

O DIREITO DE ACESSO A TRIBUNAL, À MEDIAÇÃO E À ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE RIGHT TO ACCESS TO COURT, MEDIATION AND ARBITRATION IN THE AMERICAN HUMAN RIGHTS CONVENTION

Adriane Garcel

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA. Pesquisadora no Grupo Direito da Saúde e Empresas Médicas - Registrado no CNPq. Pesquisadora do grupo de pesquisa no grupo Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano – Registrado no CNPq. Mediadora Judicial. Servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

José Laurindo de Souza Netto

Pós-doutor pela Faculdade de Direito da Universidade Degli Studi di Roma – La Sapienza. Estágio de Pós-doutorado em Portugal. Professor permanente no Mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR Projeto de pesquisa Científica - Mediação Comunitária: um mecanismo para a emancipação do ser humano, registrado no CNPq. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná, 2º Vice-Presidente, membro de seu Órgão especial e Presidente do NUPEMEC.

Miguel Kfourri Neto

Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR). Líder do grupo de pesquisas “Direito da Saúde e Empresas Médicas (UNICURITIBA), registrado no CNPq.

Submetido em: 07/02/2020

Aprovado em: 09/03/2020

Resumo: O artigo tem por escopo examinar o direito de acesso à Justiça, sob o viés da Convenção Americana dos Direitos Humanos, por meios autônomos e difusos de solução de conflitos. O trabalho justifica-se pela relevância política, econômica e social, uma vez a busca constante pelo

judiciário inviabiliza a efetividade dos direitos e garantias assegurados na CADH. O exame parte de duas premissas elementares e estruturantes: a invocação de um direito à solução de conflitos por meio adequado e a ampliação dos serviços judiciais para além do provimento adjudicado. Tais assertivas estão presentes no desenvolvimento do todo o ensaio. Assim, em uma incursão a uma visão principiológica e contemporânea contribui para a fundamentação metodológica em pleno desenvolvimento no âmbito da mediação e da arbitragem no Brasil.

Palavras-chave: acesso à justiça; mediação; arbitragem; direitos humanos; CADH.

Abstract: *The article aims to examine the right of access to justice through autonomous and diffuse means of resolving conflicts under the American Convention on Human Rights. The work is justified by its political, economic and social relevance, since, in line with the national policy for the proper handling of conflicts, established by the National Council of Justice, it develops around the dissemination of the culture of social pacification and the enforcement of Rights enshrined in the San José Pact of Costa Rica. The examination is based on two elementary and structuring premises: the invocation of a right to the resolution of conflicts through appropriate means and the expansion of judicial services beyond the adjudication provided. As a methodology, qualitative research is adopted, based on doctrinal and jurisprudential analysis. Thus, in an incursion into a principled and contemporary vision, it contributes to the methodological foundation in full development in the scope of mediation and arbitration in Brazil.*

Keywords: *access to justice; mediation; arbitration; human rights; ACHR.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A mediação como forma de acesso à justiça sob à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos. 2. A arbitragem na Convenção Americana de Direitos do Homem. 3. O acesso à justiça no Pacto de São José da Costa Rica e as contribuições do Supremo Tribunal de Justiça. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A questão do acesso à justiça passou por radical evolução ao longo dos anos. De um acesso restrito e limitado apenas a determinados estamentos da sociedade, o acesso ao Judiciário passou a se expandir, em conjunto com o desenvolvimento de um Estado cada vez mais afeito às políticas sociais.

Paralelamente, o mercado e o comércio internacional também se desenvolveram e, num mundo cada vez mais ágil e globalizado, passaram a demandar respostas e soluções ágeis e práticas para os seus próprios litígios.

Nesse sentido, com a expansão da globalização, a difusão da internet e diante de um panorama que estabelece a necessidade de prestações ágeis e eficazes, mudou também o significado do acesso à justiça: se antes a expressão significava, pura e simplesmente, o acesso de todas as pessoas ao Judiciário e a possibilidade de submeter cada vez mais litígios ao arbítrio do juiz togado, hoje o acesso à justiça pode ser compreendido como o acesso aos meios adequados de resolução para cada tipo de litígio, de forma a proporcionar, às partes, a solução mais satisfatória para seus conflitos.

A evolução dos métodos de acesso à justiça é evidente a partir da obra de Cappelletti (1998), que teorizou acerca deste desenvolvimento como um processo que se deu em três ondas de acesso.

A primeira teria aberto a possibilidade de assistência judiciária para os mais pobres, democratizando o acesso ao Judiciário, não apenas em termos de acesso aos procedimentos judiciais, mas também através do fornecimento, pelo Estado, de assistência jurídica aos necessitados como forma de expandir, a estas pessoas, o acesso à Justiça, seja através de advogados privados pagos pelo poder público para representar aquelas pessoas que não dispõem de condições, seja pelo corpo de defensores públicos que servem especificamente para esta função.

Cabe ressaltar, aqui, o próprio exemplo da atual realidade brasileira, onde se verifica a gratuidade das custas processuais para aqueles que comprovem fragilidade socioeconômica, garantindo que quaisquer indivíduos, independentemente de renda ou posição social, possam levar suas demandas ao Judiciário.

A segunda onda de acesso à justiça concretizou a possibilidade da representação dos interesses difusos – ou coletivos – perante o Judiciário, o que simbolizou a transição de um Direito que enxergava apenas os litígios e interesses individuais para uma ciência jurídica também preocupada com a tutela das questões da coletividade, principalmente a partir das grandes demandas coletivas verificadas no pós-II Guerra Mundial, relacionadas principalmente à proteção ao meio-ambiente, às questões trabalhistas ou aos interesses do consumidor.

Foi o início não apenas da noção de que diferentes tipos de conflitos também necessitam do acesso à justiça, mas também da percepção, ainda incipiente, de que cada tipo de conflito merece um tipo específico de tratamento que possa conduzir ao seu desenlace.

A terceira onda, de particular interesse para este capítulo, consolidou a noção de que novos problemas demandam novas abordagens e soluções. Foi a onda que contribuiu para a expansão do acesso à justiça através da busca pela compreensão das diferentes possibilidades trazidas por cada conflito; nesse contexto é que surgiram e se desenvolveram os métodos adequados de resolução de conflitos, que se estabeleceram paralelamente à percepção de que era necessário retomar e prestigiar o protagonismo das partes no andamento processual e na solução de seus próprios litígios.

A oferta de novas alternativas para o tratamento de conflitos de interesse se trata, portanto, da concretização do ideal de expansão do acesso à justiça, reco-

nhecendo que a promoção deste acesso não é exclusividade do Poder Judiciário, sendo, antes, política que deve ser promovida pelo Estado através da abertura de novas vias para a resolução dos mais diversos tipos de litígios. Este reconhecimento passa pela percepção de que a função do Estado já não se limita a meramente oferecer acesso aos mecanismos do Poder Judiciário, mas também passa por promover como política judicial a abertura a outros meios de pacificação social (CINTRA, et al., 2010, p. 44)

Nesse sentido, os novos métodos de resolução de litígios trazem o elemento essencial para a concretização do acesso à justiça: a eficácia, que evita que este acesso seja meramente formal, contribuindo de forma real para levar a justa resposta às pretensões das partes (CINTRA, et al., 2010, p. 44).

Somente desta forma é possível concretizar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que não deve ser interpretado somente como o acesso puro e simples aos mecanismos da justiça, mas sim como acesso à ordem jurídica justa (MANCUSO, 2012, p.151).

Dentre as novas perspectivas trazidas no bojo da terceira onda, se encontra também a possibilidade da utilização de mecanismos privados para a resolução de litígios (CAPPELLETTI, 1998, p.71), dentre eles a arbitragem, que se consolidou nos ordenamentos jurídicos de todo o mundo, inclusive no Brasil, contribuindo de forma indelével para expandir o acesso à ordem jurídica justa a partir da oferta de um método dotado de plena eficácia e reconhecimento em lei.

Em tempo, partindo deste contexto, com aporte na Convenção Americana de Direitos Humanos, perscruta-se o lastro político e social que dá sustentação a adoção da mediação e a arbitragem no Brasil, estabelecendo-os como mecanismos hábeis e adequados de acesso à justiça.

Na primeira parte, se busca uma contextualização e análise da mediação com aporte na CF/88, na Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a Política Nacional de Tratamentos dos Conflitos, e na Lei Federal nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação. Em seguida se examina a arbitragem, com aporte na Lei Nº 9,307/1996. Ambas as análises são verificadas à luz da Convenção Americana dos Direitos Humanos ao que se refere ao acesso à Justiça. Na terceira parte, se apresenta a atuação da Superior Tribunal de Justiça no âmbito da mediação e da arbitragem como portas de acesso à Justiça.

Por fim, reafirma-se os meios adequados de solução de conflitos como verdadeiros instrumentos efetivados dos direitos estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica.

1. A MEDIAÇÃO COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA SOB À LUZ DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

De início, todas as querelas interpessoais podem ser trabalhadas na mediação, em que pese, seja mais adequada quando há contendas que envolvem inter-relações duradouras e nos quais preponderam os aspectos subjetivos, uma vez que, privilegia a retomada do diálogo entre os envolvidos e o restabelecimento do *status quo* da relação.

Vale ressaltar, contudo, para a delimitação do meio de solução de conflitos a ser empregado é necessário considerar a motivação das partes envolvidas, ou seja, os objetivos da questão a ser resolvida, bem como suas características peculiares (PECKHAMM, 1985, p. 269).

Neste sentido, a mediação consiste em um processo cooperativo, que considera as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade e equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada (BACELLAR, 2016, p. 230).

Por um longo período a heterocomposição e a autocomposição foram considerados instrumentos próprios das sociedades primitivas. Por outro lado, o processo jurisdicional representava a conquista da civilização (GRINOVER, 2008, p. 71).

Hoje, o interesse pela autocomposição com enfoque funcional, social e político ressurge, mostrando-se como um mecanismo capaz de evitar o processo ou encurtá-lo, tem-se então uma cultura de conciliação, cujos fundamentos passam-se a serem percorridos.

Partindo do pressuposto acima, os fundamentos funcional, social e político das vias conciliatórias são coexistentes e complementares. Uma vez que, o funcional refere-se a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição, o social trata-se da pacificação e o político da participação popular (LAGRASTA, 2016, pp. 45-49).

O mecanismo predominante utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério vem gerando a “cultura da sentença”, que tem como resultado o aumento cada vez maior da quantidade de recursos (WATANABE, 2016, p. 51).

Alinhada à Convenção Americana de Direitos Humanos, a Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com a consequente disseminação da cultura de pacificação.

Um dos pontos mais relevantes da resolução reside na atualização do conceito de acesso à justiça. Já não basta tê-lo como mero acesso aos órgãos judiciários e aos processos contenciosos, e sim como acesso à ordem jurídica justa. Vislumbra-se então uma tendência nacional de ampliação das vias de acesso à justiça.

Extraí-se, ainda da resolução, que todos os jurisdicionados tem o direito à solução dos conflitos de interesses pelos meios mais adequados a sua natureza e peculiaridade, inclusive com a utilização dos mecanismos adequados de resolução de conflitos, como mediação e a conciliação.

De acordo com o § único, do art. 1º da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, que dá regramento ao exercício da mediação com meio adequado para a solução de controvérsias, mediação é a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Corroborando, pelos critérios estabelecidos no art. 165 do Código de Processo Civil, a mediação é instrumento mais adequado aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes. Seu propósito é o de ajudar as partes a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles próprios possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, soluções que forneçam benefícios recíprocos.

Nesse sentido, impende destacar a assertiva de Humberto Theodoro Junior, sobre a relevância da pacificação social para uma vida em sociedade:

Para manter o império da ordem jurídica e assegurar a paz social, o Estado não tolera a justiça feita pelas próprias mãos dos interessados. Divide, pois, suas funções soberanas, de molde a atender a essa contingência, em atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 13)

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (2018), no período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos. Sendo que, a Justiça Estadual concentra a maior parte do estoque de processos: 63.482 milhões, o que equivale a 79% dos processos pendentes. A Justiça Federal concentra 12,9% dos processos, e a Justiça Trabalhista, 6,9%. Os demais segmentos, juntos, acumulam 1% dos casos pendentes.

Em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil - esse é o maior índice de produtividade desde 2009. Os índices de produtividade dos magistrados (IPM) e dos servidores (IPS-Jud) são

calculados pela relação entre o volume de casos baixados e o número de magistrados e servidores que atuaram durante o ano na jurisdição. Em 2017, o IPM e o IPS-Jud variaram positivamente no último ano em 3,3% e 7,1%, respectivamente. O Cenário é alarmante, sendo um dos motivos pela busca de novos métodos como alternativas mais eficientes para o descongestionamento do Poder Judiciário.

Recentemente, passou-se a afirmar que a mediação, a conciliação e mesmo a arbitragem não seriam meios alternativos, mas sim adequados, formando um modelo de sistema de justiça multiportas. Essa expressão “multiportas” decorre de uma metáfora – seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta de mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal (CUNHA, 2020, p. 1)

Premente, retratar que a opção entre os vários meios alternativos de solução de controvérsias deu-se por diversos motivos, alguns deles utilitaristas, como a economia de tempo, simplificação, ou redução de custos (ENGEL, 2010, p. 42) e por isso não se afigura correto professar a mediação ou a arbitragem ou qualquer outro meio “alternativo” como meio a ser adotado para abrandar o imenso fluxo de processos no Poder Judiciário. Tais medidas não têm esse objetivo específico, em que pese seja possível que sua adoção resulte numa diminuição de processos judiciais.

A mediação reconhecida como método de tratamento mais adequado para as resoluções de conflitos, desburocratiza o acesso à Justiça, tornando-o mais célere, menos custoso e mais eficaz para os envolvidos.

2. A ARBITRAGEM NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS DO HOMEM

A arbitragem se trata de mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, sendo um método heterocompositivo, ou seja, que conta com a figura de um terceiro – ou colegiado de terceiros – que decidirá um litígio trazido a ele por vontade das partes. Dessa forma, o conflito é retirado da possibilidade da tutela estatal e submetido ao tribunal arbitral, que é, tanto quanto o juízo estatal, dotado de jurisdição própria, dado que também preenche os escopos jurídico, político e social do processo (DINAMARCO, 1998), a despeito de não possuir o *imperium* do juízo estatal.

Mais do que o poder jurisdicional em comum entre o juízo estatal e o juízo arbitral, no entanto, ambos compartilham também, segundo Dinamarco (2013, p. 38-39), a convergência em torno do escopo social pacificador, pois se reportam ao propósito da pacificação social e, hoje, da solução adequada dos conflitos.

De acordo com Carmona (2004, p. 51), a arbitragem é entendida como um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão dotada da mesma eficácia que uma sentença judicial e servindo para a solução de conflitos concernentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Historicamente, a arbitragem se estabeleceu como forma eficaz para a solução de litígios comerciais, tendo forte relação com a prática da *lex mercatoria* e com a expansão comercial que marcou as sociedades ocidentais tanto em Roma quanto na Modernidade, principalmente em torno do comércio marítimo que inevitavelmente acompanhou a expansão das nações europeias através dos séculos anteriores à Contemporaneidade.

Com o desenvolvimento da navegação e das rotas de comércio, as sociedades humanas passaram a desfrutar de crescentes avanços tecnológicos e sociais, frutos das intensas trocas que se desenvolveram entre povos radicalmente diferentes, capazes de pensar novas formas de viver e interagir tanto com o seu próprio ambiente quanto com terras longínquas e, até então, misteriosas.

Quando o homem se lançou ao horizonte – tanto ao mar quanto às terras distantes – e se propôs a desbravar o desconhecido, ele iniciou também um movimento econômico e social que ainda se encontra em processo, servindo para inserir todos os cantos do planeta num modelo econômico global que foi sendo gradativamente refinado ao longo dos séculos.

A prática de um conjunto de usos e costumes mercantis – criados, refinados e mantidos através das rotas terrestres para terras distantes, da navegação e do comércio ultramarino – terminou por originar e consolidar a *lex mercatoria*, ou seja, o direito dos mercadores, comerciantes e profissionais, desvinculado de normas estatais e estabelecido pela prática e tradição, tendo considerável relevância para as economias mediterrânicas.

Com a revitalização e a retomada das práticas comerciais livres abarcadas pela *lex mercatoria* após as duas Guerras Mundiais – quando a queda dos impérios e dos modelos de comércio exterior típicos do fim do séc. XIX foram substituídos por um modelo cada vez mais globalizado e abrangente –, revitalizou-se a arbitragem, sendo estabelecida como o método de preferência para a resolução de conflitos comerciais internacionais.

Isto ocorreu principalmente em resposta à dificuldade enfrentada pela multiplicação e pelo refinamento dos diferentes sistemas legais ao longo do século XX: com o desenvolvimento de codificações cada vez mais especializadas, per-

sonalizadas e diferentes entre si, seria impossível manter o crescente comércio internacional sem um certo nível de homogeneidade nas relações, fortemente limitadas pelas leis de cada local. Os Estados se viram forçados, então, a reconhecer a existência da prática e dos costumes no comércio internacional e a sua importância para o manutenção de relações de comércio saudáveis entre diferentes regiões, bem como se viram obrigados a prever, em seus próprios sistemas legais, a possibilidade da opção pelo juízo arbitral.

Este foi o contexto ideal para a ascensão da arbitragem, dada a possibilidade, em seu bojo, de opção por qualquer sistema legal ou codificação preferida pelas partes, que pactuam, no compromisso arbitral, não apenas a natureza dos litígios que serão submetidos ao juízo privado, mas também qual será a legislação aplicável ao caso – havendo, inclusive, a possibilidade de o árbitro julgar o litígio por equidade, se as partes assim preferirem –, cabendo também, às partes, a prerrogativa de decidir conjuntamente acerca de qual será a sede do procedimento arbitral.

Essa característica consagra um dos princípios basilares da arbitragem, a autonomia da vontade, caracterizando a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação a qual queiram submeter-se (CARMONA, 2004, p. 64).

Este elemento volitivo é parte essencial da arbitragem: para que qualquer litígio seja submetido ao juízo arbitral, é necessária a anuência de ambas as partes, que, dessa forma, recusam a jurisdição estatal, que em geral não pode reexaminar a questão levada à arbitragem (WALD, 2005, p.16). Sendo assim, as partes recusam o seu direito de levar à apreciação do Judiciário os tipos de litígios discriminados na cláusula arbitral, estando vinculados ao que for acordado entre elas e ao que for decidido pelo tribunal arbitral.

No plano internacional, a arbitragem tornou-se o método mais utilizado para a resolução de conflitos comerciais, pois costuma ser mais célere que a justiça estatal – fator essencial para o comércio internacional, fortemente dependente de celeridade –, reduz os custos e a complexidade nas relações comerciais e promove garantias às partes, servindo também para proteger de forma satisfatória tanto comprador quanto vendedor, que podem recorrer ao juízo arbitral em igualdade de condições, da forma já prevista e acordada entre eles.

Vantajosa também, na arbitragem, é a possibilidade de as partes contarem com julgadores especializados na área debatida, posto que também os árbitros são, em geral, escolhidos e acordados entre as partes, e usualmente possuem notável saber acerca das questões técnicas geralmente discutidas no procedimento. Esta característica contribui para reforçar a segurança e a eficácia das

sentenças arbitrais, que, para além de mais céleres que as estatais, tendem a ser embasadas em extenso conhecimento técnico, reforçando a promoção do acesso à justiça e de uma ordem jurídica justa.

No Brasil, após décadas de estagnação econômica, a abertura ao mercado internacional no início dos anos 90 gerou interesse e investimentos externos no país, lançando a economia nacional em meio a um mercado globalizado e cada vez mais acelerado.

Nesse contexto, diante da prática consolidada da arbitragem no comércio internacional e se deparando com um número cada vez maior de sentenças arbitrais estrangeiras que de alguma forma envolviam companhias nacionais ou estrangeiras que atuavam no Brasil, o país teve de enfrentar com a premente necessidade de criação de um dispositivo legal que regulasse estas questões e contribuísse para a inserção nacional no mercado externo.

Seguindo estes anseios, a possibilidade da arbitragem em solo nacional foi inaugurada pela Lei nº 9.307/96, que regulou e estabeleceu as bases de aplicação do juízo arbitral no Brasil e, de forma a garantir a eficácia das sentenças arbitrais, dotou o árbitro de poder jurisdicional, como se verifica no art. 18 da lei, que determina que o árbitro é juiz de fato e direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário (BRASIL, 1996).

Após questionamentos, a Lei da Arbitragem passou por seu primeiro teste de fogo em dezembro de 2001, quando o Supremo Tribunal Federal consolidou, em decisão histórica, o entendimento de que a Lei nº 9307/96 é constitucional. A decisão veio na esteira da discussão de um *leading case* concernente a homologação de sentença arbitral estrangeira: no caso, iniciado em 1995, uma companhia internacional intentava a homologar no Brasil uma sentença arbitral emitida na Espanha, tencionando a fazer valer seus efeitos também em solo brasileiro; o pedido inicialmente foi indeferido, o que levou a companhia a interpor recurso contra a decisão.

A partir de questionamento do ministro Moreira Alves durante a apreciação do recurso, a discussão sobre a inconstitucionalidade da Lei da Arbitragem foi incluída no julgamento: por sete votos a quatro, a maioria do colegiado da Corte entendeu que o dispositivo legal não feria a Constituição, pois as partes possuíam o direito de renunciar à jurisdição estatal quando a questão tratasse de direitos patrimoniais disponíveis. Em seu voto, o ministro Carlos Velloso afirmou que o inciso XXXV do Art. 5º da Constituição Federal de 1988 – que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito – representa um direito à ação, e não um dever (STF, 2001).

Sendo assim, cabe às partes a decisão de optar ou não por este direito, podendo recorrer à arbitragem se assim o quiserem e se a questão discutida tiver por escopo direitos dos quais elas possam dispor.

Superada a controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem, o instituto só cresceu desde então, tendo sido abarcado pelo novo Código de Processo Civil, que reafirmou a arbitragem como método jurisdicional brasileiro. O crescimento vertiginoso da aplicação da arbitragem também se revela na análise dos números, que seguem sendo superados ano após ano no Brasil, seja em quantidade de procedimentos, seja nos valores arbitrados.

Em 2017, os valores julgados pelas principais câmaras arbitrais brasileiras superaram, conjuntamente, os 26 bilhões de reais (LEMES, 2018, p. 5), o que evidencia o apelo deste método de resolução de conflitos sobre as questões empresariais e societárias, matérias que lideram a opção pelo juízo arbitral.

Essencial para a expansão da arbitragem no Brasil e para a conexão do país ao contexto arbitral internacional foi a ratificação da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Apesar de a convenção datar de 1958, seu reconhecimento e ratificação pelo governo brasileiro ocorreram somente em 2002, após a superação da controvérsia acerca da constitucionalidade da Lei da Arbitragem. Isso facilitou a inserção do país nas tratativas do comércio internacional, àquela altura já profundamente adepto da arbitragem, expandindo as hipóteses de execução de sentenças arbitrais estrangeiras em solo nacional e contribuindo para fortalecer a segurança jurídica do juízo arbitral e das relações comerciais não apenas no Brasil, mas principalmente em âmbito internacional.

Passados mais de 22 anos após a promulgação da Lei da Arbitragem, seu impacto no cenário jurídico brasileiro foi substancial, tendo alterado fundamentalmente a forma como os conflitos de natureza empresarial e societária são tratados no país. Saiu de cena a espera de anos por soluções junto ao Judiciário, já abarrotado por demandas das mais diversas naturezas, e entrou em cena uma forma de solução ágil e satisfatória para estes litígios.

Nos últimos anos, inclusive, a alternativa da arbitragem se tornou praticamente obrigatória nos litígios oriundos de movimentações no mercado financeiro, tendo se tornado praxe a inclusão, nos estatutos da maior parte das empresas listadas na B3 – antiga Bovespa – de cláusula compromissória que direciona ao juízo arbitral todas as disputas oriundas das relações societárias ou entre acionistas e companhia. Relevante notar, inclusive, que para os maiores segmentos da B3, que contam com regras mais rígidas de *compliance*, a inclusão de cláusula arbitral estatutária é obrigatória para a inserção da companhia no mercado de ações.

A inserção desta cláusula em estatuto não precisa ser feita por unanimidade, bastando que a maioria do corpo de acionistas com poder de voto decida por sua inclusão, e sua inserção obriga todos os acionistas da companhia. Se trata de questão que restou controversa por tempo considerável, opondo duas linhas principais de pensamento: de um lado, juristas como Francisco José Cahali defendiam que a inserção da cláusula vincula a todos os acionistas; por outro, Modesto Carvalhosa entendia que vincular os acionistas dissidentes seria solapar-lhes o direito constitucional de apresentar suas demandas diante do Poder Judiciário (CARVALHOSA, 2014).

A controvérsia foi sanada com a reforma da Lei das Sociedades Anônimas, em 2015, que, dentre outros, incluiu o art. 136-A, que determina que a inserção da cláusula compromissória em estatuto por voto de maioria absoluta dos acionistas obriga a todos eles, independentemente de terem votado ou não a favor da inclusão. O remédio fornecido pela reforma da lei para os acionistas discordantes foi facultar, a eles, o direito de retirada da sociedade mediante o reembolso do valor de suas ações.

Insta ressaltar a possibilidade de solucionar, através deste meio, os litígios que envolvam a Administração Pública. A reforma da Lei da Arbitragem, em 2015, trouxe em seu bojo a intenção de ampliar a prática arbitral no país, de forma a trazer para a jurisdição arbitral, inclusive, as entidades da Administração, desde que respeitando o princípio da publicidade e limitando o escopo destas disputas às questões concernentes apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, como verificável nos parágrafos 1º do art. 1º e 3º do art. 2º incluídos pela reforma à lei original.

Segundo o texto dos novos parágrafos, a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 2015), desde que o procedimento arbitral seja de direito e respeite o princípio da publicidade.

3. O ACESSO À JUSTIÇA NO PACTO DE SÃO JOSÉ DE COSTA RICA E AS CONTRIBUIÇÕES DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em seu Art. 8 (I), a Convenção Americana dos Direitos Humanos determina que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CADH, 1969).

Esta determinação simboliza, na prática, a necessidade da promoção do acesso à justiça, garantindo não apenas que o juízo estatal esteja pronto para receber as demandas de todo e qualquer cidadão, mas também que cada indivíduo tenha o direito de ter suas demandas analisadas pelo juízo mais adequado a cada caso.

Nesse sentido, se torna essencial promover os métodos adequados de resolução de conflitos, posto que somente através da forma certa para cada situação o objetivo de pacificação social pode ser atingido.

Como efeito colateral positivo dessa promoção de novos métodos, tem-se também a redução de demandas levadas ao Judiciário, que, hoje se sabe, nem sempre é o local mais adequado para tratar de todos os tipos de litígios, posto que, para certos tipos de demandas ou controvérsias, o processo judicial pode ser incapaz de atender efetivamente à reivindicação de direitos, constituindo, em verdade, um obstáculo processual (CAPPELLETTI, 1998).

As cortes superiores do país, principalmente o STJ, também estão contribuindo para a promoção dos métodos adequados de solução de conflitos. O primeiro passo significativo dado pela corte nesse sentido foi a aprovação para a criação, em setembro de 2016, do Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça.

A criação deste Centro se deu por meio de alteração regimental, a partir da emenda 23, datada de 28 de setembro de 2016 e publicada no DJe de 14 de outubro do mesmo ano. Para além de alterar os artigos 11 e 21 do Regimento Interno do STJ, a emenda também inseriu o Capítulo V, concernente exclusivamente à mediação. Segundo a redação do capítulo, O Centro de Soluções Consensuais de Conflitos do Superior Tribunal de Justiça, responsável por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação e por desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, será coordenado pelo ministro designado pelo presidente (Regimento Interno do STJ, Art. 288-A).

O capítulo possibilita, ainda, que o relator das ações tratadas no STJ possa enviar de ofício o processo para a mediação, ou ainda solicitar ao Centro de Soluções Consensuais a indicação de mediador para auxiliá-lo em procedimento de conciliação (STJ, 2016).

A primeira aplicação exitosa da mediação no âmbito do STJ foi a realizada no Recurso Especial 1.593.118/SP, de relatoria do ministro Luís Felipe Salomão, que tratou de, por iniciativa própria, levar o litígio à mediação antes mesmo da emenda 23. O litígio tratava de controvérsia entre uma seguradora e sua segurada, e seu envio à mediação se deu com o objetivo – declarado pelo

ministro Salomão – de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios (STJ, 2016).

Outra decisão paradigmática se deu em 2017, quando o STJ estabeleceu que a Oi SA, mesmo em situação de recuperação judicial, poderia realizar mediação com seus pequenos credores. Neste caso, a prática da mediação possibilitou não apenas a solução pacífica e consensual dos conflitos entre companhia e credores, como também contribuiu para a efetivação do plano de recuperação judicial da empresa e para a satisfação daqueles credores que tentavam obter valores através da justiça. Atingindo os objetivos da mediação, o procedimento contribuiu tanto para solucionar o conflito quanto para atuar nas causas de fundo que deram ensejo ao litígio judicial.

Dessa forma, é notável o esforço do Superior Tribunal de Justiça não somente pelo reconhecimento dos métodos adequados de solução de conflitos, como também pela sua ativa promoção. Nesse sentido, a corte mostra seu alinhamento com as políticas promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, evidenciando a absorção e o impacto cada vez maiores destas políticas no modo de se fazer e pensar a Justiça no Brasil.

A despeito de não estar mencionada diretamente no texto da Convenção, a arbitragem é método que se encaixa exemplarmente no conceito de acesso à justiça, pois fornece soluções àqueles que, de outra forma, poderiam não ter suas demandas adequadamente tratadas seguindo os métodos tradicionais.

Nesse sentido, um trabalho conjunto de reconhecimento mútuo entre a jurisdição arbitral e a estatal se mostram frutíferos para a prestação da justiça.

Amostra da exemplar sinergia estabelecida entre a arbitragem e a jurisdição estatal, aliás, se encontra nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, amplamente favoráveis ao instituto da arbitragem, principalmente quando se trata de questões concernentes a conflitos de competência. Diversas são as decisões paradigmáticas da Corte em favor da competência do juízo arbitral, reconhecendo a força vinculante exercida pela cláusula compromissória estatutária ou por cláusulas arbitrais contratuais.

Estas decisões contribuíram para reforçar o lugar da arbitragem no ordenamento jurídico nacional, reforçando seu caráter de método adequado de solução de conflitos e chancelando sua prática.

Cabe ressaltar, inclusive, as afirmações proferidas no painel intitulado Retrato Atual das Práticas de Arbitragem, promovido pelo STJ em agosto de 2019, no qual se reconheceu não apenas o importante papel prestado pela arbitragem

no panorama da solução de litígios, como também a crescente e já significativa sinergia entre o juízo estatal e o arbitral no Brasil.

Segundo o ministro Luis Felipe Salomão, já não existe um cenário de disputa entre juízes e árbitros no país, mas sim de interação e colaboração, posto que, para o ministro,

(...) as soluções extrajudiciais de resolução de conflitos não crescem à sombra do insucesso ou não da jurisdição estatal. Ao contrário, representam o avanço do processo civilizatório da humanidade, que, de maneira consciente, busca mecanismos de pacificação social eficientes.

Ainda, de acordo com o ministro, um dos mais marcantes exemplos do crescimento substancial na prática dos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil é o seu estabelecimento em disciplinas obrigatórias nas faculdades de Direito pelo país, o que evidencia que a academia e a própria ciência jurídica em si estão abraçando novos métodos e integrando a busca pela pacificação social ao corpo do pensamento jurídico.

Dentre as várias decisões paradigmáticas do STJ acerca do juízo arbitral, destacam-se principalmente aquelas que tratam de conflito de competência entre juiz estatal e tribunal arbitral. No julgamento do Recurso Especial nº 1.656.643-RJ, em 2019, a controvérsia consistia em determinar se o Poder Judiciário teria ou não o poder de se manifestar acerca do alcance de cláusula compromissória de forma prévia ao próprio Tribunal Arbitral (STJ, 2019).

Em seu voto, a ministra Nancy Andrighi reconheceu a necessidade da aplicação do princípio da competência-competência, já traduzidos em lei pelos artigos 8º e 9º da Lei da Arbitragem, estabelecendo a precedência temporal do procedimento arbitral; dessa forma, em caso de existência de cláusula compromissória, o juízo estatal só poderia se pronunciar após a edição da sentença arbitral e em casos excepcionais de vícios na sentença ou no procedimento, como já previsto pela própria Lei nº 9.307.

A proteção deste princípio na arbitragem se deu de forma a não apenas garantir a eficácia do procedimento arbitral e da cláusula compromissória, mas também evitar a judicialização desnecessária de questões que, como previamente acordado pelas partes, teriam como local adequado de discussão o âmbito arbitral.

Em sua decisão, a ministra utilizou como embasamento, inclusive, a Sentença Estrangeira Contestada nº 854/EX, julgada em 2013, que declaradamente reconhecia a competência do juízo arbitral com o fim de evitar abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, além de reforçar a vinculação das partes ao compromisso arbitral, posto que acatar a judicialização da questão

por uma das partes submetidas à cláusula arbitral seria conceder, a esta parte, o poder unilateral de frustrar a arbitragem avençada anteriormente (STJ, 2013).

Em decisão igualmente paradigmática, o voto da ministra Nancy Andrighi prevaleceu no Conflito de Competência nº 157.099, que tinha como controvérsia o conflito entre as competências da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro e do Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo acerca do processo de recuperação judicial da Oi SA.

Tal disputa se centrava em torno da instalação de procedimento arbitral para julgar o caso, e o questionamento se deu acerca da possível competência do juízo estatal, dado que, segundo a jurisprudência estabelecida, o juízo competente para decidir tais questões seria aquele no qual ocorre o processo de recuperação judicial. Em sua decisão, o colegiado de ministros reconheceu a competência do juízo arbitral para julgar o caso, posto que a adoção da arbitragem se deu em decorrência direta de previsão estatutária – livremente aceita pela vontade das partes – que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários (STJ, 2018).

Impende ressaltar, também, a divulgação em 2019, pelo STJ, das 14 teses consolidadas na corte sobre arbitragem, na edição nº 122 do periódico Jurisprudência em Teses. Nesta publicação, a Secretaria de Jurisprudência da corte compilou os precedentes mais recentes e relevantes do STJ sobre o assunto, tendo dado destaque, em especial, a duas teses principais: aquela que confirma que a atividade desempenhada pelos árbitros possui natureza jurisdicional (STJ, 2019) – o que pode ensejar, portanto, conflitos de competência que devem ser decididos pelo STJ –, e aquela que determina que o Código de Defesa do Consumidor impede adoção compulsória da arbitragem no momento de celebração do contrato, porém possibilita que, em caso de conflito entre as partes, elas possam instaurar um procedimento arbitral se ambas assim o desejarem.

Relevantes também são as teses que reafirmam a força da convenção de arbitragem, seja através da determinação de que a convenção de arbitragem (...) goza de força vinculante e de caráter obrigatório, definido ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derogando-se a jurisdição estatal (STJ, 2019), seja através do reconhecimento de que a Lei da Arbitragem é aplicável mesmo aos contratos celebrados antes de sua edição (STJ, 2019), tópico já consolidado anteriormente com grande força, inclusive, pela Súmula 485 do STJ.

CONCLUSÃO

Além da justiça estatal, as controvérsias podem e devem ser solucionadas pela justiça conciliativa e arbitral, por constituírem mecanismos de acesso à

ordem jurídica justa, onde o cidadão tem à sua mão a opção de escolher o método que melhor atende a sua pretensão.

Impende destacar que a possibilidade de solução de conflitos com a Administração Pública por via arbitral, trata-se de alteração que visa a atender ao interesse público: através do uso de um método adequado para a solução de questões patrimoniais, a Administração evita ingressar na justiça estatal com demandas que demorariam anos a fio para obter soluções, ao mesmo tempo em que contribui para desafogar o Poder Judiciário das várias demandas patrimoniais que emanam da imensa estrutura administrativa do país.

Desta forma, se promove o meio mais adequado para que os litígios que envolvam bens patrimoniais disponíveis sejam resolvidos de forma célere e eficaz, ressaltando, acima de tudo, o caráter de verdadeiro acesso à justiça deste método de solução de conflitos.

Premente notar, como mostram os números e a inserção cada vez maior da arbitragem na legislação e no ordenamento legal brasileiro, o instituto lançou as bases para se estabelecer como uma das mais relevantes formas alternativas de resolução de conflitos no país, obtendo resultados satisfatórios para os envolvidos e contribuindo para desafogar as demandas do Poder Judiciário, tanto aquelas oriundas da iniciativa privada quanto as advindas da própria Administração.

Esta segurança fornecida pelos procedimentos arbitrais e o processo de mediação, são garantidas por sua harmonia com o Poder Judiciário é verificável através dos extraordinários números da arbitragem e mediações, que crescem vertiginosamente ano a ano.

Dentro do contexto da Convenção dos Direitos Humanos, os meios adequados de solução de conflitos – mediação e arbitragem, podem ser vistos como ações pragmáticas de humanização das relações, de melhoria no convívio em sociedade.

O alinhamento entre STJ, mediação e arbitragem revela, portanto, que tanto as principais cortes do país quanto a jurisdição arbitral estão unidos na promoção dos métodos adequados de resolução de conflitos, permitindo o verdadeiro acesso à justiça e a realização da justiça material almejada pelo cidadão.

A missão agora é instrumentalizar e disponibilizar os métodos adequados de solução de conflitos, criando meios e técnicas aderentes à nova realidade brasileira, de modo que possibilite o acesso à Justiça. Do mesmo modo continuar o trabalho incansável da disseminação da cultura da paz, mudando a mentalidade litigiosa da sociedade.

Conforme estabelece a CADH, o reconhecimento dos direitos essenciais da pessoa humana não deriva do fato de ser ela nacional de um determinado Estado,

mas sim o fato de ter como o fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos.

Nesse sentido, o reconhecimento das cortes à atuação na mediação e à jurisdição arbitral é importante não apenas para preservar a segurança jurídica das sentenças prolatadas pelos árbitros, ou a validade dos acordos realizados nas mediações, mas também para garantir que a vontade das partes, pactuada e formalizada, seja valorizada e respeitada, assegurando assim o propósito de um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundada no respeito dos direitos humanos essenciais.

A conversão corrobora a Declaração Universal dos Direitos Humanos de que somente é possível ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos civis e políticos.

REFERÊNCIAS

- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.307* de 23 de novembro de 1996. Publicada no D.O.U. em 24 de setembro de 1996. Reformada pela *Lei nº 13.129* de 26 de maio de 2015, publicada no D.O.U. em 27 de maio de 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ag. Reg. na Sentença Estrangeira 5.206-7*. Reino da Espanha. Agravante: MBV Commercial and Export Management Establishment. Agravado: Resil Industria e Comercio LTDA. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 08 de maio de 1997. Serviço de Jurisprudência do STF, Diário da Justiça de 30/04/2004, ementário nº 2149-6.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.656.643-RJ*. Recorrente: BRPR XXVII Empreendimentos e Participações LTDA. Recorrida: Manchester Patrimonial SA. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 09 de abril de 2019. DJe 12/04/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 157.099-RJ. Suscitante: Oi SA – Em recuperação judicial. Suscitados: Juízo de Direito da 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro; Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 10 de outubro de 2018. DJe 30/10/2018.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça, Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87745-juizes-bateram-recorde-de-productividade-em-2017>. Acesso em: maio 2019.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números*. Brasília. 2018. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>. Acesso em: maio 2019.

- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- DIAS, Luciano Souto; FARIA, Kamila Cardoso. A Mediação e a Conciliação no contexto do novo Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica Unicuitiba*, Curitiba, v. 3, n. 44, p. 597-630, 2016. Disponível em: <http://revista.unicuitiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1881>. Acesso em: 06 fev. 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- KFOURI NETO, M.; BUZZI, G. C.; SILVA, R. D. L. A efetividade do princípio da fraternidade mediante a escolha pela prática colaborativa na esfera empresarial. In: LIMA, Priscila Luciene Santos de; CARVALHO, Robert Carlon de. (Org.). *Diálogos (im)pertinentes? Efetivação da igualdade*. Curitiba: Instituto Memória, 2015. p. 115-138.
- LEMES, Selma. *Arbitragem em Números e Valores*. Artigo científico. Disponível em: [http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa %20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf). Acesso em: 10 jan. 2020.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O Direito à Tutela Jurisdicional: O Novo Enfoque do Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 101, n. 926, p. 135-178, dez. 2012.
- THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 58. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Jurisprudência em Teses*. Ed. n. 122. Brasília: Secretaria de Jurisprudência, 05/04/2019.
- WALD, Arnaldo. O controle do processo arbitral pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 26, n. 87, p. 27-35, set. 2006.