

A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ATRAVÉS DA ARBITRAGEM: O AFASTAMENTO DO POSITIVISMO CLÁSSICO

THE CONFLICT RESOLUTION THROUGH ARBITRAGE: THE WITHDRAW OF CLASSIC POSITIVISM

Carlos Alberto Ferri¹
Estevão Campos²
Jonatas Roberto de Oliveira³

RESUMO: Muito se tem debatido sobre as contribuições do Positivismo, Pós-positivismo, e as alterações que o atual Código de Processo Civil trará ao ordenamento Jurídico. É inegável que um Código que pretenda trazer celeridade para uma quantidade gigantesca de processos merece ser celebrado, mas, com a devida cautela. O uso de Métodos Alternativos de Solução de Conflitos - ADRs, em especial a Arbitragem, também sofreu alterações com o Código e, em um primeiro momento analisa-se o contexto atual para ocorrência desta mudança, quais benefícios do positivismo, pós-positivismo, esse momento de transição e impactos causados no instituto da Arbitragem.

Palavras chave: positivismo; métodos alternativos de solução de conflitos; arbitragem.

ABSTRACT: A lot has been debate about the contribution of Positivism, post positivism, and the modifications brought by the Process Civil Code in our Legal System. Without doubt that a Code that pretends to bring more dynamic to solve a great number of process can be celebrate but with caution. The use of ADRs (Alternative Dispute Resolutions), in special Arbitrage will have some impacts by the Code and the main goal of this article is analyze first of all the legal environment for this change to happens, which benefits of positivism, post positivism, the transition moment that we are living and the impacts cause on the Institute of Arbitrage.

Keywords: positivism; alternative dispute resolution; arbitrage.

1 Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Direito pela Unimep. Professor e Coordenador-Adjunto no Centro Universitário Adventista de São Paulo (Unasp) e Pesquisador do Grupo de Pesquisa de diagnóstico da tutela jurídica dos impactos ambientais do parcelamento do solo urbano do município de Engenheiro Coelho/SP. Advogado. Conciliador Judicial e membro da comissão de Direitos Humanos da OAB/Campinas. E-mail: carlos.ferri@ucb.org.br;

2 Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Bolsista CAPES/PROSUP. Advogado. Email: steve-camp@hotmail.com

3 Graduado em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo. E-mail: jonatasoliveira-@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Dados do Conselho Nacional de Justiça datado de 2018 revelaram que a quantidade de processos alcançou o monte 80 milhões de processos tramitaram no Poder Judiciário em 2017, destes, 94% estão concentrados no primeiro grau⁴.

Na atualidade, diversas medidas são tomadas pelo do Poder Judiciário ou fora dele para tentar solucionar o problema do excesso de processos e morosidade da Justiça e, tanto a Arbitragem como a introdução de um novo Código de Processo Civil – CPC - se apresentam como alternativas razoáveis para minimizar o problema de forma eficaz.

A mudança de paradigma introduzida pelo novo Código de Processo Civil resulta em visibilidade aos sistemas de arbitragem e precedentes, como giro que se entende a produção de justiça eficaz de modo seguro, alcançando celeridade na pacificação social.

A arbitragem, instituto privado que sofreu impactos da mudança no CPC e objeto deste artigo, visa analisar a luz de novos paradigmas para interpretação da lei ocorrida na fase pós-positivista, onde ocorre à flexibilização da lei a ser aplicada a cada caso concreto⁵.

2 POSITIVISMO E PÓS-POSITIVISMO: UMA LIGAÇÃO COM O NOVO MODO DE JURISDIÇÃO DA ARBITRAGEM

O primeiro pilar do positivismo consiste na visão de que a lei é mais relevante do que os princípios, tendo os Códigos como fonte primária do direito. Colocam-se ao lado os princípios não positivados, sem qualquer força normativa⁶.

O segundo faz referência à elaboração do diploma legal. Os estatutos foram confeccionados a partir da hipótese atual de acontecimentos, afastando-se qualquer matiz de transcendente ao direito positivado⁷ e, não mais construções teóricas expressando um padrão de comportamento obrigatório, traduzido entre uma hipótese abstrata e a consequência.

Por fim, outro pilar de sustentação do positivismo, refere-se ao modo de aplicação das leis, pois, considera-se a existência da solução prévia no Código, utilizando-se o método de subsunção⁸ do fato a norma, pela existência do comando abstrato e com força de coerção, sendo impensáveis soluções posteriores à norma.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2018*, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 13 dez. 2018

5 Nos dizeres de Georges Abboud, sobre o conceito de pós positivismo “O genuíno pós-positivismo imprime significantes mudanças nos conceitos elementares para se decidir uma questão jurídica. Esse paradigma oferece novo conceito de norma que passa a ser concretizada e a subsunção é eliminada como mecanismo para aplicar o direito, deixa-se de perquirir por uma vontade (lei ou legislador) para se alcançar a correta interpretação dos enunciados jurídicos.” (ABBOUD, 2014, p. 52)

6 “O *Code* devia ser concebido em primeiro lugar, e sobretudo, como um texto de direito positivo, e qualquer excesso doutrinário devia ser evitado; os termos do estatuto não deviam ser obscurecidos por teorias e considerações. Esse ponto de vista está de acordo com a noção de primazia absoluta do estatuto como fonte de direito. A interpretação doutrinária, a jurisprudência (em que o juiz é reduzido a um papel passivo como a voz do estatuto) e o costume encontram-se subordinados à autoridade do estatuto. Embora o costume tenha sido a fonte mais importante e a expressão do direito (um ponto a que iremos voltar), agora está relegado a um papel residual e marginal. O estatuto que, em certos estágios da evolução do direito, fora inteiramente eclipsado, agora era a fonte por excelência do direito. O Código Napoleão restabeleceu o direito e os tribunais em seu pleno rigor, mas agora o sistema era mais racional e seu funcionamento mais controlável e previsível do que no ancien régime. A eliminação do direito natural como fonte do direito positivo pertence à mesma linha de pensamento. No século XVIII, o direito racional (*Vernunftrecht*) fora um instrumento poderoso na luta contra o antigo regime político.” (CAENEGEM, 1999, p. 12)

7 “[...] o positivismo jurídico exclui de sua esfera de análise qualquer conteúdo transcendente ao direito positivo [...]” (ABBOUD, 2014, p. 55)

8 “A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se a tornar explícito, através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” (BOBBIO, 1995, p. 80)

Neste primeiro momento, notamos a inviabilidade da flexibilidade da norma; há que se ponderar a inexistência da elaboração de norma para garantir proteção aos negócios jurídicos aos casos concretos respeitados as pormenoridades.

O positivismo surge em contraste ao jusnaturalismo com pretensão a um sistema jurídico mais objetivo, equiparando o direito à lei. Ainda, afirma-se que o positivismo clássico, sob a batuta de Napoleão, surge em meio ao caos teórico decorrente do fechamento das faculdades de direito da época e a tentativa de afastamento de incorreções aplicadas pelos corruptos magistrados dessa época (CAENEGEM, 1999, p. 4-6).

No entanto, a aplicação da lei de forma objetiva sem a devida margem interpretativa, não abarcaria todos os casos concretos, ocasionando tremendas injustiças além de provocar verdadeiras aberrações jurídicas⁹.

A sociedade apercebeu-se que “se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10).

Na Segunda Guerra Mundial a tentativa de extermínio dos judeus pelos nazistas foram amstras do quanto o Direito pode ser distorcido para propósitos no mínimo nefastos.

Neste contexto o pós-positivismo surge com o fito de reconectar à função interpretativa o sistema jurídico de lei¹⁰, em resposta a algumas críticas ao positivismo¹¹.

O pluralismo na sociedade pós-moderna, onde uma grande diversidade de pessoas e opiniões, juntamente, com a complexidade de situações nos mais variados contextos, mostrou a impossível tarefa de codificar todas as situações, sendo necessárias alterações no sistema.

Diante deste novo quadro parece inevitável à flexibilização da aplicação das normas como corroborou o Novo Código de Processo Civil. Sem dúvida essas diversas mudanças também atingiram frontalmente o instituto da arbitragem.

Embora seja complexo unirmos princípios, leis e ética, a doutrina consegue nos dar uma luz a respeito e, em nosso contexto doutrinário Miguel Reale (2015, p. 42), ao expor a teoria do mínimo ético, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver”. Nessa visão, o direito seria constituído de fatos, valores e normas que não seriam estáticas e absolutas, mas, sujeitas a alterações conforme o avanço ou retrocesso de pensamentos sociais.

No positivismo clássico não existe uma obrigatoriedade de elaboração de normas em critérios morais e, sim a análise dos critérios de validade e formalidade, devendo o juiz atuar como boca da lei, em que se retira a competência da análise da lei como injusta ou justa, que por vezes prejudicial à sociedade¹².

9 “Reconhecer a obsolescência do silogismo equivale a constatar que não se pode produzir uma norma em abstrato que permitirá a solução de multiplicidade de casos por subsunção. A subsunção cai por terra juntamente com a existência de norma abstrato. A norma é concreta e coconstitutiva do caso concreto, logo ele nunca pode ser subsumida ao caso de forma mecânica.” (ABBOUD, 2014, p. 56)

10 “Não é possível cindir interpretação da aplicação. Não podemos decidir e depois buscar fundamento. Decidir e interpretar não são momentos distintos.” (ABBOUD, 2014, p. 59)

11 “A partir das premissas supracitadas, pode-se concluir que, em face do pós-positivismo, a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), ela surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício. Com efeito, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionar casos pro futuro.” (ABBOUD, 2014, p. 65)

12 Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplica-la, mas ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei. (BOBBIO, 1995, p. 87)

Com isso, a visão pós-positivista abre o sistema de valores relacionados ao direito transcendental, desde a elaboração da norma até sua aplicação. Os valores serviriam de guia para todo o sistema, por isso a importância de um sistema que atue no mínimo ético como afirmou Miguel Reale.

Nesse contexto pós-positivista que se deu o desenvolvimento do mais recente Código de Processo Civil; a Arbitragem, Conciliação e Mediação estão em destaque de forma muito mais destacado comparado com o código anterior. A lei permite a criação da norma ao caso concreto não somente pelo Estado; mas, também pelos particulares na forma recomendada e sedimentada pela legislação. Talvez seja o maior contrassenso entre o positivismo clássico¹³ e a abertura do sistema aos novos parâmetros do pós-positivismo, aplicáveis aos institutos extras estatais de resolução do conflito.

Tanto assim que a lei deve-se respeitar o acesso à linguagem no giro antológico, promovendo-se a aplicação dos princípios norteadores da vontade entre as partes, renegando a rigidez sistêmica, ou ainda, às partes deve-se garantir a possibilidade do estabelecimento de negócios jurídicos processuais¹⁴ que afastam a tutela do Estado. A autonomia privada será privilegiada e interpretada de dentro dessa mudança do positivismo – inaplicabilidade incontestada de qualquer vontade das partes – para o pós-positivismo.

Essa proposta para o deslinde dos problemas que envolvam a necessidade de intervenção e a aplicabilidade da arbitragem significa a i) abertura da interpretação das normas privadas estabelecidas entre as partes, tornando-se lei, ou seja, texto normativo a partir do qual a solução será proposta; ii) retirada do Estado Juiz a singularidade na possibilidade de resolução do conflito, ora, essa é a completa revolução e reinterpretação do positivismo clássico.

Após essa primeira análise, resta-nos verificar a forma pela qual foi recepcionada a arbitragem em nosso ordenamento pela Lei n.º 9307/96 – a qual denominaremos Lei de Arbitragem – e as referências no Novo Código de Processo Civil, sem esgotar o tema e sim abordar de forma sistemática e pontual os efeitos jurídicos.

3 ARBITRAGEM

A Arbitragem, já consolidada em outros países, ainda é vista no sistema jurídico brasileiro com certa desconfiança. Ao analisar a Arbitragem no contexto latino americano Stephen D. Mc Creary (1991, p. 17-18) afirma em seu livro *International Arbitration in Latin*, que a arbitragem se desenvolve de forma lenta devido a uma hostilidade quanto a Arbitragem Internacional, também conhecida como doutrina Calvo (CARMONA, 2009, p. 2).

Na concepção de Strenger (*apud* CRETELLA NETO, 2004, p. 5), a arbitragem consiste no “sistema de solução de pendências, desde pequenos litígios pessoais até grandes controvérsias empresariais ou estatais, em todos os planos do Direito, que expressamente não estejam excluídos pela legislação”¹⁴.

Ainda, podemos afirmar ser a arbitragem “um mecanismo ou técnica de solução de controvérsias instaurada pelas próprias partes, mediante a intervenção de terceiros, expressamente autorizado pelos litigantes” (CRETELLA NETO, 2004, p.11).

Interessantemente a Arbitragem necessariamente terá pontos de intersecção com as esferas públicas e privadas, e em especial com a mediação e a conciliação. “A conciliação trata de um relacionamento meramente circunstancial, pois inexistente uma relação contínua que envolva as partes,

13 “Um segundo aspecto é representado pela concepção rigidamente estatal do direito, segundo a qual jurídicas são exclusivamente as normas postas pelo Estado, ou, de qualquer forma, que conduzam a um reconhecimento por parte dele. Tal concepção implica no princípio da onipotência do legislador, do qual já falamos outras vezes, este princípio não coincide com a negação genérica do direito natural, porque importa também a negação de todo tipo de direito positivo diferente daquele posto pela lei, como o direito consuetudinário, o direito judiciário e principalmente o direito científico.” (BOBBIO, 1995, p. 86)

14 Nessa perspectiva, para demonstrarmos os fundamentos do paradigma pós-positivista, será necessário analisarmos três pontos primordiais: (a) a diferença entre texto e norma; (b) interpretação do direito deixa de ser ato revelador da vontade ou do legislador; (c) a sentença deixa de ser processo silogístico: ou seja, as questões jurídicas não podem mais ser aplicadas por subsunção.” (ABBOUD, 2014, p. 75)

o que permite ao conciliador sugerir diversas propostas de acordo.” (HABERMANN, 2016).

A arbitragem entende as partes como responsáveis por suas ações e traz uma liberdade procedimental e material, inclusive dando ao árbitro a possibilidade do julgamento por equidade, ou a partir de outros ordenamentos jurídicos (CARMONA 2009, p. 64).¹⁵

Ao comentar sobre a natureza da arbitragem, Freddie Didier Jr (2013, p. 1), em referência ao então Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que a Arbitragem foi entendida pela concepção majoritária, a arbitragem é jurisdição. Ainda comentando o mesmo autor, o caput do artigo terceiro indica o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, enquanto que a jurisdição civil estatal será regulada pelo Código de Processo Civil, o processo civil será regulado por um microsistema jurídico próprio, tendo o Código de Processo Civil, aplicação subsidiária. (DIDIER JR., 2013, p.1)

É interessante notar que diversos princípios do ordenamento jurídico processual e material também são compartilhados pela arbitragem, tais como princípio da igualdade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal entre outros¹⁶.

Um dos princípios adotados pela arbitragem é o princípio da Autonomia da Vontade das partes, há liberdade para que tanto o direito material e processual, sejam escolhidos, acrescentando-se a equidade, princípios gerais do direito, usos, costumes e direito estrangeiro (CARMONA 2009, p.15). A aplicação do princípio da autonomia na resolução do conflito representa clássica viragem interpretativa e de aplicação do pós-positivismo, uma vez que se reconhece a produção da norma não pelo texto de lei e sim, pela interpretação. A autonomia nas escolhas dos princípios de formação da sentença seria das partes, contrariando, frontalmente a autonomia da lei¹⁷.

Diferentemente do Poder Público, por estar na esfera privada, os usos e costumes e até a *LEX MERCATORIA*, poderá ser utilizada na solução de um caso concreto. Ao se negociar no âmbito internacional poderá ocorrer impasses que poderão ser resolvidos a partir da *LEX MERCATORIA*, que segundo Carmona (2009, p. 73) seria o conjunto de princípios gerais e regras geradas pelos costumes do comércio internacional sem referência a sistema legal específico.

Uma das áreas que o Código de Processo Civil trouxe alterações a respeito da arbitragem foi quanto ao momento de instauração da Arbitragem que se faz através da Convenção Arbitral. A convenção arbitral é composta de cláusula arbitral¹⁸ e compromisso arbitral. A mudança no momento de sua

15 Afirma Didier que a arbitragem “É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e ‘imparcial’ (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição. ‘Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrados pelos interessados’.” (DIDIER JR, 2017, p. 169-170)

16 Ainda: “A arbitragem é antiga forma de solução de conflitos fundada no passado, na vontade das partes de submeteres a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem, figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.” (NEVES, 2017, p. 77)

17 “Atualmente, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos: (i) as partes escolhem um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e, (ii) a decisão desse terceiro é impositiva, o que significa que resolve o conflito independentemente da vontade das partes.” (NEVES, 2017, p. 77)

18 O positivismo, ao contrário do paradigma pós-positivista, admite a concepção autônoma da norma jurídica, nesse modelo, ela pode ser anterior à atividade interpretativa necessária para o deslinde do caso concreto. Essa concepção abstrata e semântica da norma é consentânea com o procedimento de aplicação do direito no positivismo que é o silogismo. Para o positivismo, é possível admitir que o direito possua um significado já pronto no passado (mens legis ou legislatoris) que mecanicamente pode ser utilizada para se aplicar o direito ao caso concreto. Nesse modelo subsuntivo de aplicação do direito, a norma jurídica não é concretizada e estruturada mediante a fusão dos dados linguísticos e extralinguísticos, pelo contrário, ela é simplesmente revelada a partir de uma vontade da lei ou do legislador. A concepção da decisão judicial como simples silogismo formulado a partir de um procedimento lógico-formal apresenta-se plenamente defasada, isso por que a sentença não pode mais ser concebida como silogismo em que se formula a norma por meio de um método lógico-formal. Todavia, a sentença no bojo da qual é produzida a norma para solucionar o caso concreto (real ou ficto), ocorre de maneira estruturante, afinal, não existe um descobrir a norma (como se ela correspondesse à vontade da lei ou do interprete) o que de fato existe é um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. (ABBOUD, 2014, p. 82)

instauração, sendo uma anterior a ocorrência da lide, e outra posteriormente¹⁹.

Nada mais emblemático para entendermos a transição do positivismo para nosso atual cenário e possíveis desdobramentos do que a análise da convenção arbitral que teve a visão sobre sua importância vinculativa alterado ao longo dos anos, acompanhado a evolução do próprio instituto e da aplicação moderna da lei²⁰.

Em opinião contrária a atual, Washington de Barros Monteiro (2016, p. 319) foi peremptório ao afirmar, com apoio em antiga orientação jurisprudencial, que a cláusula compromissória, não teria qualquer valor vinculativo (CÂMARA, 2009, p.23), reafirmando a posição unilateral para produção do Direito, único e exclusivamente, pelo o Estado.

Essa mudança de paradigma trouxe funcionalidade e eficácia muito maior ao entender que ambas as cláusulas, compromissória e compromisso arbitral, tem poder para estabelecer a convenção arbitral, mostrando claramente a flexibilização do instituto de forma a atender as demandas de casos concretos onde não mais são encarados como formas de pré-contratos e sim formas de estabelecimento da arbitragem para produção de norma.

Outro importante princípio - sigiliosidade, por muitas vezes foi entendido pelo Poder Público, sem um estudo mais aprofundado, como conflitante com o princípio da publicidade. O artigo 189, IV do Novo CPC, destina autonomia às partes garantindo o sigilo, não apenas na esfera privada, mas adentrando na esfera pública, protegendo o sigilo se houver acordado pelas partes, através do segredo de justiça.

O árbitro embora detendo poder de decisão, não possui poder de coerção, devendo-se procurar cooperação com o judiciário para atingir seus objetivos de apreensão de objetos ou condução coercitiva conforme expresso no artigo 237 IV.

Marco Tullio Zanzachi em sua obra *Diritto Processuale Civile I* (1964, p. 15) dispõe da seguinte maneira sobre competência do árbitro:

Notio- Faculdade de decisão.

Imperium- Faculdade de coerção”

O jurista atribui ao árbitro ainda uma terceira faculdade que seria a faculdade de *documentação*, e sob este enfoque o árbitro teria a faculdade de decisão e documentação, mas não poderes de *coerção* (CARMONA, 2009, p.318)²¹.

De forma clara é expresso que a convenção arbitral em conjunto com a cláusula compromissória, formas de instituição da arbitragem, não poderão nas matérias abordadas serem reconhecidas de

19 “Cláusula compromissória é a convenção em que as partes decidem, prévia e abstratamente, que as divergências oriundas de certo negócio jurídico serão resolvidas pela arbitragem; as partes, antes do litígio surgir, determinam que, uma vez ele ocorrendo, a sua solução, qualquer que seja o conflito, desde que decorra de certo negócio jurídico, dar-se-á pela arbitragem.” (DIDIER JR., 2017, p. 170)

20 “*Compromisso arbitral* é o acordo de vontades para submeter uma controvérsia concreta, já existente, ao juízo arbitral, prescindindo do Poder Judiciário. Trata-se pois, de um contrato, por meio do qual se renuncia à atividade jurisdicional estatal, relativamente a uma controvérsia específica e não simplesmente especificável.” (DIDIER JR., 2017, p. 170).

21 A Lei Arbitral Brasileira rompeu com um velho preconceito existente no Direito Brasileiro ao equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, sendo ambos capazes de ter como efeito a instauração da Arbitragem. Abandonou-se assim, a ideia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito a percepção de uma indenização por perdas e danos. A Lei de Arbitragem cria a figura genérica da convenção de Arbitragem, ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem. (CÂMARA, 2009, p. 23)

22 Nas decisões relativas a competência do árbitro e do juiz o doutrinador Giuseppe Saredo (1887, p. 198), *Incluzioni di Procedura Civile apud* Carmona (2009, p.230) divide a competência em cinco partes distintas, sendo elas:

- a) *Notio*- que seria a faculdade de conhecer uma causa
- b) *Vocatio*- faculdade de fazer intervir no juízo aqueles que sejam útil a justiça para que se chegue ao conhecimento da verdade
- c) *Coertio*- direito de fazer-se respeitar e de reprimir ofensas no exercício da função.
- d) *Iudicium*- direito de julgar e pronunciar sentenças.
- e) *Executio*- direito de tornar obrigatório às decisões

ofício pelo juiz conforme artigo 337, parágrafo 5º, do CPC.

Ainda, de acordo com o Novo CPC a extinção do processo judicial sem resolução de mérito, ocorrerá quando estiverem presentes os requisitos da convenção de arbitragem como também na hipótese do estabelecimento da competência pelo árbitro, através do princípio *Kompetez-Kompetez*, traduzido pela determinação do próprio árbitro da sua competência, conforme lei de arbitragem vigente, art. 485 VII.²³

Em diversos momentos devido aos poderes limitados do árbitro, já abordados anteriormente, o Poder Judiciário poderá ser acionado, como auxiliar em caso de medidas cautelares, determinadas decisões que fogem da alçada do árbitro como coerção de testemunhas.

O entendimento jurisprudencial vê a escolha da utilização da arbitragem como logicamente excludente do Poder Judiciário, não funcionando a Arbitragem como uma primeira etapa para posterior acionamento do Poder Estatal.

O poder Estatal deverá ser acionado em casos emergenciais e em casos pontuais, não devendo haver invasão de competência de ambas as partes devendo sempre haver um tratamento de respeito mútuo e urbanidade entre juízes, árbitros e advogados.

Quanto a anulação parcial da sentença, não há posicionamento jurisprudencial dominante e a questão ainda não foi pacificada. A partir do momento da alegação da ação de anulação, começara a contar um prazo decadencial de 90 dias. Segundo interpretação de Carmona 2008, do artigo 38, IV da lei arbitral seria cabível a anulação parcial, que se comparado com o artigo 34, parágrafo 2º, a, III, chega-se a mesma conclusão (CARMONA, 2009, p. 426).

Ainda sobre a relação existente entre o Poder Judiciário e a Arbitragem, Maia Neto (2015, p.19) indica que o assunto fez parte dos tópicos de discussão do Projeto de Lei que pretendeu melhorar este quesito, especialmente referente ao ajuizamento de demandas anulatórias e tutelas de urgência.

É interessante notar como regra geral, a impossibilidade na Arbitragem da apresentação de recurso, podem as partes acordarem recursos similares ao do Poder Público por exemplo. Uma vez prolatada a sentença poderá ocorrer apenas embargos de declaração, e o recurso de apelação sem o efeito suspensivo, devendo o árbitro começar seu trabalho antes do trânsito em julgado da sentença referente ao compromisso arbitral, conforme artigo 520, VI, Código de Processo Civil (CARMONA, 2009, p.165).

Na esfera arbitral não existe recurso, a não ser que as partes assim acordem para que o laudo seja revisado, sendo que o juiz estatal não entrará em contato. No caso de contratos multilaterais, as competências se dividirão e parte será resolvida pelo árbitro e parte pelo juiz togado, existindo dúvidas contratuais deverão ser solucionadas pelo meio arbitral (CARMONA, 2009, p.120). O Novo CPC determinou ainda que o instrumento a ser utilizado no caso de negatória de convenção arbitral será o agravo de instrumento conforme artigo 1015, III.

Uma vez prolatada a sentença poderá ocorrer apenas embargos de declaração, e o recurso de apelação, sem o efeito suspensivo, os árbitros começarão os trabalhos antes do trânsito em julgado da sentença referente ao compromisso arbitral, conforme artigo 1012, §1º, IV, do Código de Processo Civil (CARMONA, 2009, p.165).

Em relação aos Embargos à Execução, se a matéria a ser tratada for de ordem processual caberá ao juiz togado e, quando o tema a ser tratado for validade, eficácia e extensão a competência será do árbitro (CARMONA, 2009, p.120).

23 É necessário, portanto que o árbitro seja pessoa física e seja capaz. Continuando sobre a capacidade, Magistrados, membros do Ministério Público e falidos não poderiam atuar como árbitros nem aqueles que sejam suspeitos ou impedidos conforme o Código de Processo Civil (ROCHA, 2008, p. 52).

De forma objetiva as sentenças poderão ser classificadas segundo Rocha (2008, p. 104):

- a) meramente declaratórias, positivas ou negativas, b) constitutivas, c) condenatórias, d) declaratórias negativas da pretensão das partes. [...].
- Quanto ao corpo da sentença arbitral, ela seguirá este procedimento: a) decisão, b) redação, c) subscrição.

Percebe-se uma nova dinâmica positivada em nosso ordenamento jurídico através do Novo CPC, objetivando junto com outras medidas a celeridade dos procedimentos, sem, contudo, perder a segurança processual.

Quanto a impugnação de sentenças, tema também tratado no Novo Código de Processo Civil temos a visão do processualista José Barbosa Moreira (2013, p.100-103), em que o direito a impugnação das sentenças poderá:

[...] dar continuidade ao processo, perante o mesmo ou diverso órgão, reexaminando a decisão. Se porem há a instauração de um novo processo, mais o objeto a ser tratado é a decisão proferida em processo anterior é uma ação de impugnação e não um recurso que será utilizado. A ação de impugnação de sentença arbitral tem natureza de ação autônoma e não recurso.

Os artigos 34 e 36 tratam dos requisitos procedimentais para a sentença estrangeira e a execução sejam homologadas, fazendo-se referência ao art. 960, do Código de Processo Civil.

A lei de arbitragem trata a respeito da sentença arbitral estrangeira e o seu reconhecimento em território nacional. O direito na visão de Vicente Greco Filho (2013, p. 381) é a decorrência de que os atos jurisdicionais se internacionalizem e diante de tal pressuposto afirma que “o direito estrangeiro, neste caso, apresenta-se não como disposição geral, mas como norma já aplicada a uma hipótese concreta pelo Poder Judicial.” (GRECO, 2013, p. 381).

Basicamente a sentença arbitral não será homologada, quando, ferir a Ordem Pública Nacional. Sobre a ordem pública, Ramalho Almeida (2007, p.129) discorre afirmando que “é considerada o princípio mais importante do Direito Internacional Privado”. Mais uma vez é possível desmistificar vários mitos em relação à arbitragem, onde a ordem pública também é princípio caro para o instituto.

Ao comentar a respeito das alterações da Arbitragem incorporadas no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 485, fica claro que o juiz não resolverá o mérito quando seja acolhido a existência de alegação de convenção arbitral ou juízo arbitral for competente, o jurista Joaquim de Paiva Muniz entende que o efeito da cláusula é negativo quanto a convenção arbitral devendo o juiz extinguir o processo judicial sem julgamento de mérito. (MAIA NETO, 2015, p.169).

Ainda sobre a Convenção de Arbitragem, no artigo 337 do Novo Código de Processo Civil a existência da convenção arbitral deverá ser alegada pela parte na contestação e se não alegada nesse momento, será entendido pelo Poder Judiciária a renúncia ao foro arbitral. (MAIA NETO, 2015, p.192).

Ainda sobre o tópico apresentado Freddie Diddier Jr. comunga a ideia apresentada anteriormente, ao comentar o artigo 249 do Projeto de Lei do Novo Código, afirma caber ao réu alegar na primeira oportunidade a existência de convenção arbitral, e a não alegação será entendida como aceitação da jurisdição estatal (DIDDIER JR., 2013, p. 5)

Continuando, Ramalho Almeida (2007, p. 131), acrescenta “Na confluência das duas vertentes Direito Internacional Privado e Direito Civil, a arbitragem comercial internacional é um campo onde a ordem pública desempenha um papel fundamental”. A ordem pública desempenhará um papel ainda mais relevante quando mais de um ordenamento jurídico está envolvido, sendo de relevância na utilização da Arbitragem.

Quando se analisa o Instituto da Arbitragem e sua relação com o Poder Público ou com o Código de Processo Civil entramos em uma seara delicada, mas não impossível de ser navegada. Embora diversas ideias do instituto sejam concorrentes a diversas ideias do Poder Público, não necessariamente significa serem contrárias.

Existem diversas vantagens na arbitragem, e Rocha (2008, p. 9-10) lista algumas, dentre as quais, destacou “rapidez, simplicidade, informalidade procedimental, melhor qualidade da decisão, mais opções de julgamento, discricção, sigilo e eficácia”.

Cooley e Loubet (2001, p. 27) a respeito das vantagens da Arbitragem em relação ao poder Judiciário, pondera da seguinte maneira:

Com relação a natureza do foro, o julgamento por tribunal ocorre num foro público onde os processos são distribuídos aleatoriamente a juízes para sua supervisão e decisão, juízes que são responsabilizados por suas decisões. Tanto a Arbitragem, quanto a mediação, são não públicas, característica que é vantajosa para a solução de certos tipos de disputa em que as partes desejem privacidade, quanto aos procedimentos e aos resultados. Ademais, tanto na mediação, quanto na arbitragem, as partes escolhem, mediante acordo mútuo, partes neutras qualificadas, que as vezes tem conhecimentos e experiência especializados específicos. No entanto na Arbitragem, as partes normalmente têm controle significativo sobre o processo de solução.

A jurisdição é uma forma de expressão de soberania do Estado e a grande questão referente à Arbitragem é se a mesma não iria contra o monopólio estatal jurisdicional. Segundo Rocha (2008, p.16) no cerce da questão, está o conceito de Poder e Exercício de Poder.

Portanto, com esse quadro em mente, o Poder Judiciário poderá intervir na Arbitragem de três maneiras distintas.

A primeira é de natureza auxiliar como a que consta no art. 7º, da Lei de Arbitragem, para formalizar de forma judicial a convenção arbitral, auxílio judicial para produção de prova (art. 22, §2º, Lei de Arbitragem), nomeação de árbitros (art. 13, § 2º, Lei de Arbitragem).

A segunda maneira de intervenção são as de natureza complementar, para execuções de medidas cautelares (art. 22, § 4º, Lei de Arbitragem), execução de sentença (art. 31 e 584, III CPC), reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras (art. 34 Lei de Arbitragem).

O terceiro tipo de intervenção é de natureza revisora, como mandado de segurança contra ato de arbitro que viole direitos fundamentais (ROCHA, 2008, p.100).

Não há diferenciação entre impedimento e suspeição em relação aos árbitros, art. 14, da Lei de Arbitragem, opostamente ao Código de Processo Civil que faz distinção entre impedimento e suspeição, isso não ocorre na Arbitragem, obrigando em ambos os casos o arbitro a se afastar do caso, porém, prevalecera o princípio da autonomia de vontade, e uma vez que as partes acordem em relação ao impedimento ou suspeição, não haverá prejuízo para instituição da arbitragem. O impedimento ou suspeição, na arbitragem, deverão ser alegados na primeira oportunidade (CARMONA, 2009, p. 252-254).

Na arbitragem poderá ser acionada a Justiça, sem adentrar o juiz no mérito da questão e sem com isso desmerecer o procedimento arbitral ou Poder Judiciário, por exemplo, em relação à antecipação de tutela, Candido Rangel Dinamarco, em sua obra, coloca como “ferramenta para minimizar os males corrosivos do tempo no processo (DINAMARCO, 1995, p.138)

Uma outra questão que merece ser abordada é em relação ao sigilo (princípio arbitral) e o princípio da transparência e publicidade dos atos administrativos, sendo resolvido de forma que o princípio da transparência deva ser considerado e respeitado, sendo garantido o acesso a dados importantes do processo arbitragem (CARMONA, 2009, p. 52).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisando as diversas mudanças ocorridas nos ordenamentos legais no período positivista, percebe-se que o mesmo atendeu por um tempo as necessidades locais de cada Estado, principalmente se levarmos em conta o aspecto da objetividade e segurança jurídica, mas devido as transformações intensas na sociedade não é seguro afirmarmos que o mesmo possui respostas dedutivas para cada caso concreto.

Percebeu-se também que a mudança do Código de Processo Civil ocorre em um momento em que há uma quantidade gigantesca de processos, e diversas medidas estão sendo tomadas para que a Justiça se torne mais célere, eficiente e justa.

Conclui-se que o Instituto da Arbitragem sofreu diversas alterações pelo Código de Processo Civil, mas que se analisarmos as diversas mudanças ocorridas tanto no Código, como no Instituto, perceberemos que essas mudanças fazem parte de um processo muito mais amplo, de mudanças para tornar o Poder Judiciário e o exercício da Jurisdição mais eficientes, objetivando a pacificação social.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial. O Ato Administrativo e a Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALMEIDA, Ricardo. Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro, 2007.

ALVES, Rafael. Francisco. *A Inadmissibilidade das medidas antiarbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2009.

BARBOSA MOREIRA, José. Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

BRASIL. *Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996.

CAENEGEM, Raoul. Charles. *Uma História ao Direito Privado*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CÂMARA, Alexandre. Freitas. *Arbitragem Lei 9307 de 1996*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Justiça em Números 2015, 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

COOLEY, John. W.; LUBET, Steven. *Advocacia de arbitragem*. Brasília: Editora UnB, 2001.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

D. MCCREARY, Stephen, *International Arbitration in Latin America*, Business America, February 11, 1991, p.17-18.

DIDIER JR., Fredie. A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil. *Revista Eletrônica Ad Judicia*, Ano I, número I, 2013, Porto Alegre RS, Brasil.

- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 20. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. *Breve Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1995. v.1.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.
- DINAMARCO, Candido. Rangel. Limites da Sentença Arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro. A. Batista.; GARZEZ, José. Maria. Rossani. (Coords.). *Reflexões sobre arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro, Volume 2*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMANN, Raira. Tuckmantel. *Mediação e Conciliação no Novo CPC*. Leme: Editora Habermann, 2016.
- MAIA NETO, Francisco. *Reforma da Lei de Arbitragem. Comentários ao texto completo Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as alterações da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015*. Belo Horizonte: Francisco Maia & Associados, 2015.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Atlas. 2008.
- MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 39.ed. São Paulo: Editora Forense, 2016.
- MONTEIRO, W. B.; PINTO, A. C. B. M. F. *Curso de direito civil*. 43. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil, Volume Único*. 9. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27. ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2015.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto processuale civile*. 6. ed. Imprenta: Milano, A. Giuffre, 1964.

Recebido em: 21/07/2017

Aprovado em: 14/12/2018

Como citar este artigo (ABNT):

FERRI, Carlos Alberto; CAMPOS, Estevão; OLIVEIRA, Jonatas Roberto de. A resolução de conflitos através da arbitragem: o afastamento do positivismo clássico. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.35, p.109-119, maio/ago. 2018. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2018/12/DIR35-07.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.