

**ARBITRAGEM: EVOLUÇÃO HISTÓRICA  
E ALGUMAS QUESTÕES FUNDAMENTAIS**

*ARBITRATION: HISTORICAL DEVELOPMENT AND SOME KEY ISSUES*

*Antonio Carlos de Sousa Soromenho-Pires\**

**Resumo:** Apesar de os conflitos de interesse fomentarem a competitividade criadora na sociedade, estes se mostram como elementos perturbadores da paz social, motivo pelo qual clamam por solução. Contudo, nem todos os feitos da vida cotidiana considerados fontes de controvérsias devem necessariamente requerer o auxílio dos órgãos estabelecidos pelo Estado, posto que a faculdade de organizar inúmeros aspectos da vida privada cabe as pessoas e, dentro desse âmbito de disponibilidade de seus direitos, também têm elas meios de transferir a outro particular o poder de decidir sobre suas questões litigiosas, obtendo deste uma decisão que satisfaça o seu requerimento: a arbitragem.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Mediação. Conciliação. Meios Alternativos. Solução de Conflitos.

**Abstract:** Although conflicts of interest to foster competitiveness in the creative society, they show themselves as mavericks of social peace, a reason why they cry for a solution. However, not all the facts of everyday life considered as sources of disputes must necessarily require the aid of the bodies established by the State, since the right to organize many aspects of private life and it is the people within that scope of availability of their rights, too they have the means to transfer power to another individual to decide on their contentious issues, obtaining of a decision that meets your application: arbitration.

**Key words:** Arbitration. Mediation. Conciliation. Alternative Dispute Resolution.

---

\* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Professor Substituto da Faculdade de Direito da UFRJ (2004-2005). Advogado. E-mail: soromenho@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

Litígios sempre existiram em todas as épocas da história da Humanidade. Sendo assim, com o surgimento das civilizações, o homem buscou encontrar meios para solucionar os conflitos que se lhe apresentavam, pois logo reconheceu que sua vida social só seria pacífica se tais litígios fossem resolvidos de forma racionalizada e não violenta, por isso, objetivou, desde o início, afastar o uso da força e o predomínio do forte sobre o fraco. Contudo, claro é que a autotutela, originária da pré-história, não foi de todo apagada, pois que sobrevive mesmo nos mais sofisticados sistemas jurídicos, como se observa, por exemplo, no direito penal, o instituto da legítima defesa<sup>1</sup>; no direito civil, o direito de retenção<sup>2</sup>; e na legislação trabalhista, o direito de greve<sup>3</sup>.

As civilizações cresceram, porém, e, com seu crescer, tornaram-se outras, maiores, por certo, também mais complexas, com costumes diversos e hábitos ainda mais diferentes daqueles que eram os dos povos das cidades passadas, aquelas que lhe serviram de berço. Também atrelados a este crescimento, os conflitos de interesse diversificaram-se e tornaram-se mais corriqueiros e complexos, deixando as formas de composição até então existentes obsoletas, instaurando-se, assim, uma natural necessidade do surgimento de novos métodos para solucioná-los. Entretanto, se outrora tal necessidade fez-se presente, e faz-se até agora, pois é-nos constante o transformar social, oras há que o cambiar exige-se mais significativo, mais expressivo. Assim é em nossa época, final do século XX e início do século XXI, pois paralelamente ao questionamento da eficiência do Judiciário, cresce a busca de novos meios alternativos de solução de conflitos, visando escapar do custo e da morosidade da justiça estatal, mas, também, e principalmente, buscando alcançar soluções mais justas e adequadas aos interesses dos litigantes. Logo, a principal preocupação reside na necessidade do litígio ser solucionado da forma mais satisfatória possível para ambas as partes, oferecendo meios tão eficazes quanto rápidos ao cidadão, para que este resolva seus impasses com os demais membros da comunidade em que vive, seja na família, na vizinhança, ou em um grupamento ainda maior.

Assim é que em todos os tempos, e principalmente nos dias atuais, todos se encontram voltados para a busca de um caminho que permita ao cidadão exercer o seu direito, o direito de exigir do Estado, desde que chamou para si a composição dos conflitos de interesses<sup>4</sup>, a solução da lide em tempo hábil, sem delongas, pois a justiça demorada não é justiça, já que é ineficaz para todos aqueles que pretendem resolver seus litígios. Observa-se, porém, que os meios oferecidos atualmente pelo Estado para compor os conflitos que surgem entre os cidadãos não se têm mostrado eficazes, seja pelas custas que o cidadão deverá

despender, seja pelo advogado que deverá contratar, seja pela demora na obtenção da prestação jurisdicional oferecida que, como já dissemos, na maioria das vezes, por ser tardia, não soluciona o conflito. Contudo, durante alguns anos, a solução estatal pareceu de razoável efetividade, já que os litigantes poderiam, ao chegar às barras dos Tribunais, encontrar decisões rápidas para os seus litígios. No entanto, não é mais o que ocorre, pois a população aumentou, o mundo globalizou-se e o Estado, através de um dos seus Poderes, não acompanhou este crescimento, trazendo grandes transtornos para aqueles que necessitam ter acesso à justiça. Sendo assim, verifica-se que, dia a dia, o Estado torna-se menos eficaz na solução dos conflitos de interesses surgidos entre os homens, por isso, outras soluções necessitam surgir para que a paz reine entre os cidadãos e o Estado mantenha intacta a sua soberania.

Ao analisar o problema do acesso à justiça, Mauro Cappelletti<sup>5</sup> traz a lume três questões que considera vitais para a sua solução, e que denominou três ondas. A primeira diz respeito à possibilidade de igualdade no acesso à justiça a todos que dela necessitam, pobres e ricos. Este princípio, que deveria ser indiscutível, sem nenhuma espécie de problema para o cidadão, na realidade não prevalece, porque o que se vê, diariamente, é o oposto: o mais aquinhoado desfruta todas as possibilidades para compor seus conflitos de interesses através da justiça estatal, enquanto o menos favorecido economicamente não pode nem mesmo atravessar as portas dos tribunais, seja por temor à imponentia dos prédios e de suas instalações, seja por falta de recursos para fazer frente às despesas com as custas. Além desses dois fatores, um terceiro ainda é-lhe desfavorável: o advogado que o defenderá que, possivelmente, não terá a mesma cultura jurídica do da outra parte, que pode arcar com honorários mais altos, e, por consequência, contratar um melhor advogado - *mais preparado*; a segunda observação de CAPPELLETTI diz respeito à possibilidade da existência de mais ações coletivas, importando, assim, em uma diminuição no número de processos de pessoas legitimadas à propositura de ações idênticas<sup>6</sup>; e a terceira colocação feita, como meio de solucionar ou amenizar o problema do acesso à justiça, está intimamente ligada à estrutura do Judiciário pois, no seu entender, uma justiça mais bem aparelhada, estruturada e com um número de juízes satisfatório para atender à população, possivelmente terá mais facilidade em desempenhar com eficiência a sua função.

Verdade é que esta preocupação tem perseguido os estudiosos do Direito no sentido de encontrar um caminho para diminuir a longa trajetória, que deve ser pautada por aquele que pretende obter justiça, na solução de um conflito de interesses. Norberto Bobbio<sup>7</sup>, ao analisar o tema, concluiu, porém, que mais importante do que encontrar um conceito de justiça, ou desvendar o que seja justiça, é encontrar uma solução para o acesso à justiça, para

todos aqueles que dela necessitam e, no fundo, a questão não é saber quais os direitos que o homem possui, ou quantos são, qual o seu fundamento, ou a sua natureza, mas sim, procurar encontrar formas que, transmitindo segurança, possam garanti-los, pois o homem, em qualquer época, necessita de proteção.

Portanto, faz-se necessária a criação de órgãos ou entidades para atender satisfatoriamente ao cidadão menos aquinhado, bem como mecanismos que possam, ao lado da justiça estatal, solucionar litígios. Logo, diante dessas dificuldades que hoje a maioria dos órgãos judiciários enfrentam, vem surgindo em muitas partes do mundo a criação de organismos que, ou fazem as vezes da justiça estatal ou, ao lado dela, solucionam conflitos, com maior rapidez e custas bem mais acessíveis do que aquelas cobradas pelo Poder Judiciário. Sendo assim, têm sido largamente utilizados em inúmeros países sistemas que ou são paralelos à justiça estatal, ou que dentro dela funcionam. Sabemos bem que estes sistemas são formas estabelecidas pela lei, que podem substituir a atuação do juiz estatal pela de um particular, seja pessoa física, seja pessoa jurídica.

Como primeiro exemplo destes sistemas substitutivos temos a arbitragem - *onde através da escolha de um ou mais particulares, pessoas leigas [ou não] que atuam como se juízes fossem, encontraremos a solução dos litígios por meio de um laudo com força de sentença*. Outro bom exemplo é a conciliação, figura mais conhecida e bem mais utilizada no Brasil - *pois a própria lei brasileira obriga o juiz a tentar a conciliação antes de iniciar uma audiência*, também vem sendo usada em outros continentes de forma particular ou estatal para se alcançar a solução de litígios. Por último, ao menos por agora, lembramo-nos da mediação que, em alguns países, é mesmo confundida com a conciliação, e que tem por pressuposto a participação de um terceiro indiferente ao conflito que procura, através de suas qualidades e habilidades pessoal, contornar as dificuldades das partes para pôr fim ao conflito que pretendem solucionar.

Os meios ora apresentados de maneira rápida, denominados meios alternativos para solução de conflitos de interesses, têm tido bastante aceitação no direito interno de quase todos os países americanos e europeus e vêm sendo utilizados com muito sucesso. Salvador Del Rey Guanter examinando as soluções extrajudiciais dos conflitos na Espanha e na América Latina, pronunciou-se no sentido de que começa a predominar uma visão mais planetária, tanto que os meios extrajudiciais são concebidos como instrumentos que podem ser utilizados indistintamente, antes ou depois, segundo as características do conflito. Precisamente esta necessidade de adequação às circunstâncias da controvérsia leva a buscar variantes entre os meios extrajudiciais tradicionais.<sup>8</sup>

## 2 SÍNTESE HISTÓRICA

A história do Direito ou, em particular, a história do ser humano, desde os primórdios das civilizações até o surgimento do Direito Processual, mostra que os vários componentes da ordem social, política, econômica e cultural nortearam não só a conduta humana como estabeleceram os motivos causadores das diversas transformações que sofreu a legislação em diferentes períodos. Na era chamada primitiva, por exemplo, para solução de conflitos entre grupos ou entre seus integrantes, valiam-se os conflitantes da autotutela, solução vinculada diretamente à força coletiva, quando grupos, e na individual, quando entre seus integrantes, onde aquele que se considerava o detentor do direito, apoderava-se do bem disputado, subjugando, por conseguinte, a vontade do mais fraco. Sendo assim, tais alternativas, por serem parciais, solucionavam a contenda temporariamente, pois que a disputa poderia retornar a qualquer momento, provocando, por isso, a geração de novos conflitos. Contudo, logo percebeu o homem que tal meio de solução estava fadado a ceder lugar a um meio mais imparcial e, assim, o mesmo elemento força, que à autotutela justificava-lhe existir, foi a razão do seu declínio. Portanto, objetivando evitar o desequilíbrio das relações sociais, houve a necessidade de ver superada a justiça da força, o que com o tempo acabou ocorrendo, pois a solução dos litígios passou a ser entregue a um ou mais indivíduos, árbitros, escolhidos pelas partes.

Podemos afirmar que a forma mais primitiva de arbitragem perde-se *nas dobras do tempo*<sup>9</sup>, porém, cômodo é arriscar que sua origem seja consuetudinária, sendo, por isso, quase tão antiga quanto a humanidade, pois que há notícia deste instituto no tratado entre Eanatum<sup>10</sup> e os homens de Umma<sup>11</sup>, na Mesopotâmia, em 3010 a.C.<sup>12</sup>. Na área do direito privado, todavia, é na época romana que encontraremos as raízes mais proíficas deste instituto, pois não só na prática como na legislação, em especial no Digesto, encontrou a arbitragem posição de grande destaque. Neste momento, a arbitragem era conhecida tanto em sua forma facultativa, como também na sua forma obrigatória, ou seja, determinada pelo Estado. Relembre-se, porém, que o árbitro escolhido pelas partes mediante compromisso é bem distinto do designado pelo pretor no sistema do *ordo iudiciorum privatorum*, embora seja certo que àquele tempo a Justiça era, em ambos os casos, privada<sup>13</sup>.

Vale lembrar que com relação à Igreja Medieval, a prática da arbitragem representava a força espiritual de toda uma época e era mais compatível com a organização eclesiástica do que outros sistemas. John Gilissen chega mesmo a afirmar que o poder jurisdicional da Igreja na Idade Média teve duas origens: a arbitral e a disciplinar, que durou até o século XVI.<sup>14</sup>

Em Portugal, podemos afirmar com segurança que foi a partir do aparecimento dos estatutos municipais e da legislação régia do século XIII que o instituto da arbitragem ganhou sua roupagem própria frente ao direito português, pois que até o momento, período do direito consuetudinário, parece que, embora existente, à medida que conhecida por sistemas jurídicos historicamente anteriores, sua utilização não se fazia interessante para o direito local, possivelmente devido a crença de que sua aceitação colocaria em causa a busca pelas formas de aplicação da justiça previstas no foral. Contudo, certo é que a referida legislação, isto é, tanto a municipal como a régia, muito saciou-se na cristalina fonte romanista, deixando que a arbitragem portuguesa fosse delineando-se aos poucos, até atingir certa maturidade, permitindo que, ao longo do tempo, sofresse alterações pontuais através de leis avulsas, estas, as alterações, consignadas primeiro no Livro das Leis e Posturas e, depois, em todas as Ordenações do Reino.<sup>15</sup>

Em 1822, embora semelhante ao seu modelo filipino, ganha, o instituto da arbitragem, através da Constituição portuguesa<sup>16</sup>, estado constitucional, qualidade que lhe será mantida quando da Carta de 1826, alterada, unicamente, no que diz respeito ao recurso da decisão proferida pelo procedimento arbitral, pois a partir desta data passou a existir a possibilidade de renúncia do mesmo. Todavia, com a entrada em vigor do primeiro Código de Processo Civil português, em 1876, o procedimento arbitral passou a ser tratado em sede própria<sup>17</sup> e, talvez por isso, por ter recebido destaque, algumas alterações foram-lhe feitas, pois, agora, dentre outras, passa a existir a obrigação de constar, no compromisso, o prazo em que a decisão arbitral deve ser proferida, obrigação desconhecida até então; outra mudança foi que ninguém poderia ser obrigado a aceitar a nomeação de árbitro contra vontade, constando ainda que uma vez feito o compromisso, não poderiam mais as partes recusar os já nomeados; deixou ainda de ser obrigatória a homologação da decisão arbitral pelo juiz da comarca, transformando em lei apenas a praxe dos tribunais de nunca recusar a homologação<sup>18</sup>; por último, vale lembrar que manteve-se ainda o direito de renúncia ao recurso, já existente desde o texto constitucional de 1826.

Paralelamente, no Brasil, a primeira norma arbitral está consagrada na primeira Constituição brasileira, a chamada Imperial, de 1824, que dispunha que nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas as partes poderiam nomear *juizes árbítrós* e que suas sentenças eram executáveis sem recurso, se assim tivessem convencido as partes<sup>19</sup>. Seguindo a ordem cronológica, ainda no Império, encontraremos a Resolução de 26 de julho de 1831, admitindo o juízo arbitral para causas de seguro, e a Lei n. 108 de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços. Em 1850, o Código Comercial brasileiro, na linha do Código Comercial francês, de 1807, em confronto com a Constituição Imperial, instituiu no seu artigo 20 o juízo arbitral necessário - *forçado ou obrigatório* - para determinadas causas,

dentre elas as surgidas entre sócios de sociedades comerciais, durante a sua existência ou por ocasião da sua liquidação ou partilha<sup>20</sup>. Também em 1850, o Regulamento n. 737, de 25 de novembro, tratou da arbitragem sob o prisma processual, distinguindo a facultativa da obrigatória, reservando esta para as causas comerciais e aquela para as demais<sup>21</sup>. Como o sistema arbitral brasileiro, embora facultativo na Carta Constitucional de 1824, revestia-se, na prática, de caráter coativo - *ou forçado*, a sua obrigatoriedade foi revogada pela Lei n. 1.350 de 14 de setembro de 1866, seguindo, mais uma vez, o exemplo francês<sup>22</sup>. Sendo assim, mantida apenas a arbitragem facultativa no Brasil, o Decreto n. 3.900 de 26 de junho de 1867 - que regulamentou a Lei n. 1.350/1866 - inseriu a permissão de julgamento equitativo ao árbitro, mediante autorização das partes. Critério que se expandiu para a legislação posterior<sup>23</sup>.

Já na República, a Constituição de 1891 optou por não reproduzir preceito análogo ao do citado artigo 160 da Constituição do Império, mas nem por isso o direito pátrio abrogou a arbitragem, cuja prática foi mantida e autorizada pelas leis, sendo consolidada pelo Decreto n.º. 3.084 de 5 de novembro de 1898<sup>24</sup>. Ao tempo do pluralismo processual, alguns Estados-Membros e o Distrito Federal adotaram o juízo arbitral voluntário, facultando às partes dirimir por esse meio suas controvérsias. Retornando ao sistema da unidade processual, com a Constituição Federal de 1934, mantida pela Carta de 1937, foi promulgado o Código de Processo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n. 1.608 de 18 de setembro de 1939, que disciplinou pormenorizadamente o juízo arbitral no Livro IX, Título único, artigos 1.031 a 1.046, embora a Constituição, então em vigor, nenhuma alusão fizesse ao instituto.

As Constituições seguintes - 1946, 1967, 1969 - silenciaram igualmente sobre a arbitragem, contudo, não impediu que o Código de Processo Civil nacional, instituído pela Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, consagrasse o juízo arbitral, que veio disciplinado no Livro IV - *Dos procedimentos especiais*, Título I - *Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa*, Capítulo XIV - *Do juízo arbitral*.

A atual Constituição brasileira - 1988 - consagra, diferentemente das anteriores, a arbitragem de forma expressa - artigo 114, §§ 1º. e 2º., tendo a Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, atual Lei arbitral brasileira, disciplinado ao nível infraconstitucional a arbitragem.

### **3 DISTINÇÃO DA ARBITRAGEM E OUTROS INSTITUTOS SIMILARES**

Tal como ocorre com outros institutos jurídicos, há, na arbitragem, por um lado, características que lhes são próprias, e, por outro, outras que lhe assemelha a outros temas de estudo. Isto, via de regra, ocorre por terem em comum sua origem, ou, ainda, serem algumas figuras fruto da evolução de outras. Portanto, tentando estabelecer a diferença da arbitragem

com outros institutos, afins ou quase-afins, com os quais é amiúde confundida, é que passaremos a um estudo de comparação entre aquela e estes. Assim é que com os avanços da arbitragem na época moderna têm estendido sua aplicação para prevenir e solucionar controvérsias que podem ameaçar a paz social, alargando de forma considerável o raio de ação da justiça arbitral e outorgando aos tribunais encarregados de exercê-la, faculdades que lhes permitem apoiar suas soluções não apenas com base no direito objetivo, mas também na idéia de equidade. Deste modo, aparece-nos a figura da amigável composição, institucionalizada pela primeira vez tanto no Código Napoleônico como no Código Processual Civil francês de 1806, onde estabelecia-se que seu principal objetivo era o de restaurar a harmonia entre as partes, podendo assim criar um novo tipo de relação legal ou contratual entre elas. Tradicionalmente, a amigável composição encarregava-se de promover soluções baseadas na equidade como uma opção frente à aplicação exegética das leis formais. Contudo, atualmente, apesar de conservadas suas características básicas, algumas variações mostram-se presentes quanto a sua aplicação. Registre-se, todavia, que o instituto da amigável composição permanece um mecanismo sem formalidades legais, seja para a escolha dos amigáveis compositores, seja para o desenvolver dos trabalhos a eles encomendado e quando alcançada a solução da controvérsia, esta tem a faculdade de revestir-se de força vinculante para as partes, gerando uma obrigação, não se igualando, porém, aos efeitos próprios das sentenças judiciais. Assim, dentro das diferenças que se apresentam entre esta figura e a da arbitragem, é importante mencionar que a amigável composição é um procedimento eminentemente contratual, enquanto a arbitragem é um procedimento jurisdicional, já que tem fundamento em um acordo de vontades, em que se habilitam particulares para exercer a função estatal de dirimir um conflito de interesses, gerando um afastamento da jurisdição estatal.

Em alguns países latino-americanos, por exemplo, a amigável composição constitui, por si só, um método de resolução de conflitos com possibilidade de ser utilizado de maneira independente de qualquer outro, por meio do qual as partes outorgam a um amigável compositor a faculdade de decidir, com força vinculante para elas, o estado e a forma de cumprimento da relação jurídica substancial em matérias suscetíveis de transação. A utilização desta figura ao nível internacional tem estado estreitamente associada com a arbitragem comercial, onde muitas vezes pactua-se que o árbitro pode assumir a condição de amigável compositor e proceder *ex aequo et bono*, ou seja, de acordo com o que é justo e equitativo, sem necessariamente aprofundar-se na lei material ou no costume mercantil. Portanto, a amigável composição é um mecanismo de resolução de conflitos eminentemente contratual, por meio do qual um terceiro neutro, particulares facilitadores do diálogo que exercem a função estatal de dirimir o conflito de interesse, denominado amigável compositor,

busca a decisão sobre um conflito em virtude de um mandato que lhe foi outorgado pelas pessoas envolvidas em um confronto, afastando a jurisdição estatal do caso concreto. Assim, esta figura aparece-nos como um mecanismo de autocomposição e desenvolve-se respeitando a forma definida pelas partes em um acordo ou convenção, que goza dos mesmos efeitos de uma transação onde tenha sido facilitada por terceiros com faculdades para ligar-se contratualmente as partes.

Logo, a atividade dos amigáveis compositores surge do acordo de vontades das partes em um contrato em que se obrigam reciprocamente, podendo determinar mecanismos de autocomposição para as controvérsias que aparecem relacionadas com o contrato, podendo mesmo decidir, as partes, resolverem diretamente as controvérsias ou encomendar a uma ou mais pessoas que lhes apresentem fórmulas de resolução ou que as adotem, sempre em nome e em representação das partes contratantes, lembrando que a força de sua decisão provem exclusivamente do contrato.

Outra figura de interesse é a conciliação, que tal como a arbitragem, é uma forma de resolução de conflitos de interesses que também utiliza terceiros imparciais, todavia, a arbitragem não se identifica com a conciliação, tendo ambas, traços bem característicos, pois que na conciliação, a eficácia da decisão depende do consenso das partes e, na arbitragem, esse consenso é-lhe anterior, pois a sentença prescinde dele. Assim, é que para Osani de Lavor<sup>25</sup> a conciliação é a forma voluntária mais praticada, pois que se trata de uma maneira pacífica de dirimir-se os conflitos, sejam eles individuais ou coletivos. A conciliação, em muitas ocasiões, é utilizada como sinônimo de mediação, não sendo raras as hipóteses em que uma palavra é usada em lugar da outra e vice-versa. Porém, com frequência, o que se verifica é um processo que apresenta menor formalidade que o outro, pois o conciliador, diferentemente do mediador, tem um papel menos ativo, já que na realidade a sua função é de um interlocutor que dialoga com as partes, procurando desta forma tentar ajustar os partícipes do procedimento conciliatório a fim de que encontrem uma solução para o litígio. Para Funes de Rioja<sup>26</sup>, algumas características no procedimento conciliatório podem ser observadas: o conciliador deve estimular as partes a dialogar, até a exaustão, e a negociarem. Para tanto, o instrumento por ele utilizado são as suas próprias possibilidades de argumentação e de persuasão, pois a sua função precípua é convencer as partes envolvidas no litígio de uma solução, sem que um terceiro, no caso, o conciliador, tenha que apresentar uma forma para solucionar a questão, o que em tal procedimento não pode ocorrer, sob pena de desvirtuar o instituto; a função desempenhada pelo conciliador, dependendo do país e do sistema em que esteja vivendo, pode ser pública ou privada; no que tange à sua atuação, pode ser unipessoal ou plural; e, por último, o tipo de conflito de interesses surgido é que poderá informar de que maneira o procedimento conciliatório irá desenvolver-se.

Quanto às qualidades do conciliador, elas podem ser de ordem pessoal e de ordem profissional. Na primeira hipótese - *ordem pessoal* - faz-se necessário que o conciliador possua independência e imparcialidade para atuar junto aos litigantes e, além disso, deve agir com dedicação na função para a qual foi designado e ter ascendência sobre as partes, sob pena de a sua atuação não ser proveitosa. Não poderá, diante disso, deixar-se conduzir pelos partícipes, pelo contrário, a sua atuação é de condução do procedimento. Sobre a segunda hipótese, ou seja, ordem profissional, é de todo necessário que o conciliador indicado tenha conhecimento do sistema no qual esteja atuando e um adequado grau de compreensão da atividade de que se trata. Todavia, além destes atributos elencados, deverá ainda o conciliador possuir capacidade e experiência para valorar a informação que lhe é transmitida pelas partes. Deste modo, na realidade, a vantagem do procedimento conciliatório ser conduzido por alguém que possua as qualidades antes descritas, está na possibilidade de poder tornar viável a negociação entre as partes que se sentirão capazes de encontrar uma solução para o seu conflito de interesses. Assim temos que na conciliação, o conciliador age no sentido de conduzir as partes a um consenso, sem afastar a sua vontade, sendo delas próprias a vontade que conduz ao acordo que põe fim ao conflito; por outro lado, na arbitragem, o árbitro age no sentido de substituir, pela sua, a inteligência e a vontade das partes, sendo que é a sentença que põe fim ao conflito, agindo o consenso apenas como móvel determinante da arbitragem.

Por último, tratemos do instituto da mediação que, em poucas palavras, é o ato de intervenção de um mediador em um negócio ou contrato que se realiza entre outras pessoas, tendo-se como mediador o terceiro imparcial e estranho à disputa que com sua capacidade de comunicação, utilizando métodos e formas de negociação, busca um denominador comum entre as partes, construindo com estas, progressivamente, um acordo que satisfaça a ambos com o fim de liquidar a disputa desencadeada. Há que se ressaltar, ainda, que o mediador facilita a composição do conflito, não intervindo no mérito ou no enquadramento legal, mesmo porque a autoria das decisões negociadas cabe às partes envolvidas. Assim, é o mediador um terceiro desinteressado e neutro que busca, através do processo de mediação, exercer a função de conselheiro, pois é aquele que aconselha ou sugere aos contendores algo de novo, de diferente às questões levadas pelas partes, ampliando a possibilidade de acordo, por contrabalançar os motivos do conflito e, através de suas ponderações, ajudar as partes a chegar a uma solução, o que em alguns casos, *a priori*, poderia ser impossível. Assim, a sua figura é de fundamental importância para o bom andamento do processo<sup>27</sup>. Contudo, importante dizer que embora se compreenda a mediação como os bons ofícios empregados por uma pessoa para a solução de um negócio entre outras, esta não se confunde com o mandato, pois que o intermediário não é mandatário, visto que este se interpõe entre as duas partes ou entre as partes que desejam contratar, aproximando-as, para que se torne possível

a realização do negócio ou ajuste do contrato, o que não ocorre na mediação, à medida que o objetivo do intermediário não é o de executar o ato, de realizar o negócio, muito menos o de firmar o contrato.

No ambiente diplomático, Albuquerque Mello<sup>28</sup> informa que a mediação, segundo Hoijer, é o ato pelo qual um ou vários Estados, seja a pedido das partes em litígio, seja por sua própria iniciativa, seja ainda por consequência de estipulações anteriores, aceitam livremente fazerem-se representar por intermediários oficiais de uma negociação, com a finalidade de resolver pacificamente um litígio.

O instituto da mediação, na realidade, é um meio, uma forma pela qual as partes procuram encontrar uma solução para os litígios que possam ter surgido, sem a interferência estatal, onde o mediador deverá induzir os envolvidos no conflito, inicialmente, a entender o surgimento do litígio e, assim, tentar criar uma solução adequada para os conflitantes, tentando alcançar a decisão mais acertada para as partes, conhecendo, para isso, os interesses de cada pessoa<sup>29</sup>. Para Bolzan de Moraes<sup>30</sup>, a mediação, como as demais formas alternativas para solucionar conflitos de interesses, não constitui um fenômeno novo, pois sempre existiu e passou a ser redescoberta em meio a uma crise profunda dos sistemas judiciários de regulação dos litígios. No seu entendimento, no Direito brasileiro, por exemplo, assiste-se a uma crise estrutural, funcional e substancial do Poder Judiciário, como a crise generalizada das demais Instituições, tais como a saúde, a educação *et cetera*. Assim, diante de tal situação, a utilização da mediação mostra-se interessante, exatamente porque no final do procedimento as partes não só têm o litígio encerrado como, também, o conflito social que havia sido deflagrado deixa de existir, passando as partes envolvidas a conviver harmoniosamente. Esta, aliás, é uma das vantagens da mediação sobre o sistema judicial, além, é claro, da privacidade, da economia financeira e de tempo, da informalidade, da reaproximação das partes, principalmente, da autonomia na solução do litígio, pois que a decisão de um conflito pelo Poder Judiciário, além de todos os percalços que aqueles que são operadores do Direito conhecem, não resolve a relação entre as partes, tendo em vista o inevitável desgaste que sofrem durante a pendência judicial.

Duas são as formas básicas de mediação: a voluntária e a mandatária<sup>31</sup>. A voluntária, como o próprio nome está a sugerir, é aquela que tem início por vontade das partes conflitantes que, através de um acordo, procuram desenvolver um processo mediador; tem início com o consentimento das partes envolvidas, sem possibilidade de que qualquer delas queira impô-la aos demais partícipes. A segunda, denominada mandatária, é aquela que tem seu nascedouro na iniciativa do juiz, cumprindo determinação legal, ou, ainda, a mediação que é provocada por alguma cláusula contratual que previa tal procedimento em caso de litígio que porventura viesse a ocorrer.

Outro ponto importante a ser observado é o que diz respeito à função a ser desempenhada pelo mediador: o mediador, já sabemos, é o terceiro neutro que intermedeia as relações entre as partes envolvidas. A forma como age, frequentemente, é o elemento que decide pelo êxito ou não do processo e a sua principal função é a de facilitador, isto é, deve propiciar às partes as condições necessárias para que alcancem a melhor solução para o seu litígio. Aduza-se a isso, ainda, a função de conduzir as negociações<sup>32</sup>, pois que a mediação é um processo no qual as partes discutem suas controvérsias com uma pessoa imparcial que os assiste, buscando um acordo<sup>33</sup>, visto o mediador poder sugerir maneiras de resolver a controvérsia, mas não poder impor um acordo entre as partes. Assim, a mediação é um processo voluntário, garantindo que o resultado do acordo será aceitável para ambas as partes, oferecendo a vantagem da informalidade, com tempo reduzido, custo preciso e solução para as controvérsias. Por isso, a mediação não é uma estrutura que deva ser imposta a nenhuma disputa, sendo um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor neutro assiste aos disputantes nas soluções das questões, à medida que o papel do interventor é ajudar na comunicação, através da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos, como agente fora do contexto conflituoso, funcionando como catalisador nas disputas, ao conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância delas<sup>34</sup>. Portanto, nesta espécie de solução alternativa, toda uma estrutura deverá ser construída para solucionar um conflito, colocando-se todos os aspectos da disputa, em suas bases originais por quem conhece o suficiente sobre o assunto em relevo, para poder apresentar uma solução adequada, pois só desta forma, o resultado que será obtido é único e revelará tudo o que foi possível levar em consideração.

Assim, o clamor da sociedade por distribuição de justiça não mais admite a lentidão do Poder Judiciário para solucionar controvérsias que necessitam de imediata resposta ou solução, posto que esta morosidade acaba por comprometer a própria estrutura do Estado, já que o cidadão clama para que seja feita justiça, para que tenha, pelo menos, um acesso simples, não aquele que já se mostra um processo penoso, demorado, perverso, mas o de obter a efetiva prestação jurisdicional. Cappelletti afirma que uma justiça que não cumpre sua função dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível<sup>35</sup>, ou seja, é como se não existisse. Por esta razão, muitos doutrinadores, preocupados com as formas alternativas de solução de conflitos de interesses, apresentam para a mediação diversas definições: a mediação é o processo pelo qual os participantes, junto com a assistência de uma pessoa ou pessoas neutras, separam sistematicamente os problemas em disputa com o objetivo de encontrar opções, considerar alternativas e chegar a um acordo mútuo que se ajuste às suas necessidades<sup>36</sup>; a mediação é um processo no qual uma terceira

pessoa ajuda aos participantes a conduzir o conflito<sup>37</sup>; a mediação é um mecanismo para solução de conflitos através da gestão, pelas próprias partes, para que estas constituam uma decisão rápida, ponderada, eficaz e satisfatória para os envolvidos<sup>38</sup>; a mediação é um processo frequentemente formal, pelo qual um terceiro neutro tenta, através da organização de trocas entre as partes, permitir a estas confrontar seus pontos de vista e procurar, com a sua ajuda, uma solução para o conflito que os opõe<sup>39</sup>. Assim, pelas diversas opiniões transcritas, verificamos que o instituto da mediação difere, por exemplo, da arbitragem, ou até mesmo do processo judicial, pois o que se pretende com o processo de mediação é possibilitar que as partes cheguem a um acordo, solucionando seus conflitos de interesses, tendo uma terceira pessoa, denominada mediador, apenas como conselheira, sem interferir na negociação que está desenvolvendo-se, sem nenhum interesse direto no deslinde do mérito da questão, pois que o seu objetivo é que as partes negociem à exaustão e, afinal, cheguem a um consenso por livre vontade, solucionando o conflito ou a contenda surgida.

Frente ao exposto, podemos chegar à conclusão de que a mediação possui três elementos básicos e essenciais para a sua formação: as partes, que são as pessoas envolvidas na disputa; o conflito, que é a própria disputa que se formou, onde temos em jogo bens pessoais ou materiais, que são o objeto de conflito, podendo esta disputa ocorrer em diversas áreas do Direito, como na cível, comercial, trabalhista, meio ambiente, no âmbito comunitário e também no âmbito político; e o mediador, figura de fundamental importância para o bom andamento do processo, devendo possuir, como dito, qualidades pessoais, tais como reconhecida trajetória ética, sensibilidade, facilidade de comunicação e credibilidade, assim como compreender e saber aplicar as etapas do processo de mediação, sabendo administrar habilidades como escutar, promover a harmonia entre as partes, conduzir interesses e necessidades, desenvolver ações, controlar a raiva, saber argumentar, saber reenfocar aspectos, romper barreiras, planejar estratégias, equilibrar poderes, redigir acordos e saber transformar funções. Cada um dependente e de importância fundamental para que exista a mediação.

O principal objetivo deste meio alternativo de composição de conflito, como qualquer outro, é a solução do litígio que se desencadeou entre as partes, e esta resolução dá-se através de um acordo, mas para chegar a este termo final, o mediador, no processo de mediação, persegue metas intermediárias como a redução dos obstáculos de comunicação existentes entre os participantes, as considerações das necessidades de cada um envolvido, a maximização do uso de alternativas e a preparação dos participantes para aceitar as consequências de suas próprias decisões<sup>40</sup>. Estas metas são desenvolvidas dentro do processo

de mediação e conduzidas de forma sempre imparcial pelo mediador, tendo como ponto máximo a redução da ansiedade e outros efeitos negativos do conflito levando as partes a normatizar uma resolução consensual e a produção de um plano de ação para o futuro que os participantes possam aceitar e cumprir<sup>41</sup>. Logo, conclui-se que um acordo é o ponto mor, máximo da mediação, no qual devem ser observados, no decorrer de seu procedimento, os princípios que o regem.

#### 4 CONCEITO

Idéia inicial necessária para compreender o porquê pela busca da arbitragem, por mais basilar que seja, é o simples surgir de um conflito, à medida que sem este, ou seja, o conflito, careceria a própria arbitragem de um objeto que lhe justificaria existir. Contudo, como é fácil imaginar, nem todos os conflitos sociais despertam o interesse deste meio alternativo de solucioná-los, pois que muitos instauram-se fora do foco de atuação do mesmo, isto é, tais conflitos nascem além dos limites materiais que à arbitragem interessa, posto que ser-lhe-ia impossível ser a solução para os infinitos conflitos que aparecem diariamente em nossas sociedades, *verbi gratia*, todos aqueles que escapam ao interesse jurídico, visto que não só o direito brinda-nos com suas sanções, mas todo um grupo de sistemas extra, como, por exemplo, o moral e o religioso, que também à sociedade servem como controle. Portanto, pertencendo a arbitragem àquele primeiro grupo, isto é, estando ela inclusa no universo jurídico, impossível seria seu objeto não coincidir com o objeto do próprio judiciário estatal, o que, em outras palavras é afirmar que há uma zona comum de atuação entre estes dois sistemas. Assim, sem grande genialidade, podemos considerar a arbitragem como um sistema de resolução de conflitos, todavia, paralelo ao estatal, ou, senão paralelo, à medida que dele em alguns pontos procura afastar-se, pelo menos semelhante.

Deste modo, iniciado um conflito de interesse jurídico entre duas ou mais partes, onde estas se mostrem incapazes de, por si só, alcançar uma solução, apresenta-se a arbitragem como um dos meios compatíveis para por termo a esta discórdia, fim este que pode ser alcançado pelo procedimento arbitral de duas maneiras distintas: a primeira, chamada de autocomposição, maneira esta que mostra-se a mais agradável de todas, eis que ninguém melhor do que os próprios interessados para solucionar suas pendências<sup>42</sup>, traduz-se na forma de solução dos conflitos pela prevalência da vontade convergente das partes, que por si próprias caminham no sentido de resolver suas controvérsias, porém, com a necessidade de um auxílio externo para compatibilizar suas posições, pois nem poderia ser diferente, à medida que se elas próprias, as partes, fossem capazes de alcançar sozinhas a

solução da controvérsia, sequer existiria um conflito duradouro o suficiente que interessasse a arbitragem; e a segunda, que apresenta-se quando não for viável a primeira, chamada de heterocomposição, que se traduz na solução do conflito determinado por um terceiro, isto é, resolvendo-se a controvérsia através de um órgão ou de uma pessoa suprapartes, em uma posição de neutralidade. Assim, logo que alcançado o final da controvérsia, ou melhor, a solução do conflito, quer pela autocomposição, quer pela heterocomposição, reconhece o Estado à decisão proferida sua força coercitiva, equiparando-a à sentença judicial, alcançando assim a decisão arbitral natureza jurídica de sentença, fazendo, por isso, coisa julgada entre as partes, o que, agora, depois de algumas linhas, permitir-nos-á conceituar a arbitragem de maneira mais precisa, pois assim há de ser todo conceito, portanto, arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos através de particulares, individualizados ou reunidos em um órgão, onde suas decisões estão reconhecidas pelo Estado, através da explícita outorga da força coercitiva estatal, capaz assim de alcançar os efeitos da coisa julgada.

Todavia, mesmo diante desta conceituação, podemos encontrar inúmeras outras que incluem características diversas, embora sempre presentes os elementos comuns do instituto, dentre elas, algumas capazes de traduzir a idéia individual de entidades arbitrais, como, por exemplo, a *American Arbitration Association*, que vê a arbitragem como um procedimento menos formal que o estatal, tendo por início o oferecimento de uma disputa à uma ou mais pessoas imparciais, com o objetivo de alcançarem uma determinação final e obrigatória<sup>43</sup>; também na doutrina podemos buscar outras definições para o instituto da arbitragem, pois há quem diga ser o meio de resolução de conflitos mais simples e objetivo, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade<sup>44</sup>, ou, ainda, uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial<sup>45</sup>; ainda há, por último, algumas legislações que tentaram tratar do tema, assim, temos que para a lei espanhola, é mediante a arbitragem que pessoas naturais ou jurídicas podem submeter suas questões litigiosas, surgidas ou ainda por surgir, à decisão de um ou mais árbitros<sup>46</sup>, assim como, para a lei alemã, arbitragem é a possibilidade das partes terem resolvidas suas questões de interesse patrimonial, atuais ou futuras, através do submeter de seus conflitos à apreciação de um tribunal arbitral<sup>47</sup>. Portanto, o que podemos perceber frente aos diferentes conceitos trazidos, é que há sempre presente um mínimo comum de características elementares da arbitragem, estas sim, capazes de traduzir seu verdadeiro significado.

## 5 NATUREZA JURÍDICA

Muito se tem debatido, na doutrina, acerca da natureza jurídica da arbitragem e, embora é reconhecida a sua pouca utilidade prática. Sem dúvida será mais um contributo para melhor compreender o instituto. Longe de ser pacífica essa discussão, podemos, contudo, separar três pensamentos, assim, aqueles que afirmam tratar-se de natureza jurídica contratual<sup>48</sup>, que acentuam o caráter privado do instituto, tanto sobre a sua origem, quanto a qualidade dos árbitros; outros, com igual autoridade, propugnam pelo caráter jurisdicional<sup>49</sup>, apoiando-se no caráter público da administração da justiça; e, por fim, ainda há aqueles que sustentam pela natureza jurídica mista<sup>50</sup>, isto é, contratual e jurisdicional.

Para aqueles que seguem pela corrente contratualista, ou privatista, que tem Chiovenda como referência, o procedimento arbitral, por inteiro, deve ser afastado à esfera contratual, pois afirmam seus defensores que o caráter jurisdicional não se faz presente durante a arbitragem, pois, assim não fosse, os árbitros estariam autorizados a poder inquirir coativamente testemunhas, ou mesmo proceder coativamente a uma inspeção e assim por diante, situação que sabemos não ocorrer na maioria dos sistemas arbitrais.

Sendo assim, Chiovenda via a arbitragem como um dos casos de *fracionamento* do juízo<sup>51</sup>, que tem como característica a exclusão dos poderes jurisdicionais das operações genuinamente lógicas confiadas ao árbitro e a exclusão de qualquer investidura por parte do Estado. A explicação desta posição contratual justifica-se, pois, funda-se no fato de que a homologação do laudo arbitral pelo juiz estatal é exigida pela lei italiana, ato esse pelo qual ele, o laudo, recebe não só a sua força executória mas, sobretudo, a marca de autoridade do Estado, o que não é o caso de diversos outros ordenamentos jurídicos mais modernos, que dispensam essa homologação, como o português, o francês, o belga, o austríaco, o argentino, o chileno e, mais recentemente, o brasileiro. Não podemos desconhecer, também, que para Chiovenda a sentença, mesmo a jurisdicional, não encerra outro valor senão como preparação do ato de vontade, com o qual o juiz formula a vontade da lei - *que é a sentença*. Assim, a mera preparação lógica da sentença não é, por si só, ato jurisdicional, senão quando exercida por um órgão jurisdicional. Por isso, quando a lei permite ao órgão do Estado formular a vontade da lei, deduzindo dela o teor do trabalho lógico realizado por um particular, nem por isso atribui ao laudo caráter jurisdicional e, muito menos, à atividade desenvolvida pelos árbitros ao emití-lo<sup>52-53</sup>.

Também Calamandrei louva a doutrina que, em vez de considerar os árbitros como encarregados de funções jurisdicionais, os considera como substitutivos da jurisdição ou equivalentes do processo ou meio de defesa extrajudicial<sup>54</sup>; mas prefere, ele próprio,

considerá-los verdadeiros auxiliares da justiça, que desenvolvem a sua atividade sobre controvérsias sujeitas à jurisdição do Estado, e sobre as quais os órgãos jurisdicionais continuam sendo competentes no momento essencial da jurisdição, que é o mandato<sup>55</sup>. Na Alemanha, o clássico Rosenberg<sup>56</sup> afirma que os tribunais arbitrais são de caráter privado e ato privado também a sua resolução - *sentença*, embora reconheça que este ato tenha efeitos de direito público.

Assim, para esta corrente, o árbitro diferencia-se do juiz estatal pois não passam aqueles de particulares, não revestidos da qualidade de funcionários públicos, que não administram a justiça em nome do Estado, mas por vontade das partes, que submetem à arbitragem suas questões de direitos disponíveis, questões sobre as quais não pode o Estado privar seus jurisdicionados de escolher outro caminho para resolvê-las. Portanto, os árbitros obtêm suas faculdades através da vontade das partes, e não da lei, pois está a função jurisdicional ligada diretamente a soberania do Estado, não sendo possível por isso delegá-la.

Para outros, aqueles que seguem a corrente jurisdicional ou publicista, a convenção arbitral - *negócio jurídico privado* - é a fonte dos poderes dos árbitros, ou, antes, da vontade das partes, contudo, lembremos que é a vontade da lei que lhes permite celebrá-la<sup>57</sup>. Em outros termos, sobrelevam o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada do juiz togado<sup>58</sup>. Mortara<sup>59</sup> sustentava que os árbitros são investidos de jurisdição, pelo que a lei lhes concede o cumprimento do ato de soberania; isto é, se este poder não lhes é atribuído em toda a sua plenitude, nem por isso se altera a sua natureza. Explica-se: quando os árbitros examinam e decidem um litígio, nos limites que lhes são atribuídos na convenção arbitral, a sua atividade é, em tudo e por tudo, de idêntica natureza àquela atribuída aos juizes oficiais. O seu dever é pronunciar-se de acordo com a justiça, abstraindo-se de qualquer consideração pessoal relativa às partes litigantes.

A terceira e última corrente, mista ou intermediária, que tem Carnelutti<sup>60</sup> como seu expoente, sustenta, de um lado, que a decisão do árbitro não é uma sentença, visto que precisa do decreto de excoioriedade - *não só para ser executiva, mas também para ser obrigatória*<sup>61</sup>; de outro, que o árbitro e o juiz concorrem para a formação da decisão da controvérsia, o que evidencia que a sentença, e também o juízo, é constituída tanto pelo laudo como pelo decreto do juiz<sup>62</sup>.

Porém, apesar de Carnelutti ser defensor desta terceira corrente, em princípio, teria se confundido ao tratar da natureza jurídica da arbitragem pois, depois de situá-la, no seu *Sistema*, no terreno processual, estimando que ela não devia ser incluída entre os

equivalentes processuais, veio a considerá-la, nas suas *Instituições*, como um equivalente do processo ou um sub-rogado processual<sup>63</sup>. Coerente com o que expôs no seu *Sistema*, sustentou que a função exercida pelo árbitro era a função jurisdicional, não obstante a decisão arbitral necessitasse da homologação judicial<sup>64</sup>; mas, para manter-se coerente com as suas *Instituições*, negou ao árbitro a função processual e à arbitragem o caráter público<sup>65</sup>. Por isso, a sua posição, antes que contratualista ou jurisdicional, pode ser denominada de *mista*<sup>66</sup>.

Note-se, porém, que questão fundamental para definir-se se algum instituto é jurisdicional ou não, é ter-se o exato conceito do que é jurisdição, o que, lembramos, é uma das formas de heterocomposição de litígios, pois que ela, a jurisdição, caracteriza-se especialmente pela composição da lide através do Estado, onde este faz as vezes do terceiro alheio às partes, através de pessoas especialmente autorizadas para agir em seu nome, funcionários que sentenciam o que acreditam ser a solução mais adequada para a resolução do problema apresentado<sup>67</sup>. Temos, porém, que o surgimento da jurisdição não se deu por acaso, pelo contrário, foi uma necessidade, à medida que antes do seu surgimento, uma disputa de interesses havida entre homens resolvia-se por uma solução puramente física ou caritativa, consistente na renúncia do próprio interesse, que, como se imagina, quase nunca era capaz de atingir a idéia de justiça e somente induzia ao caos social<sup>68</sup>. Por isso, o homem, pelo seu senso natural de autopreservação, rapidamente tendeu a procurar um modo mais utilitário de resolver seus conflitos, encontrando, na jurisdição, dentre outros, uma possível solução. Entretanto, esta, a jurisdição, em um primeiro momento, foi concebida como monopólio do Estado, pois somente seus órgãos diretos a exerciam, contudo, tempos houve em que este a concedeu a particulares ou a outras instituições<sup>69</sup>, como era o caso da jurisdição feudal e da eclesiástica, vigente no Brasil durante o período monárquico<sup>70</sup> e, mesmo nos dias atuais, longe está o Poder Judiciário de ser o único responsável pelo exercício da jurisdição.

Dentre as várias maneiras teorizadas para o Estado cumprir as suas precípuas funções, destacou-se o modelo da separação dos poderes concebido por Montesquieu<sup>71</sup>, que se traduz em destacar três funções estatais, isto é, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade<sup>72</sup>. Portanto, com a instalação deste modelo de organização, o poder soberano estatal destina a função jurisdicional ao chamado Poder Judiciário, cercando-o de várias garantias e, ao mesmo tempo, exigindo dos seus órgãos uma série de comportamentos para que realmente impere a vontade da lei, última expressão do próprio povo. Entretanto, casos há em que o próprio poder soberano, através, por exemplo, da Carta Constitucional, permite que outros poderes, também representantes do Estado, exerçam a função

jurisdicional, ou mesmo que, o poder judiciário exerça, por exemplo, função legislativa<sup>73</sup>, o que podemos chamar de funções atípicas dos poderes<sup>74</sup>. Disto conclui-se que não há uma exclusividade absoluta do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição, uma vez que o próprio legislador constituinte tem a possibilidade de atribuí-la a outros órgãos do Estado, além daqueles que compõem o Poder Judiciário.

Nesta ordem de pensamento, isto é, aceitando que jurisdição é a composição de um conflito através de um terceiro desinteressado, este, necessariamente sendo representante do Estado e aplicador do ordenamento jurídico objetivo, mais facilmente visualizar-se-á a idéia de que é possível o exercício da função jurisdicional por particulares nela investidos, contudo, certo é que, sem dúvida, a arbitragem, para ser reconhecida pelo Estado, deve ser exatamente instalada nas formas prescritas pela lei que a autorizou e pelas demais normas que compõem o ordenamento jurídico pois, só assim, alcançará sua validade. Portanto, se o próprio Estado reconhece e autoriza o procedimento arbitral sem, contudo, deixar de exercer o monopólio da função jurisdicional, não há nada de absurdo em aceitar à arbitragem sua natureza jurisdicional. Pois bem, se há uma lei regularmente criada, aprovada e emanada pelo poder soberano competente a instituir a arbitragem, o árbitro, escolhido pelas partes segundo as regras e preenchidos os requisitos exigidos pelo próprio diploma, pode julgar através de sentença irrecorrível o conflito de interesses que lhe fora apresentado.

Poder-se-ia indagar ainda, em uma tentativa final, que a jurisdição é função soberana, a qual nenhuma Lei Ordinária poderia atribuir ou autorizar seu exercício a outros órgãos além daqueles expressamente definidos na Carta Constitucional, mas, como lembra Vicente Ráo<sup>75</sup>, existem diversos casos não expressos nas constituições em que a suposta unicidade de jurisdição estatal é esquecida, e mesmo assim são reconhecidas como válidas e perfeitamente em sintonia com todo o ordenamento jurídico. Em conclusão, temos para nós que a arbitragem constitui uma forma jurisdicional de composição dos conflitos, pois que o árbitro julga obrigatoriamente aplicando o ordenamento jurídico aceito, tal como o órgão estadual investido na jurisdição.

## **6 A ARBITRAGEM E SUAS CLASSIFICAÇÕES**

De uma maneira genérica, as regras do processo de arbitragem são livres e podem ser fixadas pelas partes, pelos órgãos arbitrais e pelos árbitros, contudo, devido à diversidade de circunstâncias que a arbitragem pode funcionar, existem diversos tipos que podem ser adotados, figuras que não são nada além de variantes de um mesmo sistema. Assim, das possíveis formas de operacionalizar a arbitragem, temos a chamada institucional<sup>76</sup>, pois que

aqui existe uma instituição especializada na solução de conflitos, que tem como principal função servir de intermediária entre as partes e os árbitros, administrando e organizando o transcurso da demanda, porém, sem dela participar diretamente, à medida que são aqueles, os árbitros, os verdadeiros responsáveis pela decisão do litígio, cabendo, via de regra, à instituição arbitral unicamente a prestação de serviços que se mostrem favoráveis na busca de uma melhor solução para o conflito<sup>77</sup>, pois que habitualmente estas entidades têm seu próprio regulamento, este, criado no intuito de apresentar uma prévia solução aos incidentes que possam aparecer no decurso do procedimento. Outra forma de colocar em prática a arbitragem é através da chamada arbitragem *ad hoc*, isto é, concedendo às partes e não a uma instituição a função de fixar as regras e as formas em que o conflito será conduzido naquele caso específico. Portanto, nesta hipótese, o procedimento arbitral não seguirá as regras de uma instituição arbitral, à medida que aqui não há sequer uma entidade para administrar o litígio, mas as disposições estipuladas pelos próprios conflitantes, pois há a falta de um regulamento prévio pelo qual as partes possam ser guiadas, cabendo a elas tratar sobre temas como eleição dos árbitros, local onde realizar-se-á o procedimento, fixação do prazo para alcançar a solução do conflito, possibilidade ou não de recursos, dentre outros, o que pode traduzir-se numa maior liberdade, pois que será este um regulamento pensado especificamente para o litígio concreto, onde todos os mecanismos escolhidos podem acabar agilizando o procedimento, bem como deixando-o menos oneroso, contudo, necessário será uma boa cooperação entre as partes, qualidade que faz-se quase essencial para o bom transcurso da arbitragem *ad hoc*.

Quanto ao modo de atuação dos árbitros e, por conseqüência, a natureza da decisão por eles proferida, podemos classificar a arbitragem em dois tipos: de direito; e por equidade<sup>78</sup>. A primeira, arbitragem de direito, é aquela na qual os árbitros atuarão sujeitos às normas legais, decidindo o conflito apresentado através das normas ditadas pelo direito positivo, o que significa dizer que resolverão as disputas a eles submetidas utilizando-se das mesmas ferramentas que os magistrados estatais<sup>79</sup>, existindo, neste caso, por isso, uma grande semelhança entre o árbitro *iuris* e o juiz de direito. Por outro lado, a segunda classificação, recordemos, arbitragem por equidade, é aquela em que o árbitro, amigável compositor, por vontade das partes, decide a controvérsia fora das regras de direito, valendo-se, aqui, do seu real saber e entender, podendo, por isso, reduzir os efeitos da lei e decidir de acordo com seu critério de justo, alcançando a composição do conflito pautado não sobre a solução legal, mas nos parâmetros de equidade, que é o que denomina-se de decisão *ex aequo et bono*<sup>80</sup>.

Questão interessante e de grande importância neste ponto é saber se está ou não o árbitro, que se vale da equidade para solucionar uma demanda, eximido de fundamentar sua sentença, à medida que, como dissemos, sua decisão não se sustenta nas normas de direito positivo. Pois bem, apesar de entendermos que o fato de não ser comunicado às partes, pelos amigáveis compositores, os fundamentos da sentença, condizer com as características da arbitragem por equidade, entendemos que isto só poderá ocorrer se as partes assim optarem, pois que embora não haja um fundamento que se apóie nas normas do direito positivo, certo é que algum fundamento há de existir, visto que de alguma forma os árbitros foram capazes de alcançar a solução do conflito, raciocínio este que parece-nos não poder ficar distante do conhecimento daqueles que mais interesse têm na decisão, ou seja, as partes, ficando, com isto, protegidas de futuras problemáticas no que concerne a uma adequada decisão.

Podemos, ainda, classificar a arbitragem em voluntária ou forçosa<sup>81</sup>, isto é, se iniciada por um ato de vontade das partes ou por uma disposição legal, que, neste último caso, funcionará como cláusula compromissória. Assim, temos que a arbitragem é forçosa quando imposta pelo legislador, que, através da sua vontade, escolhe retirar do âmbito de competência da justiça estatal determinados tipos de litígios, independente da vontade dos conflitantes, pois que aqui prevalecerá a prévia opção do legislador, que optou por deixar de lado o princípio de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Porém, embora este tipo de arbitragem exista com certa eficiência em alguns países, certo é que o caso mais típico e freqüente continua a ser o voluntário<sup>82</sup>, pois que dependente apenas da vontade das partes, valorizando, por isso, o elemento predominante e característico de todo o procedimento arbitral, ou seja, a vontade particular.

Por último, ainda existem outros tipos de classificação que podemos utilizar no intuito de melhor compreender a arbitragem: arbitragem interna, que é assim chamada quando todos os elementos que confluam à sua caracterização estejam relacionados a um só Estado; arbitragem internacional<sup>83</sup>, assim chamada quando, em sentido contrário, algum ou alguns dos elementos à sua caracterização estejam relacionados a mais de um Estado<sup>84-85</sup>; arbitragem simplificada, que é aquela que tem, como o próprio nome diz, um procedimento simplificado, isto se comparada com o rito longo da arbitragem comum, consistente em uma primeira audiência de esclarecimentos e de integração da demanda, e em uma segunda audiência para o interrogatório das testemunhas, seguida da discussão da causa e prolação do laudo, tudo no prazo máximo de seis a nove meses<sup>86</sup>; e a arbitragem documental, que consiste em confiar a decisão da controvérsia a um único árbitro, que pronuncia-se após haver examinado os memoriais das partes, salvo se lhe for permitida uma breve e ulterior fundamentação escrita<sup>87</sup>.

## 7 CONCLUSÃO

A crise na administração da justiça traz graves consequências sociais, sem ter em conta a precariedade no atendimento às partes e aos advogados e a sobrecarga de trabalho nas mãos dos magistrados, aspectos que acabam por revelar-se na queda da qualidade dos serviços prestados por parte dos órgãos públicos que exercem a jurisdição, realidade que tem levado estudiosos e organizações, governamentais ou não, em busca de soluções outras. Todavia, certo é que nenhum outro dentre os mecanismos alternativos revelam a eficácia, a aceitação e a tradição da arbitragem que, destinada às grandes causas e às causas de grande complexidade, mas não só, tem como virtudes a informalidade, o sigilo, a celeridade, a possibilidade do julgamento por equidade e a especialização dos árbitros<sup>88</sup>.

Em vista disto e também como observado no desenvolver deste artigo, inegável é a existência de infinitas vantagens no que toca à utilização da arbitragem como um meio alternativo de solução de conflitos. Contudo, interessante seria que as pessoas que possuem um determinado conhecimento em relação à utilização da arbitragem, passassem a divulgá-lo, apresentando a arbitragem com as vantagens de sua utilização<sup>89</sup>, tentando amenizar, senão o medo, a desconfiança que por vezes a rodeia, de forma a provar para cada pessoa que não é apenas o juiz a pessoa capaz de solucionar litígios e que a arbitragem não é um óbice aos serviços dos advogados, juízes e promotores, mas sim um auxílio. Enfatizamos, ainda, que no procedimento arbitral autoriza-se a analogia com conceitos e princípios da legislação processual civil como, por exemplo, os princípios da autonomia da vontade, do devido processo legal, da não violação da ordem pública e dos bons costumes, obrigando-nos, porém, a romper com o elo da processualística forense, aferrada às formas e ritos, posto que utilizados em um sistema mais objetivo, visto que o desvirtuamento da arbitragem com técnicas processuais desnecessárias tem recebido acirradas críticas, existindo mesmo movimentos que clamam para o retorno da arbitragem às suas origens de simplicidade<sup>90</sup>.

## NOTAS

- <sup>1</sup> A situação de legítima defesa compreende a presença de uma agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou de terceiro. Cf. artigo 25 do Código Penal brasileiro e artigo 32 do Código Penal português.
- <sup>2</sup> Cf. artigos 1219 e 1433, inciso II do Código Civil brasileiro e Secção VII do Código Civil português.
- <sup>3</sup> Da simples tolerância para com o movimento sindical, os Estados passaram a reconhecer o direito de greve, de modo expresso, através de leis ordinárias ou constitucionais, como o *Trade Unions Act* (1871) da Inglaterra; a Lei Waldeck Rousseau (1884), da França; o *Clayton Act* (1914) dos Estados

Unidos; a Constituição do México (1917); a Constituição de Weimar, da Alemanha (1919); e a Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

- <sup>4</sup> Na realidade, não se pode precisar o momento em que o Estado soberano chamou a si a composição ou a solução para os conflitos surgidos entre os homens. Sabe-se, apenas, que a preocupação com a ordem social teve seu marco no Estado Liberal em que era possível a utilização, pelos homens, dos meios conhecidos naquela ocasião, e, talvez, injustos para resolver as questões transformadas em litígios.
- <sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 31-73.
- <sup>6</sup> No Brasil, desde 1985 já conhecemos a Ação Civil Pública, criada pela Lei nº 7.347, o Mandado de Segurança Coletivo consagrado na Constituição Federal de 1988 - art. 5º, inciso LXX - e os Dissídios Coletivos, que fazem parte do processo trabalhista e que se encontram na Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 856 a 875, bem como a Lei nº 8.078, de 11/09/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor.
- <sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Cone, 1996, p. 25.
- <sup>8</sup> GUANTER, Salvador del Rey. *Reflexiones sobre la solución extrajudicial de los conflictos en España y America Latina*, In: *La negociación colectiva en America Latina*. Coord. de Antonio Ojeda e Oscar Ermida Uriarte. Madri: IERJ, 1993, p. 177.
- <sup>9</sup> ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 1.
- <sup>10</sup> Soberano da cidade de Lagash e, posteriormente, rei de Kish, o que implicava ser o rei de toda Suméria.
- <sup>11</sup> Cidade-estado da Suméria.
- <sup>12</sup> MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. v. 2, 10. ed., Rio de Janeiro: Renovar, p. 1155.
- <sup>13</sup> BUZAID, Alfredo. *Do juízo arbitral*. São Paulo: RT, n. 271, março de 1958, p. 7-8.
- <sup>14</sup> A respeito da jurisdição eclesiástica, assinala com muita propriedade GILISSEN, que os cristãos encontraram nos ensinamentos de Cristo alguns princípios a seguir no caso de levantarem-se diferenças entre eles. Assim, segundo as Epístolas de São Paulo, é aconselhável procurar a conciliação em caso de desacordo entre cristãos e, havendo fracasso, recorrer à arbitragem da comunidade cristã; a excomunhão, ou seja, a exclusão do membro que não se submete à decisão da comunidade, é a sanção suprema. Vivendo numa semiclandestinidade, os cristãos deviam evitar a intervenção dos juizes romanos não cristãos; ao mesmo tempo, deviam submeter-se à autoridade disciplinar dos seus chefes religiosos, os padres e os bispos. GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 138-142.
- <sup>15</sup> NOGUEIRA, José Artur Anes Duarte. A arbitragem na História do Direito Português. Subsídios para o seu conhecimento, In: *Revista AAFDL*, v. 20, 1996, Lisboa, p. 12-14.
- <sup>16</sup> Cf. artigo 194 da Constituição portuguesa de 1822.
- <sup>17</sup> Cf. artigos 44 a 58 do Código de Processo Civil português de 1876.
- <sup>18</sup> Cf. artigos 47, 53 e 56 do Código de Processo Civil português de 1876, respectivamente.
- <sup>19</sup> Cf. artigo 160 da Constituição Imperial Brasileira.
- <sup>20</sup> Eram estas as questões sujeitas à arbitragem no Código Comercial brasileiro de 1850: a) resultantes de locação mercantil - artigo 245; b) suscitadas entre os sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação e partilha - artigos 294, 302, §5º. e 348; c) relativas a salário ou prêmio das pessoas empregadas no serviço do navio ou carga - artigo 736; d) que se movessem sobre o

pagamento de salvados - artigo 739; e) relativas à estimação do dano causado por abalroação de navios - artigos 749 e 750; f) referentes à impugnação de crédito nas falências - artigo 846. FILHO, Cândido Oliveira. *Curso de prática do processo*. v. 1, Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938, p. 318.

- <sup>21</sup> Cf. artigo 411 do Regulamento nº . 737 de 25 de novembro de 1850.
- <sup>22</sup> Os franceses alteraram sua legislação através de uma Lei em 17 de julho de 1856.
- <sup>23</sup> CARVALHO, Luiz Antônio da Costa. *Curso teorico-prático de direito judiciário civil*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F., p. 248. v. 2.
- <sup>24</sup> CARVALHO, *op. cit.*, p. 248.
- <sup>25</sup> LAVOR, Francisco Osani de. Formas Alternativas de Solução dos Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho in Gênesis, In: *Revista de Direito do Trabalho*, n. 74, fev/99, p. 171-181.
- <sup>26</sup> FUNES DE RIOJA, Daniel. Negociación y Mediación en Conflictos Colectivos de Trabajo. In: *Mediación una Transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 93 e ss.
- <sup>27</sup> O mediador pode ser qualquer pessoa indicada pelas partes ou por órgão estatal. Em face da seriedade e cientificidade do instituto, o mediador deve ser alguém preparado para exercer tais funções e que possua bom senso para o normal desenvolvimento do processo. Obviamente, o mediador deve possuir a capacidade de comunicação, bem como exprimir seu pensamento de forma simples e clara, ainda como saber entender e interpretar a intenção das partes através de seus conhecimentos. O mediador deve ser o interventor no conflito de interesses surgido, porém, com neutralidade, com a intenção de dirigir as partes para um acordo.
- <sup>28</sup> MELLO, *op. cit.*, p. 1254.
- <sup>29</sup> Exemplo interessante é o trazido por WILDE: duas pessoas lutam pela mesma laranja, sendo decidido que esta deva ser dividida em duas partes iguais, entregando-se uma metade a cada uma das partes envolvidas no conflito. Ocorre, porém, que uma das partes espreme sua metade da laranja e bebe seu sumo, deitando fora a casca; a outra, descasca-a e rala sua casca para fazer um bolo, deitando fora a polpa. Vemos, assim, que o julgador não encontrou a solução mais acertada, posto que cada um dos envolvidos na controvérsia poderia ter recebido o dobro, caso conhecêssemos o interesse de cada uma deles. WILDE, Zulema D.. O que é mediação. Lisboa: Agora, 2003, p. 58.
- <sup>30</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146.
- <sup>31</sup> MORAIS, *op. cit.*, p. 164 e ss.
- <sup>32</sup> MORAIS, *op. cit.*, p. 153.
- <sup>33</sup> GALIZIA, Laerte Augusto. *Reaprendendo a negociar nas relações trabalhistas*. São Paulo: Câmaras Brasileiras do Livro, 1996, p. 105.
- <sup>34</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 90-91.
- <sup>35</sup> CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 20.
- <sup>36</sup> "El proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades". FOLBERG, Jay e TAYLOR, Alison. *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, 1997, p. 120 e ss.
- <sup>37</sup> "La mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas". CARULLA BENITEZ, Pedro. *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales*, In:

- Anuário de Justiça Alternativa Derecho Arbitral*, Ano 2001, n. 1, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch, p. 123 e ss.
- <sup>38</sup> ARAÚJO, Adriano L. Silveira. O instituto da mediação, *In: Revista Doutrina*. v. 3, Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997, p. 442.
- <sup>39</sup> BONAFÉ-SCHIMITT, Jean Pierre. *La mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992, p.16-17.
- <sup>40</sup> SERPA, *op. cit.*, p. 151.
- <sup>41</sup> SERPA, *op. cit.*, p. 152.
- <sup>42</sup> Entretanto, a autocomposição pode dar-se também de duas maneiras, a unilateral, no caso onde uma das partes, por livre e espontânea vontade, abre mão de um direito que lhe pertença e seja disponível, ou bilateral, como no caso da conciliação extrajudicial, onde cada uma das partes faz concessões recíprocas, havendo transação dos direitos controversos.
- <sup>43</sup> “*Arbitration is submission of a dispute to one or more impartial persons for a final and binding decision. The arbitrators may be attorneys or business persons with expertise in a particular field. The parties control the range of issues to be resolved by arbitration, the scope of the relief to be awarded, and many of the procedural aspects of the process. Arbitration is less formal than a court trial. The hearing is private. In some cases, it is prearranged that the award will only be advisory.*”. Retirado do site oficial da Instituição.
- <sup>44</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: Alguns aspectos do Processo e do Procedimento na Lei n. 9.307/96*. Paraná: LED, 2000, p. 22.
- <sup>45</sup> CARMONA, Carlos Alberto. "Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96". 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 27.
- <sup>46</sup> “*Mediante el arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o varios árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, en materias de libre disposición conforme a derecho.*”, Cf. artigo 1º. da Lei española n.º. 36 de 5 de dezembro de 1988.
- <sup>47</sup> Cf. § 1029 após a reforma da lei relativa ao procedimento arbitral de 22 de dezembro de 1997, Bundesgesetzblatt, 1997: § 1029. *Begriffsbestimmung (1) Schiedsvereinbarung ist eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. § 1030. Schiedsfähigkeit; (1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen. § 1034 Zusammensetzung des Schiedsgerichts; (1) Die Parteien können die Anzahl der Schiedsrichter vereinbaren. Fehlt eine solche Vereinbarung, so ist die Zahl der Schiedsrichter drei.*
- <sup>48</sup> BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 21; FILHO, Vicente Greco. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 170; NEVES, Celso. *Estrutura Fundamental do Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 19; MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 215.
- <sup>49</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros, *In: Revista do Advogado*, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, p. 18; TEIXEIRA, Sálvio De Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária, *In: Revista Jurídica*, ano XLV, n. 236, junho de 1997, Editora Síntese, p. 24; JÚNIOR, Humberto Theodoro. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, *In: Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 2, Nov.-Dez/1999, p. 5, JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 1300.
- <sup>50</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 85: “Na verdade, a natureza jurídica da arbitragem é mista, envolvendo o contrato e a jurisdição. A

primeira fase é contratual, tendo por base a cláusula compromissória, que decorre do acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie”.

- <sup>51</sup> O outro caso em que CHIOVENDA via o fracionamento das operações do juízo era o do júri.
- <sup>52</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. v. 1, n. 31, p. 80.
- <sup>53</sup> Vale registrar que essa separação da matéria fática e jurídica idealizada pelo processualista italiano é criticada por CARMONA, para quem arbitragens há cujo objeto é única e exclusivamente a declaração da regra jurídica incidente sobre determinada espécie, cabendo ao árbitro, portanto, concretizar a norma ou atuar a vontade concreta da lei por meio da substituição da atividade das partes pela sua, afirmando a vontade da lei. CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 31.
- <sup>54</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973, v.2, § 104, p. 279.
- <sup>55</sup> CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil, op. cit.*, p. 279.
- <sup>56</sup> ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Ângela Romera Vera. v. 2, Buenos Aires: Ejea, 1955, p. 584-585.
- <sup>57</sup> RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato (interno)*. Padova: Cedam, 1994, p. 15.
- <sup>58</sup> CARMONA, *op. cit.*, p. 32.
- <sup>59</sup> MORTARA, Ludovico. *Manuale della procedura civile*. v. 2, Turim: Utet, 1916, p. 547.
- <sup>60</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. v. 1, Buenos Aires: UTEHA, n. 60, p. 308.
- <sup>61</sup> Esta é uma característica apenas dos ordenamentos jurídicos que exigem a homologação do laudo - ou sentença - arbitral, para torná-lo exequível; o que não é, atualmente, o caso dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.
- <sup>62</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 16.
- <sup>63</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. v.1, Buenos Aires: Ejea, n. 62, p. 115-116.
- <sup>64</sup> Essa necessidade, existente na arbitragem e dispensável na transação, tem sua razão de ser na profunda diferença entre essas duas formas de composição obtidas pela vontade das partes ou pela vontade de um terceiro; no primeiro caso, as partes mandam-se, a si mesmas, enquanto no segundo, é o terceiro quem lhes impõe a sua vontade; nada mais natural, portanto, que a lei queira subordinar o reconhecimento desse efeito a uma comprovação de outorga desse poder ao terceiro, bem como a observância, por ele, das regras fundamentais prescritas para garantir a justiça do seu parecer. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. v. 2, Buenos Aires: UTEHA, 1994, n. 219, p. 252.
- <sup>65</sup> CARNELUTTI. *Instituciones del proceso civil. op. cit.*, p. 116.
- <sup>66</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 16-18.
- <sup>67</sup> “La jurisdicción, en sentido estricto, consiste en el ejercicio de una función, cuyo objetivo es solucionar pacíficamente los conflictos sometidos a la decisión de un órgano que tenga competencia para resolverlos. Ese órgano sigue un procedimiento que culmina con la emisión de la sentencia que pone fin al diferendo, determinando el derecho que corresponde a cada una de las partes conforme las pretensiones articuladas en el juicio.” ROQUE J. CAIVANO. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad hoc. 1994, p. 93.
- <sup>68</sup> Compêndio de Processo Penal, tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, p. 5.
- <sup>69</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1968, p. 93/94, ressalta que “entre os povos germânicos, ao conquistarem Roma e ainda por largo tempo, a jurisdição pertencia ao povo, que deliberava nas assembléias populares”;

“que na Idade Média, dispunham de poder jurisdicional os senhores feudais”. E por fim, conclui: “Fragmentava-se a jurisdição em consequência das deformações da soberania, que não deixava, entretanto, de ser a força de que emanava.”

- <sup>70</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 475.
- <sup>71</sup> BARON DE MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, Paris : Gallimard, 1995.
- <sup>72</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 340.
- <sup>73</sup> São exemplos disto o julgamento pelo Senado dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, artigo 52, I, da Constituição Federal brasileira, a elaboração dos regimentos internos pelos próprios Tribunais, artigo 96 da Constituição Federal brasileira, dentre outros.
- <sup>74</sup> MORAES, *op. cit.*, p. 346.
- <sup>75</sup> São exemplos citados pelo autor: 1) a oposição e mesmo a resistência contra as imposições não resultantes de lei; 2) a legítima defesa; 3) os atos de defesa inerentes ao exercício regular dos direitos; 4) os atos praticados em estado de necessidade; 5) os atos de desforço imediato; 6) a retenção; 7) a apropriação das arras; 8) a recusa ao cumprimento da obrigação; 9) a recusa da prestação a ser cumprida em primeiro lugar. RAO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 858.
- <sup>76</sup> É aquela praticada por determinadas organizações que se encarregam do ofício de solucionar controvérsias a pedido das partes interessadas, como, por exemplo, as Câmaras de comércio, as Câmaras arbitrais e Associações, inclusive internacionais.
- <sup>77</sup> Dentre os serviços prestados por estas instituições podemos lembrar a estrutura de secretaria e os locais postos à disposição para realização das reuniões e regulamentos de arbitragem para disciplinar de modo uniforme todo o procedimento. LA CHINA, *op. cit.*, p. 4.
- <sup>78</sup> O conceito mais divulgado de equidade é aquele segundo o qual, ao autorizar o julgador a decidir de acordo com a equidade, a lei autoriza-o a agir como se fosse, a um só tempo, legislador e juiz, deste modo, o julgamento de equidade é aquele em que o árbitro, por vontade das partes e ao largo da regra geral, busca formular e aplicar uma outra, particular para determinado caso, que deverá elaborar de acordo com a sua própria consciência, observando determinados princípios sociais e morais em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando da elaboração da norma legal, sendo este o sentido de equidade enquanto *justiça do caso concreto*. MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Criappicheli, v. 1, n. 19, 1993, p. 93. Há ainda três acepções para o conceito de equidade: a) em sentido amplíssimo, é o princípio universal de ordem normativa relacionado a toda conduta humana, do ponto de vista religioso, moral, social e jurídico, que todo homem deve obedecer porque se constitui em suprema regra de justiça; b) em sentido amplo, confunde-se com os conceitos de justiça absoluta ou ideal, com os princípios de direito e com a idéia de direito natural; e c) em sentido estrito, equidade é a justiça no caso concreto. SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo*. s. ed., s. d., p. 60-62. Lembramos, contudo, que quando as partes autorizam o árbitro a decidir por equidade, não têm, na maioria das vezes, uma clara noção do critério que estão escolhendo, pensando que a equidade é a quantificação de um dano, ou uma apreciação de oportunidade, ou um modo de atenuar as valorações negativas do comportamento - ou as consequências negativas da violação da lei ou de cláusulas contratuais. Esta visão deturpada da equidade faz com que ela tenha um custo para as partes, pois o que é *equo* para uma, é menos *equo* para a outra, que vem a perder uma vantagem que o direito lhe assegurava<sup>78</sup>. LA CHINA, *op. cit.*, p. 143. Destarte, a noção que melhor ajusta-se ao julgamento por leigos - inclusive árbitros - é a da equidade *substitutiva*, identificada como a *justiça do caso concreto*, ainda que resulte derrogação da justiça legal, e mesmo que em alguns casos ela possa mostrar-se uma justiça inferior, em termos de certeza do direito e uniformidade de tratamento dos casos análogos, é muito superior em termos da adaptação à particularidade do caso concreto. Por outro lado, a equidade *integrativa* é aquela consistente em um juízo fundado numa norma que remete à equidade apenas para especificar elementos não configurados em abstrato na

lei, como sucede com a determinação do dano, que não pode ser provado no seu preciso valor, ou a indenização devida ao prejudicado por quem agiu em estado de necessidade. MANDRIOLI, *op. cit.*, nota 7, p. 96. Sendo assim, é conveniente, e até mesmo necessário, que, pretendendo as partes um julgamento direto, sejam claras quanto às regras aplicáveis ao caso, pois do contrário poderão os árbitros mover-se, na escolha da norma a aplicar, com a mesma desenvoltura com que se move o juiz togado.

- <sup>79</sup> Lembremos, porém, que podem as partes assinalar ao árbitro as normas que deve aplicar, limitando, assim, sua liberdade de atuação. CAIVANO, *op. cit.*, p. 71.
- <sup>80</sup> Apesar de ser esta, a arbitragem por equidade, o sistema que da natureza arbitral mais se aproxima, pois que valoriza o caráter convencional da arbitragem e a intrínseca confiança nos árbitros depositada, a amigável composição é vista com certo receio por muitos, à medida que entendem ser a aplicação das normas jurídicas de direito positivo a única forma segura de resolver um conflito. CAIVANO, *op. cit.*, p. 73.
- <sup>81</sup> Embora implique em uma contradição terminológica, pela natureza essencialmente voluntária que caracteriza o sistema, a arbitragem forçosa tem justificado sua existência diante da necessidade de subtrair do âmbito da justiça estatal determinados temas que exigiriam processos judiciais extensos em função do seu tecnicismo ou complexidade. CAIVANO, *op. cit.*, p. 81.
- <sup>82</sup> CAIVANO, *op. cit.*, p. 79.
- <sup>83</sup> Apesar de não existir um consenso dentre os doutrinadores sobre os fatores que determinam a internacionalidade da arbitragem, o artigo primeiro, item 3, da lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CDUDMI/UNCITRAL), trata do tema considerando como internacional a arbitragem quando presente algum dos fatores específicos: Article 1. Scope of application. (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject-matter of the arbitration agreement relates to more than one country.
- <sup>84</sup> MUJALLI, Valter Brasil. *A nova lei de arbitragem*. São Paulo: Editora de Direito, 1977, p. 33.
- <sup>85</sup> Existem entidades bastante acreditadas, internacionalmente, neste tipo de arbitragem: a *American Arbitration Association*, em Nova Iorque, e a *Chambre de Commerce Internationale*, em Paris.
- <sup>86</sup> RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 440.
- <sup>87</sup> Esta modalidade de arbitragem dispensa o comparecimento pessoal das partes e o interrogatório de testemunhas, assim como a discussão oral da causa, eliminando atos que tornam inacessível a arbitragem às pequenas controvérsias. RUBINO-SAMMARTANO, *op. cit.*, p. 441.
- <sup>88</sup> Aspectos apresentados por TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. *In: Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 23, n. 2, p. 15-42, abr./jun. 1997.
- <sup>89</sup> Alguns meios eficazes de divulgação da arbitragem para a população seria o oferecimento de palestras, a utilização de propagandas, incentivos, dentre outros, tentando dar-lhes segurança e confiança para a utilização da mesma, pois que já se tem uma clara noção das vantagens da utilização da arbitragem como método alternativo de dirimir conflitos.
- <sup>90</sup> Por esta razão vêm-se adotando procedimentos tais como a arbitragem de via rápida, *fast truck*, ou o procedimento abreviado, *short form procedure*. Cf. RUTHERFORD, Margaret. The Need for a New Drive: Rethinking Arbitration as a Service to the Public. The Need to Shorten the Duration of Domestic and International Arbitral Proceedings, *In: Arbitration*, 61, fevereiro, 1995, p. 6.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- ARAÚJO, Adriano L. Silveira. O instituto da mediação. In: *Revista Doutrina*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito, 1997. v. 3.
- BARON DE MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *De l'esprit des lois*, Paris: Gallimard, 1995.
- BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Cone, 1996.
- BONAFÉ-SCHIMITT, Jean Pierre. *La mediation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992.
- BUZAID, Alfredo. *Do juízo arbitral*. São Paulo: Revista dos Trunais, n. 271, março de 1958.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei n. 9.307/96*. Paraná: LED, 2000.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, 1973, v.2, § 104.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CARMONA, Carlos Alberto. Das boas relações entre os juízes e os árbitros, In: *Revista do Advogado*, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ejea, n. 62. v.1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTHEA, n. 60. v.1.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*. Buenos Aires: UTEHA, 1994. v. 2.
- CARULLA BENITEZ, Pedro. La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos empresariales, In: *Anuário de Justiça Alternativa Derecho Arbitral*, Ano 2001, n. 1, Tribunal Arbitral de Barcelona, J.M. Bosch.
- CARVALHO, Luiz Antônio da Costa. *Curso teorico-prático de direito judiciário civil*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F. v. 2., 1936.

- CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1944. n. 31. v. 1.
- FILHO, Cândido Oliveira. *Curso de prática do processo*. Rio de Janeiro: Cândido de Oliveira Filho, 1938. v. 1.
- FILHO, Vicente Greco. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- FOLBERG, Jay e TAYLOR, Alison. *Mediación: resolución de conflictos sin litigio*. México: Limusa, 1997.
- FUNES DE RIOJA, Daniel. Negociación y Mediación en Conflictos Colectivos de Trabajo. In: *Mediación una Transformación en la cultura*. Buenos Aires: Paidós, 1996.
- GALIZIA, Laerte Augusto. *Reaprendendo a negociar nas relações trabalhistas*. São Paulo: Câmaras Brasileiras do Livro, 1996.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GUANTER, Salvador del Rey. *Reflexiones sobre la solución extrajudicial de los conflictos en España y America Latina*, In: *La negociación colectiva en America Latina*. Coord. de Antonio Ojeda e Oscar Ermida Uriarte. Madri: IERJ, 1993.
- JÚNIOR, Humberto Theodoro. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. n. 2, nov./dez. 1999.
- JÚNIOR, Nelson Nery e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- LAVOR, Francisco Osani de. Formas alternativas de solução dos conflitos individuais e coletivos do trabalho. In *Gênesis*, In: *Revista de Direito do Trabalho*. n. 74, fev. 1999.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. Torino: G. Criappicheli, n. 19, 1993. v. 1.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 1.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MELLO, Celso Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar. v. 2.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- MORTARA, Ludovico. *Manuale della procedura civile*. Turim: Utet, 1916. v. 2.
- MUJALLI, Valter Brasil. *A nova lei de arbitragem*. São Paulo: Editora de Direito, 1977.
- NEVES, Celso. *Estrutura fundamental do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

NOGUEIRA, José Artur Anes Duarte. A arbitragem na história do direito português. Subsídios para o seu conhecimento. In: *Revista AAFDL*, v. 20, Lisboa, 1996.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ROQUE J. CAIVANO. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad hoc, 1994.

ROSENBERG, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*. Trad. Ângela Romera Vera. Buenos Aires: Ejea, 1955. v. 2.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Il diritto dell'arbitrato (interno)*. Padova: Cedam, 1994.

RUTHERFORD, Margaret. The Need for a New Drive: Rethinking Arbitration as a Service to the Public. The Need to Shorten the Duration of Domestic and International Arbitral Proceedings, In: *Arbitration*, 61, fevereiro, 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1968. v. 1.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e prática da mediação de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

SILVEIRA, Alípio. *Conceito e funções da equidade em face do direito positivo*. s. ed., s. d..

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária. In: *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 23, n. 2, p. 15-42, abr./jun. 1997.

WILDE, Zulema D. *O que é mediação*. Lisboa: Àgora, 2003.