Revista da Esmape – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ano 1/ número 2. Recife, novembro de 1996, pp. 320-321.

mas porque o fará aquele que pelas partes for investido, cuja autoridade não emana da força e do poder representados pelo Estado, mas da livre e soberana vontade manifesta dos contendores.

Capítulo 6

Uma Solução para o Problema da Morosidade da Justiça no Brasil: A Harmonização dos Sistemas de Composição de Litígios

6. 1 - DA CONCILIAÇÃO AO JUDICIÁRIO OU À ARBITRAGEM: O SISTEMA TRIANGULAR DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS

A dimensão social do homem não permite o estabelecimento de modelos ou sistemas fechados e padronizados para resolver a incomensurável gama de suas relações e reações comportamentais na sociedade. A formação de estereótipos, em qualquer área do conhecimento humano, depois do fim da hegemonia da Igreja e do socialismo de Estado, bem como da eclosão do fenômeno da globalização, é um processo fadado à extinção. *A diversidade na unidade*, ao contrário, consolida-se como um princípio que a tudo imanta e orienta.

No ordenamento jurídico também é assim: nada pode ser exclusivo, absoluto; tudo é casual, relativo. Ao particular, como concorrente harmonioso do Estado-legislador, é dado o poder de criar normas privadas (atos e negócios jurídicos bilaterais), ou instituir entes personalizados (pessoas jurídicas) *à sua imagem e semelhança*, desde que não contrarie a ordem e as normas públicas (leis, decretos, regulamentos administrativos e até os costumes). O Estado, como não pode regulamentar todas as situações jurídicas possíveis, é forçado a compartilhar o monopólio da produção normativa com os seus integrantes, possibilitando-lhes que, diretamente e sob o manto protetor e limitativo do Direito, estabeleçam normas regedoras de suas relações privadas, motivado que é pela necessidade de ocupar espaços que não interessam à iniciativa privada – ao conjunto das denominadas *forças reais do poder* –, na condição de guardião da paz social e da coisa pública.

Destarte, a prestação jurisdicional não pode fugir a essa regra.

É produtora de defender a tese de que o Estado deva manter o monopólio da composição de litígios? Crê-se que não.

Nesse particular, assegurado ao sistema judiciário o seu espaço próprio de atuação na jurisdição em relação à solução dos conflitos que envolvam interesses sociais – e não do Estado como titular de direitos e obrigações na ordem civil –, reservando-lhe, sobretudo, o controle dos que prescindam da pronta reparação de direitos líquidos e certos, como explicado no Capítulo anterior, nada obsta que o particular também concorra com a prestação jurisdicional e dela participe mais ativamente como coadjuvante do compromisso constitucional com a JUSTIÇA, no sentido tanto de valor supremo como de atividade pela qual se busca uma sociedade mais justa e fraterna. É providência das mais salutares porquanto dissemina, entre um maior número de pessoas, a prática de julgar uns aos outros, educando-as e despertando-as para a importância do respeito às regras da vida em sociedade. Antes de significar um desprestígio para o Poder Judiciário, esse processo de *popularização* da atividade judicante vem outorgar-lhe um papel de destaque no sistema de composição de litígios, na medida em que o preserva da responsabilidade solitária de responder pelos efeitos sociais de suas decisões e lhe reserva o desempenho da prestação jurisdicional em níveis mais elevados.

Para atingir esse objeto, os passos ou as metas passam, certamente, por um desmonte estrutural do Poder Judiciário, mas, com maior realce, por caminhos menos onerosos, mormente por aqueles esquecidos devido ao desuso e onde se prioriza a capacidade natural dos próprios demandantes para solucionar, por si sós, as suas pendências, com ou sem mediação.

Chega de lançar a culpa da *crise do Poder Judiciário* a contingências políticas, sociais e econômicas do momento. É hora de reagir e tentar resolver as deficiências da Justiça adotando soluções que brotam naturalmente do meio social, frutos da sabedoria e da experiência milenares. E isso decorre de uma necessidade social e também lógica: se a convenção entre particulares é a causa geradora de direitos e obrigações na ordem jurídica, por que também não o seria para resolvê-los, extingui-los?

A *conciliação* e a *arbitragem* constituem-se, a um só tempo, os meios e os fins alternativos de que dispõe o particular para cumprimento desse desiderato, pacificamente, com dispensa da força do mais forte e da submissão do mais fraco. Na concepção do Autor deste trabalho, esses dois sistemas de composição de litígios deveriam

juntar-se ao Judiciário, formando um sistema triangular de composição de litígios, segundo a vocação de cada um dos subsistemas que passariam a compô-lo.

6. 2 - A CONCILIAÇÃO PRÉVIA COMO ATIVIDADE EXTRAPROCESSUAL INDISPENSÁVEL À INSTAURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL OU DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

A conciliação, na legislação pátria, tem conseguido avanços expressivos. Basta lembrar a sua importância nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, criados pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e a partir da recente reforma do Código de Processo Civil, em cujo texto está estabelecida a audiência de tentativa de conciliação como *ato antecedente obrigatório*¹¹¹ do saneamento do processo ordinário. No procedimento sumário, então, a ousadia do legislador foi mais longe: fez instituir a faculdade de o juiz, no início da audiência de instrução e julgamento, ser auxiliado por conciliador – figura antes inexistente na estrutura na Justiça Comum. Agora, é a própria lei que autoriza o Poder Judiciário a transplantar a exitosa experiência da conciliação realizada por terceiro para outros setores do Judiciário.

Mas a conciliação, na acepção de *atividade que vise à composição de litígios*, só deterá a expressão merecida se for praticada previamente e em larga escala, não só pelos órgãos judiciários como também por outras entidades, e se a sua tentativa, para o demandante, for condição para a instauração de qualquer processo contencioso, arbitral ou judicial. E isso só ocorrerá quando a sociedade conscientizar-se de que é dever de todos, até mesmo como corolário da *ordem pública* e da *paz social*, buscar *a solução pacífica das controvérsias* (Preâmbulo da Constituição Federal). Todavia, o que faz a ordem jurídica vigente? Além de não propiciar os meios necessários à boa e rápida solução dos litígios, pelas razões já vistas no desenvolvimento deste trabalho, ainda incentiva a *litigiosidade* e o enfrentamento processual, porque, em havendo um litígio, não restará outro caminho ao lesado senão procurar um advogado particular ou um serviço da Assistência Judiciária do Estado e, contenciosamente, ingressar com uma ação judicial. Tudo isso, muitas vezes, depois de adiantados os honorários do advogado, as custas processuais e outras despesas, que elevam os custos do processo e desencorajam a reconciliação.

E como, então, tornar realidade essa pretensão? Resgatando, por via da legislação processual, antigo – mas auspicioso – princípio que vigeu na Constituição do Brasil Império, de acordo com o qual nenhum litígio relativo a direito disponível pudesse ser levado a juízo contencioso, sem que previamente se tivesse tentado a conciliação, ou por ato próprio do juiz ou árbitro, ou por comparecimento voluntário das partes perante mediador ou conciliador autorizado por lei, propiciando que pessoas e entidades civis, na condição de intermediários ou interessados, fossem instadas a promover a sua solução pacífica. Tal condição não excluiria da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito – norma de ordem pública estatuída no art. 5.º, inciso XXXV, da atual Carta Magna. Assim, sem transgredir qualquer norma constitucional ou infraconstitucional, incentivar-se-ia a conciliação prévia – convencional ou institucional –, essa última por meio de juizados de paz ou centros de mediação, conciliação e arbitragem¹¹². Além do mais, sem prejuízo de sua função institucional, esses núcleos funcionariam como escolas de formação e treinamento de mediadores ou conciliadores, disseminando a prática da conciliação e despertando vocações de *juízes naturais*. Para a Justiça Comum e a do Trabalho, a atividade conciliatória prévia funcionaria como verdadeiro *filtro de demanda*, protegendo os sistemas judiciário e arbitral de composição de litígios, nesta ordem, do excesso de ajuizamento de causas; do acúmulo de processos e da morosidade do trâmite processual.

6.3 - A ARBITRAGEM FACULTATIVA E A OBRIGATÓRIA

O Judiciário e a conciliação prévia – essa como atividade extraprocessual indispensável à instauração –, sozinhos, não harmonizariam e nem tornariam funcional o sistema triangular de composição de litígios mencionado, porquanto, ao primeiro, continuariam sendo distribuídas inúmeras causas que, por sua natureza, como já se analisou no Capítulo anterior, deveriam ser solucionadas no juízo arbitral – não que isso fosse uma tendência duradoura, pois a sociedade, com o tempo e em decorrência da melhor oferta dos serviços jurisdicionais por esse último prestados, certamente reverteria a procura –, mas porque a cultura da judicialização dos litígios, no Brasil, ainda está muito arraigada na

¹¹¹ Machado, Antônio Cláudio da Costa, *Reforma do Código de Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 47.

¹¹² A legislação atual facilita esse propósito, permitindo que se promova, extrajudicialmente, a composição amigável de pendências de qualquer natureza ou valor, independentemente de termo nos autos, em documento homologado por sentença ou referendado pelo Ministério Público (disposição instituída pela Lei 7.244, de 7.11.84, e recepcionada, *ipsis litteris*, pelo art. 57 da Lei 9.099, de 26.9.95).

consciência do povo. Assim, para transformar as mentalidades quanto à necessidade da via arbitral, com a rapidez desejada, seria necessário reformular a legislação processual civil e restabelecer a *arbitragem obrigatória*.

Essa sistemática não importaria o afastamento completo do Judiciário das questões concernentes a direitos disponíveis estritamente privadas, e nem da *arbitragem facultativa* – procurada espontaneamente pelos litigantes –, mas implicaria a conjugação das duas alternativas de composição de litígios. Poder-se-ia, por exemplo, instituir um procedimento de controle prévio dessas ações por parte do Judiciário naqueles casos em que houvesse necessidade do deferimento de medidas antecipatórias da tutela jurisdicional ou outras providências acautelatórias, a fim de harmonizar os dois sistemas contenciosos e garantir a execução das decisões arbitrais.

Evidentemente, caberia às partes a escolha da modalidade de arbitragem desejada: se institucional, realizada por tribunais ou entidades arbitrais; *ad hoc*, efetivada por pessoa livremente indicada fora de uma instituição dessa natureza; ou, ainda, se de direito ou de equidade. Nada obstaría, também que elessem o procedimento que melhor conviesse à solução da lide. A obrigatoriedade da arbitragem não a descaracteriza; antes a prestigia.

6. 4 - A PRIVATIZAÇÃO DA JUSTIÇA?

Uma pergunta fica no ar: até que ponto a difusão e a ampliação da competência do Juízo Arbitral implicariam a privatização da Justiça ?

Depois da formação dos blocos econômicos da União Européia, do Nafta e, mais recentemente, do Mercosul, é forçoso reconhecer que o interesse pela arbitragem passou a ser uma constante no nosso meio jurídico. Nunca se discutiu tanto essa alternativa da jurisdição estatal como nos dias de hoje. Palestras, encontros e congressos são agendados semanalmente para se debater o assunto; árbitros estrangeiros são patrocinados para promoverem esses eventos nas escolas e faculdades de Direito. Tudo isso, obviamente, justifica-se no interesse de multinacionais em modificar a arcaica legislação brasileira e, no futuro, criar um ambiente propício à solução dos litígios pela via convencional ou contratual. O interesse é mais do que justificável: qual o estrangeiro que não desejaria uma Justiça especializada, célere, eleita e nacionalmente neutra?

Incontrovertida é a conclusão de que, de mais a mais, e se a arbitragem realmente vingar, num futuro não muito longínquo, reconquistará progressiva o seu espaço perdido. E esse retorno, que pressupõe um crescente prestígio desse instituto entre os jurisdicionados, levará todos a optar por dois caminhos distintos: manter o modelo atual, deixando a arbitragem como opção convencional e subsidiária da jurisdição judiciária a impor-se sozinha; ou restringir a competência do Poder Judiciário àquelas causas em que, pela sua natureza, não puderem ser apreciadas no juízo privado, reservando-se-lhe, não obstante, em qualquer caso, o controle restrito da legalidade.

O primeiro parece ser o mais simples e descomplicado, posto que prescindir de mudanças na legislação processual civil, mas peca pela resistência cultural à idéia da arbitragem no Brasil. Já o segundo, no entanto, desponta como o mais arrojado, sendo, num futuro mais distante, o que melhor se destinaria às mudanças que resolveriam o problema da morosidade da Justiça.

O Vice-Presidente da República, Marco Antônio Maciel, tratando da importância do processo arbitral no contexto da prestação jurisdicional¹¹³, destaca:

“É verdade que a generalização dos Juizados de Pequenas Causas constitui uma inovação constitucional vitoriosa. Mesmo sendo um desafogo para a Justiça, o Juizado de Pequenas Causas permanece, porém, como uma instituição decisória no âmbito do Poder Público. O processo arbitral é algo mais avançado, pois não transfere o litígio de uma instituição estatal para outra de igual natureza. Vai mais além: para a solução dos litígios do âmbito público para o âmbito privado. Subtrai as questões da tutela do aparelho judicial do Estado. É, a meu ver, um passo decisivo na emancipação da sociedade em relação ao Estado, sem ônus para o erário.”

E permanece a pergunta: até que ponto essa segunda opção importaria uma privatização da Justiça?

Seria isso uma realidade, não resta dúvida. Mas seria um *dar a César o que é de César*. Deixar que a iniciativa privada cuidasse dos seus assuntos em matéria de solução de pendências, notadamente aquelas que dissessem respeito a contratos, por exemplo,

¹¹³ Marco Antônio Maciel: Arbitragem é Justiça mais Rápida e Barata. *Revista Machete* de 26 de agosto de 1995, p. 98.

nada mais representaria do que a adequação do processo ao direito substantivo que lhe serve de objeto. Ora, repetindo o que foi dito, se o ordenamento jurídico concede ao particular o poder de integrar esse sistema com normas de sua iniciativa, elaboradas por meio de contratos e outros negócios jurídicos, por que não o autorizaria, de *lege ferenda*, também a processar e julgar os litígios decorrentes dos conflitos criados em decorrência dessas relações ou de outros atos jurídicos estritamente privados?

Transferir parte da competência dos órgãos judiciais para árbitros, preservando, no entanto, o seu poder de exercer o controle da legalidade dos atos provindos desses últimos, dêis que inquinados de ilegalidade formal ou substancial, não constitui propriamente uma privatização da Justiça, na medida em que não há transferência total desses atributos para a iniciativa privada; constituir-se-á, muito mais, uma quebra do monopólio da jurisdição judiciária.

Bibliografia

1 - LIVROS

ALVES, J. C. M. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1965.

APOSTOLOVA, B. S. *Poder Judiciário: do Moderno ao Contemporâneo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

CAHALI, Y. S. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2.^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

CÂMARA, A F. *Arbitragem – Lei 9.307/96*. 2.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

CARMONA, C. A. *A Arbitragem no Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

CARRION, V. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 22.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

CHIOVENDA, G. *Instituições de Direito Processual Civil, Volume II* - tradução de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Edição Saraiva, 1965.

CORRÊA, A; SCIASCIA, G. *Manual de Direito Romano*. 6.^a edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*, 19.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CUENCA, H. *Proceso Civil Romano*. Buenos Ayres: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.

- DALLARI, D. de A. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DINAMARCO, C. R. *A Reforma do Código do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.
- FIUZA, C. *Teoria Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GRINOVER, A. P; MAGALHÃES, A; FERNANDES, A. S; GOMES, L. F. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei 9.099, de 26.09.95*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- JUNQUEIRA, E. B; VIEIRA, J. R; FONSECA, M. G. P. *Juízes: Retrato em Preto e Branco*. Rio de Janeiro: LetraCapital Editora, 1997.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*. 3.^a ed. Tradução de João Baptista Machado; revisão para a edição brasileira Silvana Vieira. São Paulo, 1991.
- KROETZ, T. A. *Arbitragem: Conceito e Pressupostos de Validade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- MACHADO, A. C. da C. *Reforma do Código de Processo Civil Interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MEIRA, R. C. de. *Curso de Direito Romano*. São Paulo: Saraiva, 1983.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de Direito do Trabalho - Formas de Composição dos Conflitos Coletivos*. 13.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1997.
- NINA, A. D. *Dicionário Enciclopédico da Sabedoria, Volume II*. São Paulo: Editora das Américas, 1955.
- _____. *Dicionário Enciclopédico da Sabedoria, Volume III*. São Paulo: Editora das Américas, 1955.

- PIMENTEL, W. M. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume III - Arts. 270 a 331 e 444 a 475. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- PONTES DE MIRANDA, F. C. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo XV: arts. 1.046 a 1.102. Exemplar n.º 16270. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo V: arts. 444-475. Exemplar n.º 9.176. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1974.
- REINALDO FILHO, D. R. *Juizados Especiais Cíveis – Comentários à Lei 9.099, de 26/09/1995*. Recife: Bargaço, 1996.
- REZEK, J. F. *Direito Internancional Público: Curso Elementar*. 4.^a edição. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RODRIGUES, S. *Direito Civil - Parte Geral das Obrigações*. Vol. 2. Saraiva. São Paulo, 1980.
- SANTOS, M. A. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil - Vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 1981.
- _____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. IV - Arts. 332 a 475 - Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Forense, 1976.
- SATTA, S. *Diritto Processuale Civile*. Pádua: CEDAM, 1973.
- SCHIALOJA, V. *Procedimiento Civil Romano. Ejercicio y Defensa de los Derechos*. Traducción de Santiado Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Ediciones Jurídicas Europa-América, Chile 2970. Buenos Ayres, 1954.
- SILVA, J. A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 14.^a edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 12.^a Edição. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1996.

SOUTO, C. *Tempo do Direito Alternativo: Uma fundamentação Substantiva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SÜSSEKIND, A. *Imperatividade das Normas de Proteção ao Trabalho - Instituições de Direito do Trabalho*, Volume 1, 15.^a edição. São Paulo: LTR, 1995.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil*. 18.^a Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996.

WATANABE, K. *Controle Jurisdicional e Mandados de Segurança contra Atos Judiciais*. São Paulo: Editora RT, 1980.

WOLKMER, A. C. *Pluralismo Jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

2 - ARTIGOS

BURGARELLI, A. Juízo Arbitral - Instituto Existente Há 2000 Anos. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. n.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996.

CAMPOS, R. O Pior Corporativismo. *Jornal do Commercio*, n.º 147, ano LXXVII, Recife, 26.05.96.

CARMONA, C. A. A Nova Lei de Arbitragem. *Revista Jurídica Consulex*. Ano I – N.º 9 – Setembro/1997.

CARNEIRO, A. G. A conciliação no Novo Código de Processo Civil - *Revista dos Tribunais*, ano 64 - janeiro, 1975, Volume 471. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Proposição sobre a Conciliação em Audiência, seus Requisitos e as Consequências da Falta de Conciliação*. Revista dos Tribunais, Volume 481, ano 64, novembro/75. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.

CASCAES, W. A Conciliação e o Novo Código de Processo Civil. *Revista Forense*, ano 70, Volume 246. Abril/maio/junho/74. Rio de Janeiro.

CUNHA, L. J. C. da. A Arbitragem e o Princípio do Juiz Natural. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - ESMAPE*. Volume 2 - Número 4 - Abril/Junho de 1997. Edições Bargaço Ltda.

FRIEDE, R. R. Por um Poder Judiciário Eficiente. *Livro de Estudos Jurídicos - n.º 7*. Coordenação de James Tubenclak e Ricardo Silva de Bustamante. Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993.

GARCIA, D. de S. A Crise da Justiça e suas Causas. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. N.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996.

GRINOVER, A. da P. A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo. *Participação e Processo*, coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Deformalização do Processo e Deformalização das Controvérsias. *Revista de Processo*. Abril/Junho/87. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

GROTTERA, L. O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia. Cidadania e Justiça. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB*. Ano 2/n.º 5, 2.º semestre, 1998.

LAGRASTA NETO, C. Cidadania e Magistratura. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. n.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996.

- LAZZARINI, A. Juizados Especiais para Julgamento das Infrações Penais de Menor Potencial Ofensivo. *Revista de Processo* - 58, São Paulo, Ano 78 – Volume 279, 1982.
- LIMA, C. V. de. Perspectivas da Arbitragem no Brasil. *BD – Boletim Doutrinário – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*. Ano 1, n.º 1. Rio de Janeiro, março de 1996.
- LIPPMANN JÚNIOR, E. A. Do Direito do Jurisdicionado à Prestação Jurisdicional Rápida. *Livro de Estudos Jurídicos - n.º 7*. Coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante. Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993.
- MACIEL, M. A. Arbitragem é Justiça mais Rápida e Barata. *Revista Machete* de 26 de agosto de 1995.
- MAGALHÃES, J. C. de. Arbitragem Internacional Privada. *Revista Forense*. Volume 279, Ano 78. Julho/agosto/setembro de 1982. Rio de Janeiro.
- NALINI, J. R. O Juiz e a Cultura - *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano 01. N.º 01. São Paulo, Setembro-Dezembro/1996.
- PARRA, J. B. Fundamentos da Arbitragem no Direito Brasileiro e Estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, julho a setembro de 1990 - Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Brasília.
- RIBEIRO, P. A. da S. Interiorização da Justiça. *Diário de Pernambuco - Vida Urbana: Justiça*, Recife, sexta-feira, 22.01.99, C5.
- RIVAS, A. A. El Arbitraje Según el Derecho Argentino. *Revista de Processo*. Volume 45. São Paulo, 1987.
- SLAIBI FILHO, N. O “Conviva de Pedra” e a Insurgência Alternativa do Direito Achado na Rua. *Livro de Estudos Jurídicos - n.º 7*. Coordenação de James Tubenchlak e Ricardo Silva de Bustamante - Instituto de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, 1993.

ULISSES FILHO, J. V. Lex Mercatoria, Arbitragem e Contratos Econômicos: Novas Perspectivas Internacionais. *Revista da Esmape* – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco. Ano 1/ número 2. Recife, novembro de 1996.

VERDE, G. Arbitrato e giurisdizione. *L'Arbitrato secondo la Legge 28/1983*, coordenado pelo prof. G. Verde. Nápoles, Ed. Jovene, 1985.

3 - LEGISLAÇÃO

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO – LEI N.º 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO – DECRETO-LEI N.º 3.689, DE 03 DE OUTUBRO DE 1941.

CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – LEI N.º 3 071, DE 1.º DE JANEIRO DE 1916.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO – DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1.º DE MAIO DE 1943.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL - 1988.

LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO – DECRETO-LEI 4657, DE 04 DE SETEMBRO DE 1942.

LEI N.º 9.099/95, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995, QUE DISPÕE SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS.

LEI N.º 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996, QUE DISPÕE SOBRE A ARBITRAGEM.

**ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO DO
CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM
DA COMARCA DO RECIFE**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

ANTEPROJETO DE RESOLUÇÃO N.º /96.

EMENTA: Dispõe sobre a criação e o funcionamento do **Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife - CCA.**

O Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, no exercício de suas atribuições legais e regimentais, faz saber que o Órgão Especial,

considerando que a Lei Federal n.º 9.245, de 26 de dezembro de 1995, introduziu, no procedimento sumário, o princípio da audiência prévia de conciliação, prevendo, expressamente, que juiz pudesse ser auxiliado por conciliador;

considerando a viabilidade de repetir-se nas varas cíveis da Capital o sucesso obtido pela conciliação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, desde que se lhes proporcione estrutura semelhante a desses órgãos, munindo-as do apoio de pessoal especializado na atividade conciliatória;

considerando a inexistência, por outro lado, de serviços especializados na promoção de acordos extrajudiciais, arbitragem e perícias na estrutura do Poder Judiciário, a fim de atender ao disposto no art. 57, da Lei Federal n.º 9.099, de 26.09.95, e nos arts. 18, § 2º, 606 a 607, 946 a 981, e 1.072 e segs., do Código de Processo Civil, além de outros dispositivos do Código Comercial;

considerando, finalmente, a experiência exitosa dos chamados Juizados Informais de Conciliação na prevenção de litígios e de acúmulo de processos em muitas Comarcas,

aprovou a seguinte Resolução:

I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º. - Fica criado na Comarca do Recife o **CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM - CCA**, com organização e funcionamento disciplinados na presente Resolução, destinado a promover mediações, conciliações e arbitragens em pendências judiciais e extrajudiciais relativas a direito patrimonial disponível, exceto nas natureza alimentar, falimentar, fiscal, trabalhista e relativas à competência dos Juizados Especiais Cíveis, a acidente de trabalho, a resíduos, ao estado e capacidade das pessoas e, bem assim, àquelas em que houver interesse da Fazenda Pública.

Parágrafo único - Sem prejuízo das atribuições que lhe são próprias, o Centro funcionará como escola de treinamento para conciliadores dos Juizados Especiais Cíveis em funcionamento no Estado de Pernambuco e, tendo em vista o suprimento de pessoal técnico especializado em perícias judiciais, também como central de peritos.

Art. 2º. - O Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife funcionará diariamente das 7:00 às 22:00 horas, em local adequado escolhido pela Presidência do Tribunal de Justiça, preferencialmente no *Fórum Thomaz de Aquino Cyrillo Wanderley* ou nas suas proximidades.

Art. 3º. - A conciliação poderá ser judicial e extrajudicial, abrangendo, para os fins desta Resolução, a mediação e a transação; a arbitragem, por sua vez, compreende o juízo arbitral, decorrente do compromisso, e todas as formas de arbitramentos legais ou convencionais.

II

DAS ATRIBUIÇÕES

Art. 4º. Respeitadas as exceções previstas no art. 1º, *caput*, são atribuições do Centro de Conciliação e Arbitragem:

I - No âmbito da atividade conciliatória:

a) auxiliar os juízes das varas cíveis da Capital, tentando, a pedido e sob orientação indireta destes, no início das audiências de conciliação das ações de procedimento sumário, na forma prevista no art. 277, § 1º, do CPC, conciliar as partes nas causas que versarem sobre direitos disponíveis;

b) mediar e promover acordos extrajudiciais, a pedido de pessoas físicas ou jurídicas, condomínios, espólios e outros entes personalizados sujeitos de direitos e obrigações, em contendas de qualquer natureza e valor sobre as quais a lei admita a transação, inclusive naquelas submetidas à apreciação judicial.

II - No âmbito da atividade arbitral:

a) arbitrar, em decorrência de indicação expressa em compromisso escrito celebrado entre pessoas capazes de contratar, na forma prevista no Capítulo XIV, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil, pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita a transação;

b) proceder ao arbitramento por determinação judicial, nos casos em que a lei autoriza.

III

DOS PROCEDIMENTOS

Capítulo I

DA CONCILIAÇÃO JUDICIAL

Art. 5º. - Nas audiências de conciliação, das causas regidas pelo *procedimento sumário* que tratem de direitos disponíveis, o juiz poderá ser auxiliado por conciliador, desde que solicite previamente ao Centro através de ofício instruído com a pauta das audiências especialmente designadas com essa finalidade.

§ 1.º - O conciliador só atuará no início das audiências em que houver o comparecimento pessoal de ambos os litigantes ou de seus prepostos com poderes para transigir, e pelo tempo razoável à formalização da conciliação, passando a condução dos trabalhos à autoridade judicial assim que concluir a lavratura do termo respectivo ou, de logo, se não obtida a transação.

§ 2.º - Obtida a conciliação, o termo respectivo, assinado pelas partes ou seus procuradores habilitados e homologado pelo juiz, terá valor de título executivo judicial.

Capítulo II

DA CONCILIAÇÃO EXTRAJUDICIAL

Seção I

Do Pedido

Art. 6º. - O pedido de mediação extrajudicial será feito através do preenchimento de formulário próprio assinado pelo interessado na secretaria do Centro de Conciliação e Arbitragem ou, diretamente, na secretaria da vara onde for instituído o Juizado Informal de Conciliação previsto nesta Resolução.

§ 1º. - Do pedido constarão, de forma simples e em linguagem acessível:

I - o nome, a qualificação e o endereço dos contendores;

II - os fatos e fundamentos jurídicos, em forma sucinta;

III - o pedido e, se for o caso, a sua estimativa em dinheiro;

IV - a identificação da ação, se a contenda é objeto de litígio.

§ 2º. - Os requisitos previstos nos incisos II e III serão dispensados se o pedido for reduzido a escrito na secretaria da própria vara onde tramita o processo em relação ao qual se pede a conciliação extrajudicial.

§ 3º. - O pedido, quando formulado no CCA, será instruído com os documentos necessários à prova do alegado.

§ 4º. - Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a secretaria designará a sessão de conciliação, notificando-se os interessados.

Art. 7º. - As notificações aos interessados para fins de promoção de conciliação extrajudicial, far-se-ão por via postal com aviso de recebimento e, sendo relativas a pendência judicial, também através do Diário do Poder Judiciário, podendo ainda, em havendo conveniência, ultimarem-se por meio do próprio autor ou de pessoa idônea por ele apresentada. Nesta última hipótese, a secretaria do Centro entregar-lhe-á o respectivo expediente mediante protocolo.

Parágrafo Único - A notificação veiculada por instrumento conterà cópia do pedido e informará o dia e a hora da sessão respectiva.

Seção II

Das Sessões de conciliação

Art. 8º. - As sessões de conciliação realizar-se-ão no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar do registro do pedido respectivo na secretaria, às quais deverão comparecer os contendores ou seus procuradores habilitados a conciliar ou transigir.

Art. 9º. - Comparecendo espontaneamente ambos os contendores, instaurar-se-á, desde logo, a sessão de conciliação, dispensado o registro prévio do pedido.

Art. 10 - Nas sessões, o conciliador, inicialmente, esclarecerá os interessados sobre as vantagens da composição amigável da contenda, especialmente da possibilidade de trazer a termo outras questões pendentes e não postas em juízo, mostrando-lhes o ônus, os riscos, as formalidades e as conseqüências do litígio.

Parágrafo único - Não obtida a composição, o conciliador exortará os contendores a optarem pela *arbitragem de equidade*, se a natureza da pendência sugerir, ou de *direito*, na forma prevista na Lei.

Art. 11 - Se nas sessões marcadas para os fins deste Capítulo, os contendores optarem pelo juízo arbitral, o conciliador encaminhá-los-á, juntamente com os documentos que dispuser e o compromisso.

Art. 12 - A frustração da tentativa de conciliação, o não comparecimento deliberado de quaisquer dos contendores à sessão, a desistência ou qualquer outro impedimento ao direito de ação previsto em lei, implicará no arquivamento imediato do pedido, com a devolução dos documentos que houver ao requerente.

Seção III

Da conciliação em pendências judiciais

Art. 13 - O Centro, excepcionalmente, e na sua própria sede, promoverá acordos extrajudiciais de litígios judiciais pendentes, independentemente do encaminhamento dos autos respectivos, designando a sessão de conciliação e notificando as partes e seus advogados, na forma prevista no art. 7º, pelas informações processuais obtidas da Corregedoria Geral ou, diretamente, da secretaria da vara a que estiver afeto o litígio.

Art. 14 - O Centro de Conciliação e Arbitragem poderá promover acordos extrajudiciais nos feitos patrimoniais das varas cíveis onde for instituído, pela Presidência do Tribunal de Justiça, o Juizado Informal de Conciliação - JIC, no horário das 7:00 às 12:00 horas, sem prejuízo do regular andamento dos processos e do exercício da atividade judicante.

Seção IV

Das Disposições Gerais

Art. 15 - O acordo extrajudicial será promovido pelo conciliador a quem o pedido for distribuído e será tomado por termo em documento público que, assinado pelo devedor, pelos transatores ou seus procuradores habilitados, valerá como título executivo (art. 585, II, do CPC).

Parágrafo único - Considera-se público o documento assinado pelo conciliador e pelos transatores, ou por aquele e seus procuradores habilitados, pelo menos.

Art. 16 - O acordo extrajudicial lavrado nas dependências do Centro, cuja questão transacionada não seja objeto de ação judicial em andamento, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo, valendo a sentença como título executivo judicial (art. 57 da Lei Federal n.º 9.099, de 26.09.1995); existindo, todavia, ação judicial pendente, a secretaria do Centro encaminhará o instrumento de composição amigável ao juízo que presidir o feito para o mesmo fim (art. 269, III, do CPC).

Art. 17 - Para o implemento dos acordos, os conciliadores poderão se valer do auxílio de peritos e de informações e documentos fornecidos por repartições públicas e privadas, inclusive certidões, traslados ou reproduções de livros e autos das secretarias e cartórios judiciais e extrajudiciais.

Capítulo III

DA ARBITRAGEM

Seção I

Do Juízo Arbitral

Art. 18 - A instituição do Juízo Arbitral terá início no Centro com o recebimento, pela secretaria respectiva, do pedido, ou dos autos de processo judicial, instruído com o compromisso lavrado nos termos do art. 1.074 do Código de Processo Civil, e que nomeie, como árbitro(s), dentre os indicados na forma do art. 21, devendo processar-se na conformidade da legislação pertinente.

Parágrafo único - Havendo processo judicial pendente, no caso de pedido registrado diretamente no Centro, o presidente ou o árbitro nomeado, comunicará ao juiz do feito a instituição do juízo arbitral, enviando-lhe a cópia do compromisso para os fins previstos no art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil, e requerer-lhe-á, no mesmo expediente, a entrega dos autos mediante recibo e independentemente de traslado (art. 1.089, CPC).

Seção II

Do Arbitramento

Art. 19 - A liquidação por arbitramento, bem como as operações de divisão e do traçado da linha demarcanda, nas ações de divisão e demarcação de terras particulares, em processos cíveis da Comarca da Capital, serão realizadas por peritos do Centro, de acordo com a legislação processual (arts. 18, § 2º, 606 a 607 e 946 a 981, do CPC), sendo os mesmos escolhidos pelos juízes atendendo as prescrições previstas no art. 24.

IV

DOS CONCILIADORES, DOS ÁRBITROS E DOS PERITOS

Art. 20 - Os conciliadores, auxiliares da justiça, conforme mandamento do art. 7º da Lei n.º 9.099, de 26.09.1995, exercerão as funções que lhes são próprias também no Centro de Conciliação e Arbitragem criado pela presente Resolução, promovendo conciliações, transações e compromissos, e auxiliando, quando designados, os juízes das varas cíveis da Capital para o pleno cumprimento do disposto no art. 277, § 1.º, do Código de Processo Civil.

Art. 21 - Os árbitros, juízes de fato e de direito cujas decisões não ficam sujeitas a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes, serão nomeados dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, após indicação da Presidência e aprovação do Órgão Especial do Tribunal de Justiça.

§ 1º - Aplicam-se aos árbitros, no que couber, as normas do Código de Processo Civil relativas a impedimentos, suspeições, deveres e responsabilidades dos juízes (arts. 1.079 e 1.083, do CPC).

§ 2º - O árbitro tem direito a receber os honorários que ajustou pelo desempenho da função. À falta de acordo ou de disposição especial no compromisso, o árbitro, depois de apresentado o laudo, requererá ao juiz competente para a homologação que lhe fixe o valor dos honorários por sentença, valendo esta como título executivo (art. 1.084, do CPC).

Art. 22 - Os peritos, nomeados pela Presidência do Tribunal dentre profissionais liberais que estejam regularmente inscritos na corporação profissional respectiva e que gozem de idoneidade moral e notório conhecimento técnico, serão remunerados por honorários fixados pelo juiz ou livremente convencionados pelas partes, quando fizerem uso de seus pareceres, trabalhos técnicos e decisões em perícias extrajudiciais ou judiciais e em arbitramentos.

Art. 23 - Sem prejuízo das extrajudiciais, as perícias judiciais na Comarca da Capital serão elaboradas por peritos nomeados pelos juízes dentre os que tenham exercício no Centro, considerando as aptidões inerentes à sua profissão, segundo dados qualificativos constantes de catálogo expedido pela administração do Centro periodicamente.

Parágrafo Único - Quando, porém, o exame tiver por objeto a autenticidade ou a falsidade de documento, ou for de natureza médico-legal, o perito será escolhido dentre os técnicos lotados em estabelecimentos oficiais especializados.

V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 24 - Onde não for instituído o Juizado Informal de Conciliação pela Presidência do Tribunal de Justiça, os Juízes, inclusive os das comarcas do interior, poderão instituí-lo, conduzindo pessoalmente as audiências marcadas para esse fim fora do expediente forense normal (art. 14).

Parágrafo único. O Centro de Conciliação e Arbitragem dará a orientação e o apoio técnico que estiverem ao seu alcance e o Tribunal de Justiça ou a Corregedoria Geral assegurarão o apoio material indispensável.

Art. 25 - Servirão no Centro de Conciliação e Arbitragem da Comarca do Recife, os conciliadores e secretários em excesso deslocados dos juizados de pequenas causas em funcionamento no Estado, bem como aqueles cujos cargos forem criados por lei para esse fim.

Parágrafo Único - Quando insuficientes esses servidores, o Presidente do Tribunal poderá suprimir um dos turnos dos juizados, de acordo com a necessidade e a ordem do que apresentar menor movimento no último expediente, os quais passarão a funcionar das 7 às 13:00 e das 13 às 19:00 horas, ininterruptamente.

Art. 26 - A Presidência do Tribunal de Justiça e a Corregedoria Geral da Justiça providenciarão, no prazo de noventa (90) dias após a publicação desta Resolução, todas as medidas administrativas necessárias visando à implantação do Centro de Conciliação e Arbitragem na Comarca da Capital.

Parágrafo único - No mesmo período, desencadear-se-á ampla campanha publicitária de divulgação das atividades do Centro, destacando-se, principalmente, a especialização do serviço de promoção de conciliações extrajudiciais e arbitragens.

Art. 27 - Os procedimentos instituídos pela presente Resolução, no âmbito das atribuições do Centro, serão isentos do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Art. 28 - Os árbitros e peritos nomeados para prestarem serviço público relevante aos que se dirigirem ao Centro, não manterão qualquer vínculo de natureza

trabalhista ou estatutária com a Administração do Poder Judiciário do Estado de Pernambuco, sendo agentes honoríficos a serviço da Justiça Estadual.

Parágrafo único - Ficam, porém, quando no exercício de suas funções, ou em razão delas, equiparados aos funcionários públicos para os efeitos da legislação penal.

Art. 29 - A administração do Centro e sua rotina burocrática serão estabelecidas e regulamentadas por portaria da Presidência do Tribunal de Justiça.

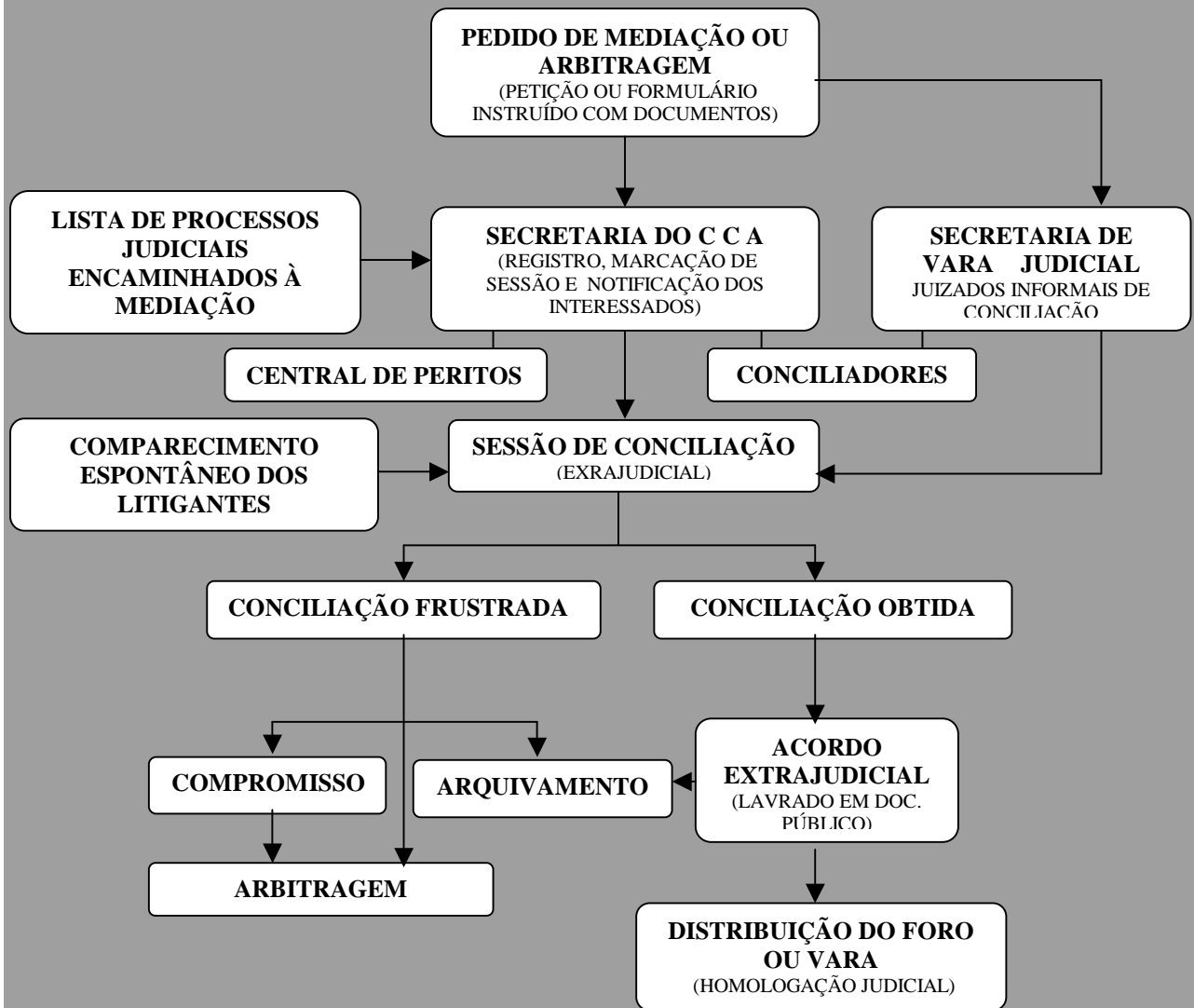
Art. 30 - Esta Resolução entrará em vigor noventa (90) dias após a sua publicação, revogando-se as disposições em contrário.

Recife, de de 1996.

PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**FLUXOGRAMA DE FUNCIONAMENTO DO
CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM
DA COMARCA DO RECIFE**

FLUXOGRAMA DE FUNCIONAMENTO DO CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA COMARCA DO RECIFE



LEI DA ARBITRAGEM

(LEI FEDERAL N.º 9.307 DE 23 DE SETEMBRO DE 1996)

LEI N.º 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

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 à ordem pública.

§ 2º. Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

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 à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

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

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 à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

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

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

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

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

§ 3º. Não concordando as partes sobre 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 de 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 - 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 o 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-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 argüir 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 a parte integrante da convenção da arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º. Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º. Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

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

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

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

§ 3º. As partes 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 à 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. Sobrevido no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

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 argüida 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 assegure 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; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

(Publicada no Diário Oficial da União de 24 de setembro de 1996)