

Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e



José Rogério Tucci
advogado e professor da USP

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, consagrando norma

idêntica constante nas anteriores Cartas políticas do Brasil, encerra o princípio da reserva legal, também denominado da inafastabilidade da jurisdição, ao preceituar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Observa-se que o *caput* do artigo 3º do novo Código de Processo Civil reitera essa mesma regra, reservando ao Estado-juiz o monopólio da jurisdição.

Isso significa que a ninguém é dado renunciar à defesa de seus direitos diante de uma potencial lesão futura! Daí, porque desponta nulo e ineficaz qualquer *pactum de non petendo*, estipulado como cláusula de negócio jurídico, pelo qual os contratantes se comprometem a não recorrer ao Poder Judiciário caso surja algum litígio entre eles^[1].

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e dos inúmeros textos legais que lhe seguiram (por exemplo, Código de Defesa do Consumidor, reforma da Lei de Ação Civil Pública etc.), infundiu-se em cada brasileiro um verdadeiro “espírito de cidadania”. Os cidadãos passaram a ser senhores de seus respectivos direitos, com a expectativa de verem cumpridas as garantias que lhes foram então asseguradas.

Observe-se ainda que também foram incrementados, a partir do início dos anos 90, mecanismos processuais adequados a recorrer aos tribunais com maior efetividade, como, por exemplo, a ampliação do rol dos legitimados ativos a manejar as ações diretas de inconstitucionalidade, a ajuizar ações coletivas em prol dos interesses difusos, a consagração da autonomia e independência do Ministério Público e a opção determinada por um modelo de assistência judiciária e de promoção de acesso à Justiça.

Diante desse importante fenômeno, houve, como era notório, um vertiginoso crescimento da demanda perante o Poder Judiciário. Os números inusitados são de conhecimento geral. E isso tudo agravado pela circunstância de que a constitucionalização de um conjunto tão ousado de garantias, sem a construção



consistente de políticas públicas e sociais correlatas, tem propiciado, sem dúvida, maior judicialização dos conflitos.

Tem-se outrossim clara percepção da ineficiência das agências reguladoras de serviços que também contribuem para a intervenção judicial. O recurso aos tribunais para garantir o acesso a medicamentos e tratamentos médicos é constante. Não é crível que nos dias de hoje muitos brasileiros tenham de ir à Justiça para obter indenização por atraso de voo e extravio de bagagem, ou, ainda, para forçar adequada prestação de serviço em várias atividades. O Poder Judiciário está se tornando um verdadeiro Serviço de Atendimento ao Consumidor (SAC).

O sistema judicial passa, assim, a suplantar o sistema da administração pública, a quem, por óbvio, compete sancionar as referidas falhas.

Chega-se mesmo ao que poderíamos denominar de “banalização de demandas”, sem esquecer o papel de exator dos tribunais, na função substitutiva de ser o principal palco da cobrança de tributos, diante dos milhares de executivos fiscais que abarrotam os escaninhos dos cartórios forenses.

Com esse exagerado afluxo de demandas, os processualistas passaram a prestigiar outros meios adequados de solução de conflitos, como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Esses mecanismos alternativos podem ser extrajudiciais, mas de qualquer forma visam propiciar maior acesso à Justiça. Todos eles vieram prestigiados no supracitado artigo 3º do novo Código de Processo Civil.

A arbitragem consiste numa técnica de heterocomposição de controvérsias mediante a intervenção de um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, a partir de uma convenção de natureza privada. A sentença proferida pelos árbitros, que não comporta qualquer recurso, equipara-se em tudo à decisão judicial. A teor do disposto no artigo 1º da Lei 9.307/96, o objeto da arbitragem recai sobre direitos patrimoniais disponíveis, de titularidade de pessoas capazes de contratar.

Para a instauração do processo arbitral, é exigido um compromisso, pelo qual as partes concordam em submeter a decisão do litígio a um árbitro. Verifica-se, destarte, que a convenção de arbitragem é delimitada, sob o aspecto subjetivo, pelas pessoas que a firmaram, na qualidade de contratantes ou mesmo de anuentes.

Se sob a ótica objetiva somente é arbitrável o litígio envolvendo matéria atinente a direito disponível, do ponto de vista subjetivo é apenas arbitrável o litígio entre as partes que subscreveram o instrumento em que presente a respectiva convenção e que sejam elas capazes.

Cumprе esclarecer, ainda, que o juízo arbitral somente pode ser instituído desde que presentes todas as pessoas que figuraram no instrumento no qual ficou estabelecida a cláusula compromissória. Como a arbitragem se circunscreve aos limites do contrato celebrado entre as partes, sob os aspectos subjetivo e objetivo, não pode ser deflagrada senão entre os protagonistas do respectivo negócio. A legitimidade de parte para o processo arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar, ou seja, chamado a integrar a arbitragem, condiciona-se à própria convenção arbitral.

Assim, se determinada pessoa não estiver subordinada a contrato com previsão de arbitragem, não pode

ela ser acionada perante o juízo arbitral.

Se o processo arbitral se iniciar sem a presença de todos os sujeitos que firmaram o contrato, só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, sob pena de ser nula a sentença que eventualmente vier a ser proferida.

Tendo-se em vista os limites subjetivos da convenção arbitral, não há como se admitir que a imutabilidade do conteúdo decisório da sentença possa atingir terceiros.

Esta é, outrossim, a orientação consolidada da jurisprudência de nossos tribunais, como, *e. g.*, infere-se do julgamento da Apelação 0116341-91.2009.8.26.0100, proferido pela 26ª Câmara de Direito Privado do TJ-SP: "... A substituição da Corte de arbitragem pela via judicial não implica ofensa ao princípio do *pacta sunt servanda*, porque os réus não foram partícipes do contrato, objeto da demanda. Bem por isso, não há como deixar ao encargo do Tribunal Arbitral o exame das questões discutidas, excluindo-se a participação do Poder Judiciário, isso sem falar que na arbitragem prevalece a regra da relatividade, ou seja, a instituição do compromisso arbitral, sob o aspecto subjetivo, é restrito às pessoas que firmam a cláusula compromissória. Sua extensão subjetiva não pode produzir efeitos senão em relação aos signatários. Segundo entendimento doutrinário, dentre as condições gerais da ação arbitral inserem-se a legitimação das partes e o interesse de agir. Na arbitragem, a legitimação das partes fica grandemente simplificada na medida em que só pode invocar juízo arbitral quem tiver firmado a convenção de arbitragem ou tiver saído vitorioso na ação de instituição de arbitragem. A Lei de Arbitragem fala em 'parte interessada' referindo-se à dupla qualidade de quem é parte no contrato e titular do interesse envolvido na controvérsia resultante dele [...] Em suma, são sujeitos do litígio arbitral, única e exclusivamente, os que firmaram a convenção de arbitragem..."

Em senso análogo, a 11ª Câmara de Direito Privado da mesma corte bandeirante, ao apreciar o recurso de Apelação 990.09.373821-0, deixou assentado, à unanimidade de votos, que, apesar de a arbitragem somente ser considerada válida se todos os contratantes e intervenientes participarem da mesma: "Não se pode impor a eficácia da cláusula compromissória contra quem não manifestou a vontade de aderir a essa forma de solução de conflito".

Já sob outro enfoque, de conformidade com o disposto no artigo 485, inciso VII, do Código de Processo Civil de 2015, o juiz não resolverá o mérito na situação em que for acolhida a arguição "de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência". A convenção, pois, sob a novel legislação, continua sendo classificada como um pressuposto negativo de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ademais, procurando infundir a cultura da pacificação entre os protagonistas do processo, o novo diploma processual, em inúmeros preceitos, sugere a autocomposição. Dispõe, com efeito, o parágrafo 2º do artigo 3º que: "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Dada a evidente relevância social da administração da Justiça, o Estado deve mesmo empenhar-se na organização de instituições capacitadas a mediar conflitos entre os cidadãos. No Brasil, o Ministério da Justiça preocupa-se em fornecer os meios necessários a várias Organizações Não Governamentais, que têm como missão precípua a instalação e gestão de sistemas alternativos de administração de controvérsias.

Comprometido com o sistema “multiportas” de solução dos litígios, o Conselho Nacional de Justiça, há alguns anos, instituiu a Semana Nacional da Conciliação, que constitui um esforço concentrado para conciliar o maior número possível de demandantes em todos os tribunais do país. Trata-se de uma campanha de mobilização, feita anualmente, que envolve todos os tribunais brasileiros, os quais selecionam os processos que tenham possibilidade de acordo e intimam as partes envolvidas para solucionarem o conflito. É, com certeza, uma das principais ações institucionais do CNJ. A [Resolução 125/2010](#), do CNJ, dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

No estado de São Paulo, merecem alusão os Centros de Integração da Cidadania, criados pela Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania.

Aduza-se que o próprio Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 174, de forma muito original, fomenta a criação, pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Além dessas importantes iniciativas, que seguem tendência mundial, o parágrafo 3º, ainda do artigo 3º, recomenda de modo expresso a solução suasória (autocomposição), que deverá ser implementada, na medida do possível e inclusive no curso do processo, “por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público”.

Tanto a mediação quanto a conciliação pressupõem a intervenção de uma terceira pessoa. Na mediação, esta tem a missão de esclarecer as partes, para que as mesmas alcancem a solução da pendência. Na conciliação, pelo contrário, o protagonista imparcial se incumbem, não apenas de orientar as partes, mas, ainda, de sugerir-lhes o melhor desfecho do conflito.

Nessa significativa perspectiva, muito mais enfático do que o anterior, o código recém-sancionado prevê ainda a criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pelas audiências de conciliação e mediação (artigo 165); estabelece os princípios que informam a conciliação e a mediação (artigo 166); faculta ao autor da demanda revelar, já na petição inicial, a sua disposição para participar de audiência de conciliação ou mediação (artigo 319, inciso VII); estabelece o procedimento da audiência de conciliação ou de mediação (artigo 334); e recomenda, nas controvérsias de família, a solução consensual, possibilitando inclusive a mediação extrajudicial (artigo 694).

Não é preciso registrar que, à luz desse novo horizonte que se descortina sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, os aludidos operadores do Direito não devem medir esforços em prol da composição amigável do litígio.

[1] V., nesse sentido, TJ-SP, 16ª Câmara Direito Privado, Agravo de Instrumento 2194531-67.2014.8.26.0000, relator desembargador Miguel Petroni Neto, m. v., j. 17/03/2015: “[...] O acordo que foi formalizado veio a constituir novo título executivo – se trata de instrumento de confissão de dívida – de forma que se a execução é sobre o novo pacto e incidente sobre o valor principal, constante da



cláusula 2ª (conforme cláusula 8ª), ele não poderia afastar o direito de defesa do devedor, uma vez que após a transação pode ter surgido fato que justifique a defesa. Assim, é nula a cláusula 16ª por violar o princípio legal da defesa [...]”.