

INOVAÇÕES NA ARBITRAGEM NO BRASIL
Arbitragem Expedita, Trabalhista e Tributária

Roberto Pasqualin*

SUMÁRIO

- A. INTRODUÇÃO À NECESSIDADE DAS INOVAÇÕES
- B. A INOVAÇÃO ATENDE AS NECESSIDADES DO MEIO
- C. AS ALTERNATIVAS CLÁSSICAS PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
- D. AS ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS
- E. INOVAÇÕES NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR ARBITRAGEM

A redução do tempo e do custo da arbitragem, especialmente em causas menores

A arbitragem expedita como inovação para redução do custo e do tempo da arbitragem

A ampliação da arbitrabilidade para matérias antes tidas por indisponíveis

A inovação da legislação que admitiu a Arbitragem Trabalhista

A discussão para a implantação inovadora da Arbitragem Tributária no Brasil

INOVAÇÕES NA ARBITRAGEM NO BRASIL

Arbitragem Expedita, Trabalhista e Tributária

A. INTRODUÇÃO À NECESSIDADE DAS INOVAÇÕES

A inovação tem sido tratada em estudos científicos, no mundo empresarial e no nosso cotidiano como a criação ou o desenvolvimento de novas formas de fazer as coisas que melhor atendam às necessidades da sociedade como um todo ou de aspectos específicos da atividade humana. Neste breve trabalho, com o objetivo muito mais de avaliar seu aspecto prático, mais do que o acadêmico, pretendo destacar como três inovações na arbitragem privada no Brasil podem aperfeiçoar a forma de promover a justiça privada, fora do judiciário, em áreas em que me parece existe a necessidade atual de fórmulas inovadoras – a Arbitragem Expedita, a Arbitragem Trabalhista e a Arbitragem Tributária.

A criatividade na busca das novas formas de atuação e torna-las viáveis para o uso comum produz soluções que muitas vezes transformam a vida das pessoas, com repercussões que mudam sua maneira de trabalhar e aperfeiçoam seu potencial de utilidade para o meio em que estão atuando. Aperfeiçoam não apenas o objeto das inovações, em si mesmo, mas, e isso é importantíssimo, fazem evoluir os próprios agentes que as criam e as desenvolvem.

Não é preciso muito para percebermos a importância das transformações da sociedade a partir das inovações. Basta olhar para o mundo que em vivemos hoje. Um notável exemplo é a evolução da ciência digital e as inovações que vieram com ela. Uma revolução no comportamento humano. O armazenamento eletrônico e a disseminação de dados em volumes são contados em bilhões de informações que chegam quase instantaneamente ao nosso cotidiano. Inovações que tornam mais simples, mais rápida, mais abrangente e mais econômica a comunicação diária entre as pessoas; que possibilitam que a leitura de jornais se faça em qualquer lugar, sem uma só folha de papel impresso; que facilitam a realização de pesquisas de conteúdos de todos os tipos; e colocam quantas coisas mais à nossa disposição em apenas alguns cliques.

As inovações na produção, no comércio, na prestação de serviços, na atividade financeira, na publicidade, no ensino, no tratamento da saúde e em praticamente todas as atividades humanas se multiplicam e se disseminam cada vez mais rapidamente. É até mesmo difícil acompanhá-las todas em nosso dia a dia, tantas e tão variadas são. Resultam em mudanças importantíssimas na forma de fazer as coisas e levam rapidamente à obsolescência de invenções inovadoras de pouco tempo atrás. Exemplo clássico e que até hoje me intriga é a vida curta do fax. Com ele se transmitia instantaneamente textos e imagens para qualquer ponto do planeta. Uma inovação extraordinária na comunicação impressa. O fax é hoje praticamente desconhecido das gerações mais novas. Surgiu como inovação que rapidamente substituiu práticas antigas de correspondência entre as pessoas. Sumiu porque inovações mais recentes tornaram o fax obsoleto, sem utilidade prática, substituído que foi por máquinas mais sofisticadas e pela comunicação em rede, atingindo instantaneamente também o mundo todo.

Quantos outros exemplos há na história antiga e contemporânea da humanidade de criações que revolucionaram o dia a dia das pessoas e que, algum tempo depois, acabaram substituídas por novas invenções que aperfeiçoaram o modo de fazer melhor... as mesmas coisas.

A inovação acompanha e promove a evolução da história da sociedade humana. Aparece para atender necessidades simples do dia a dia até as mais sofisticadas. Melhoram a vida das pessoas e da sociedade como um todo. Não se limitam à evolução tecnológica e à invenção de novos produtos. Aperfeiçoam processos e métodos de fazer as coisas em praticamente todas as atividades.

Acontecem também na ciência do Direito, como não, aperfeiçoando aquilo que já foi definido como a “*disciplina da convivência humana*”, criando novas formas para sua aplicação no dia a dia do comportamento da sociedade.

B. A INOVAÇÃO ATENDE AS NECESSIDADES DO MEIO

Sabemos que a convivência em sociedade é fonte de inevitáveis conflitos. As pessoas são diferentes, têm visões diferentes do mundo, interpretam diferentemente fatos e atos da

vida... Das diferenças surgem os conflitos e os conflitos afetam negativamente a vida das pessoas que neles são envolvidas. O estado negativo afeta o entorno das pessoas e contamina a sociedade. Resolver os conflitos restabelece os relacionamentos, transforma o estado negativo em positivo, que igualmente afeta positivamente o entorno e pacifica a sociedade.

A composição das divergências entre as pessoas que entram em litígio é necessária, portanto, para pacificar a convivência humana. Composição que se procura fazer sob o manto das regras do Direito, interpretadas pelos órgãos encarregados de dizer o Direito às pessoas em conflito, encarregadas de fazer a justiça *in concreto*. A necessidade de restabelecer a harmonia nas relações humanas exige solução justa para os conflitos que surgem das diferenças e que geram as controvérsias e os litígios que desarmonizam as sociedades.

Atender à necessidade de dizer o Direito e promover a justiça tem sido função atribuída historicamente a um órgão judiciário, empoderado pelo Estado e até há pouco, a única via disponível para tanto. Mais recentemente essa função passou a ser atendida de forma alternativa, fora do judiciário, por profissionais desvinculados do Estado que passaram a aplicar o Direito aos casos concretos por métodos privados adequados de solução dos conflitos, dizendo o Direito às partes em conflito e fazendo a *justiça privada*.

É importante registrar neste passo que os métodos extrajudiciais de fazer justiça surgiram muito antes que o judiciário existisse. O judiciário é que surgiu como forma alternativa de solucionar conflitos e fazer justiça. Desde o início dos tempos a composição de conflitos era inicialmente realizada diretamente pelas partes envolvidas. Quando não chegassem à composição, recorriam a pessoas reconhecidas pela comunidade em que viviam – um ancião, um sábio, um líder religioso — ou a pessoas impostas pelo poder político do momento – os reis, os senhores feudais, os ditadores, os chefes políticos, os chefes militares. A evolução da ciência política e da organização social no mundo civilizado criou o judiciário institucionalizado, um dos poderes do Estado com a função de resolver os litígios entre os integrantes das sociedades. O judiciário surgiu então como uma forma inovadora e alternativa de solução dos conflitos nas relações de negócio, nas relações interpessoais, no dia a dia da vida em sociedade. Antes do judiciário essa função era exercida diretamente pelas partes ou pela intervenção de terceiros escolhidos pelas

partes. O judiciário é que, ao ser criado, surgiu como a forma alternativa de solução de conflitos e de fazer justiça em complementação -- e depois em substituição -- aos métodos de solução direta dos litígios pelas partes ou de solução pela intervenção de terceiros. Com o passar do tempo, de alternativo o judiciário passou a ser a via única a que as partes podiam recorrer para resolver suas diferenças. De alternativo, passou a exclusivo na função de dizer o Direito e fazer justiça. Justiça estatal, registre-se.

A necessidade de se fazer justiça, um direito fundamental assegurado pela Constituição, passou a ser atendida com exclusividade pelo judiciário estatal. Apenas muito mais recentemente e em muito menor proporção, o direito constitucional de acesso à justiça voltou a ser atendido fora do judiciário pelos operadores dos métodos privados de solução de controvérsias.

Focando no objeto proposto para este trabalho, que é evidenciar inovações na área do Direito, em especial na da solução de conflitos, é possível desde logo reconhecer que houve aperfeiçoamentos relevantes na forma de promover métodos de pacificação dos litígios entre as pessoas, nos negócios e, também, entre pessoas e o Estado.

O surgimento de um judiciário estatal imparcial foi percebido como uma evolução inovadora de composição dos litígios, alternativa que foi criada pela *necessidade* de aperfeiçoar e substituir os métodos anteriores -- o direto e consensual pelas partes; o mediado por terceiros da comunidade; e o imposto pelos poderosos do momento.

Ante o gigantismo e o congestionamento do judiciário, houve novamente a *necessidade* de formas alternativas e complementares para a composição dos litígios. A inovação veio pelo uso de métodos privados de solução de conflitos fora do judiciário. Métodos que, dotados de segurança jurídica ao serem disciplinados pelo Direito positivo brasileiro, aliaram à imparcialidade dos julgamentos pelo judiciário estatal a celeridade que é demandada para a efetiva solução dos litígios.

Diante da evolução dos métodos extrajudiciais de solução de conflitos no Brasil, em especial a arbitragem, eu me pergunto se haveria ainda espaço, hoje, para novas criações inovadoras -- úteis, rápidas, técnicas, econômicas --, que também pudessem ser incorporadas ao Direito positivo brasileiro. Inovações na forma de fazer justiça privada

que viessem a solucionar mais e mais conflitos, desde os mais simples aos mais complexos.

Adianto desde logo que em minha visão particular, a resposta a essa provocação é, sim, afirmativa. Há e haverá sempre espaço para a evolução e o aperfeiçoamento na forma desses institutos privados fazerem justiça, complementarmente à necessidade também possível de se promover a evolução e o aperfeiçoamento do sistema judiciário estatal.

Hoje congestionado e demorado na solução da enorme quantidade de demandas que lhe são dirigidas -- e por isso mesmo ineficiente --, é por todos percebida a *necessidade* de o poder judiciário brasileiro desenvolver novas formas de atender em tempo razoável a demanda crescente dos litígios judicializados. Inobstante o notável esforço dos seus integrantes em todos os níveis para acelerar os julgamentos dos processos que se acumulam em seus gabinetes, é anda grande a demora da prestação jurisdicional estatal.

Já se disse que a justiça tardia é injustiça. A arbitragem, como outros métodos privados, tem por isso mesmo crescido no Brasil, ocupando espaço para atender as demandas, entre outros aspectos, exatamente porque consegue resolver as controvérsias a tempo. E não apenas dando soluções justas e com toda segurança jurídica aos conflitos apresentados aos árbitros, como também -- e esse aspecto deve ser bem destacado --, propiciando que relacionamentos litigiosos possam ser restabelecidos em tempo razoável e prossigam atendendo aos objetivos das partes envolvidas. A recuperação dos relacionamentos pouco acontece quando há demora excessiva para o encerramento dos conflitos. Demandas que se arrastam por anos e anos no judiciário, quando são finalmente decididos a situação de fato que as originou não é mais a mesma e as partes que nele se envolveram muitas vezes também já não são mais as mesmas.

C. AS ALTERNATIVAS CLÁSSICAS PARA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Após as considerações iniciais gerais que expus acima, passo a enfrentar o desafio de destacar *três inovações* que podem vir a aperfeiçoar a forma de se fazer justiça através da arbitragem privada, fora do Judiciário.

Já me referi ao fato de que até pouco mais de 20 anos o *contencioso judicial* existiu como via única para a solução de litígios adjudicada pelo Estado com exclusividade. O acesso à justiça assegurado pela Constituição como direito individual de todos era feito apenas pelo judiciário estatal.

Esses 20 ou pouco mais anos de quebra da exclusividade do judiciário se contam da edição da Lei de Arbitragem brasileira. Sua modernização e a edição da Lei de Mediação têm apenas 2 anos e um pouco mais. É muito pouco esse tempo na história do Direito brasileiro quando lembramos que o nosso sistema jurídico foi inaugurado há mais de dois séculos, desde o império. Sem contar os outros séculos em que o Brasil colônia viveu sob as regras normativas do Direito português. Os 2 anos, ou os 20 anos, são quase nada perto dos muitos séculos em que nem a arbitragem nem outros métodos extrajudiciais estiveram normatizados.

A via arbitral privada como inovação para que as partes possam recorrer à justiça privada para a solução de suas demandas é, assim, uma inovação muito recente no Direito brasileiro. Até a Lei de Arbitragem não havia alternativa privada disponível para que o particular buscasse o julgamento de controvérsias em que se envolvesse. Ainda que a arbitragem estivesse prevista desde o século XIX no sistema jurídico brasileiro, não era praticada em nosso país porque a sentença arbitral dependia de homologação judicial para ter sua validade jurídica confirmada. No procedimento de homologação a questão toda submetida à arbitragem privada poderia ser revisitada pelo juiz togado. Naturalmente, as partes optavam por levar sua demanda diretamente ao judiciário para que não as discutissem duas vezes ante a necessidade de validação jurídica judicial.

Mas não foi apenas por conta da necessidade de homologação judicial que a arbitragem privada não se desenvolveu. Em determinadas matérias, como a trabalhista, por exemplo, o próprio judiciário especializado, por seu tribunal superior, afastou a prática da arbitragem para a solução dos litígios entre empregados e empregadores. Nascendo como uma justiça criada especialmente para atender às demandas trabalhistas -- e com viés tendenciosamente parcial na proteção dos empregados --, a justiça laboral logo recebeu grande volume de processos movidos contra as empresas. Neles, incentivados pela má prática de alguns de seus advogados, os empregados inflavam desmedidamente os

pedidos iniciais na expectativa de fazerem acordo mais favoráveis e frequentemente acima do que o Direito efetivamente lhes assegurasse.

Não havendo acordo e contestados os pedidos, os processos trabalhistas também se estendiam por anos e anos sem uma decisão final e definitiva, a exemplo do que acontece na justiça comum. Nesta circunstância e sem um acordo inicial, os empregados deixavam de receber a tempo o que efetivamente lhes fosse devido e ficavam sem recursos para custear suas vidas de desempregados até encontrarem um novo trabalho.

As empresas, por sua vez, se viam obrigadas a constituir provisões contábeis muitas vezes de valor bastante elevado quando fossem processadas na justiça trabalhista. As provisões contábeis reduziam seus resultados, diminuía o lucro dos sócios, rebaixavam seu *rating* na obtenção de crédito, perdiam valor na hipótese de venda, isso tudo por conta de contingências trabalhistas não resolvidas por anos e anos. Sem uma solução final e definitiva, a provisão contábil permanecia.

Paralelamente ao judiciário estatal, desenvolveu-se no país o *contencioso administrativo*, processado pelos órgãos da administração pública através de tribunais administrativos composto por servidores públicos e, por vezes, também por representantes dos particulares. O contencioso administrativo foi e ainda é praticado em larga escala no Brasil. Nas áreas em que os conflitos são usuais e em grande quantidade, como por exemplo em matéria tributária e em conflitos envolvendo os servidores públicos, o contencioso administrativo registra volume e congestionamento também muito elevados, com a mesma dificuldade do judiciário estatal para proferir decisões rápidas e, acima de tudo, em fazê-lo de forma imparcial. É comum verificar que no processo administrativo a tendência dos julgadores é defender o lado que representam, sejam os indicados pelo Estado, sejam os nomeados pelos particulares, e não atribuir imparcialmente a cada parte o que de fato seria seu direito.

O contencioso administrativo, por essas razões, tornou-se como que uma etapa antecedente à do contencioso judicial em boa parte dos litígios. Vencidos nos tribunais administrativos os particulares usualmente recorrem ao judiciário para rediscutir a matéria litigiosa já julgada no administrativo na expectativa de desfazer a decisão que lhes tenha sido adversa. Com isso os conflitos entre as pessoas privadas e o Estado

brasileiro podem se arrastar pelo dobro do tempo – o tempo do processo administrativo e o tempo do processo judicial – se comparado com aquele que duraria se fossem submetidos a um processo único que solucionasse de forma definitiva o litígio, fosse por julgamento administrativo ou por decisão judicial. Com isso, a solução final a ser dada em litígio de natureza administrativa costuma demorar muito mais tempo, não raro por mais de uma década, a um custo elevadíssimo de custeio dos órgãos administrativos e judiciais encarregados desse tipo de demandas, e a um custo elevadíssimo para a parte privada pelo prejuízo decorrente do tempo perdido na discussão dos processos, até sua solução final. O prejuízo acontece mesmo que, anos depois, a parte privada saia vencedora do litígio, no final.

O *congestionamento* do contencioso judicial chega a cerca de 100 milhões de processos em andamento, a maioria deles tendo como o principal litigante o Estado, considerado em as suas três esferas federativas. Essa situação é apurada pelo próprio judiciário, através de seus órgãos de controle no levantamento denominado de “A Justiça em Números”. Esse número se refere apenas aos processos em andamento no judiciário. Não há levantamento semelhante em relação ao contencioso administrativo. Quem atua na área, no entanto, sabe muito bem que o congestionamento de processos em andamento nos diversos órgãos da administração pública é também elevadíssimo.

Nem mesmo a inovação da ferramenta digital para o processamento eletrônico dos litígios, e não mais em papel, conseguiu reduzir de forma relevante. até hoje, o congestionamento de processos no judiciário e na administração pública. Imagina-se que isso venha acontecer no futuro, ainda não definido. É unanimidade entre quem atua nessa área ou dela precisa -- advogados, juízes e partes – a necessidade de se encontrar fórmulas inovadoras para solucionar o problema do congestionamento enquanto ele se mantém.

A permanência de conflitos não resolvidos durante muito tempo, muitos anos, por anos e anos, desarmoniza não apenas as partes diretamente neles envolvidas como desarmoniza a sociedade como um todo. Uma sociedade em que a litigiosidade é tão extensa – 100 milhões de processos em andamento no Brasil aguardando uma decisão final – é uma sociedade que vive em permanente estado de tensão. É aquela tensão decorrente de conflitos não resolvidos, da insegurança por não saber qual poderá ser a decisão ao final dos muitos anos de litígio. Tensão que afinal prejudica que as partes e a sociedade tenham

uma vida normal e pacífica, uma convivência em que as pessoas naturalmente busquem se harmonizar, e não litigar.

A demanda por novos métodos, métodos inovadores, é *necessidade* essencial para pacificar os relacionamentos sociais, para promover a harmonia na convivência em sociedade. *Necessidade* essa que é reconhecida pelos diferentes atores que cuidam da solução de litígios pelo contencioso judicial ou administrativo. Métodos novos que possam direcionar os processos para outras vias que não as atuais. *Necessidade* de outras formas, de formas inovadoras, que possam resolver adequadamente, fora do contencioso estatal, os litígios que desarmonizam o dia a dia da convivência humana.

D AS ALTERNATIVAS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A *necessidade* de criar e desenvolver novas formas de solução de conflitos fora do judiciário e da administração pública resultou na introdução no sistema jurídico brasileiro, assim como já ocorrera em outros países, de legislação disciplinando a adoção de *métodos extrajudiciais adequados de solução de controvérsias*. A Lei de Arbitragem (de 1996), a Lei de Mediação (editada em 2015), que foram confirmadas pela edição do novo Código de Processo Civil brasileiro (também em 2015).

Como se sabe, existe um leque de métodos já desenvolvidos há bastante tempo, ou mais recentemente, para promover a solução extrajudicial de conflitos. Entre os principais estão (i) a *arbitragem privada*, regulada pela Lei de Arbitragem de 1996 e atualizada em 2015, que é conduzida por terceiro(s) escolhido(s) pelas partes em busca de uma solução adversarial, heterocompositiva, vinculativa, adjudicada pelo(s) terceiro(s) para pôr fim ao litígio; e (ii) a *mediação privada*, também conduzida por terceiro(s) escolhido(s) pelas partes para facilitar a busca do entendimento entre as partes e das alternativas de solução autocompositiva, consensual, vinculativa quando expressa por acordo desenvolvido em conjunto.

Ainda que não objeto de legislação especial, outros métodos extrajudiciais adequados para pôr fim a controvérsias continuam ou começam a ser praticados no Brasil. O *comitê de solução de disputas (dispute boards)*, cada vez mais frequentemente indicado para

definir e adjudicar soluções técnicas vinculantes às partes em contratos que exigem decisões rápidas para não interromper sua execução. A *avaliação neutra*, vinculante ou não, contratada pelas partes para que um terceiro por elas escolhido defina a dimensão do litígio e eventualmente recomende forma para sua solução. A *negociação direta* entre as partes em busca de soluções por acordo, usado desde sempre. A *conciliação privada*, praticada também desde sempre e conduzida por um terceiro escolhido pelas partes ou indicado a elas em busca de acordo que possam concluir por transação. A *mediação judicial*, autocompositiva, disciplinada pela Lei de Mediação de 2015 e por normativos do Conselho Nacional de Justiça, conduzida por mediadores com capacitação mínima, indicados pelo judiciário ou escolhido pelas partes para auxiliar na conclusão de um acordo vinculante, pré processual ou mesmo no curso de um processo em andamento. A *autocomposição administrativa de litígios*, também disciplinado pela Lei de Mediação de 2015, para solução vinculante, autocompositiva ou heterocompositiva, entre órgãos públicos em conflito ou conflitos entre estes e particulares, por câmaras estruturadas dentro dos órgãos da administração pública.

Um leque variado de diferentes métodos extrajudiciais para resolver conflitos poderia à primeira vista indicar que qualquer deles poderia ser utilizado para soluções fora do judiciário. Assim não é, entretanto. A prática desses métodos todos deve ser adequada aos tipos de conflito que se propõem a solucionar. Não há como dizer que qualquer deles se preste a resolver controvérsias de diferentes naturezas. Definir o método mais adequado para a solução de determinado tipo de conflito é tarefa que deve merecer toda a atenção dos envolvidos e normalmente é função dos advogados das partes fazer a recomendação de qual deles usar. Há até mesmo situações de conflito que não possam ser resolvidas fora do judiciário e cabe aos advogados reconhecer isso e orientar seus clientes a procurar a justiça estatal ao invés de recorrer a soluções extrajudiciais.

Por um outro ângulo, a análise do método mais adequado para a solução da controvérsia *in concreto* passa por identificar as vantagens e as desvantagens das diferentes alternativas e deve se estender aos diferentes aspectos dessas ferramentas para que a escolha se faça por uma decisão suficientemente informada ao cliente.

Neste trabalho, como já adiantei, examino apenas a alternativa da arbitragem, destacando as inovações relacionadas a esse instituto pela *Arbitragem Expedita*, a *Arbitragem Trabalhista* e a *Arbitragem Tributária*.

Na arbitragem, para que a escolha do cliente por esse método se faça com informação ampla de seus diferentes aspectos, cabe ao advogado expor sobre a arbitrabilidade do objeto do possível conflito; a extensão ou a limitação do conteúdo da cláusula compromissória arbitral a ser proposta; a lei aplicável ao conflito; a sede da arbitragem; a ausência de recursos; se a arbitragem será institucional ou se *ad hoc*; se institucional, qual câmara escolher para administrar o procedimento; qual o custo provável da câmara e dos árbitros na arbitragem; se convém contratar cláusula escalonada que permita o uso sucessivo de métodos diferentes de solução do litígio, antes da arbitragem.

Exceto talvez pela escolha do árbitro, que normalmente se faz quando o conflito acontece, todos os demais aspectos devem ser avaliados no momento mesmo da elaboração do contrato cuja execução possa eventualmente gerar algum tipo de conflito. Uma vez contratada, a arbitragem passa a ser obrigatória para as partes e impede o uso de alternativas de solução de litígios, inclusive a alternativa judicial.

Cabe destacar neste passo que tem sido comum atribuir à arbitragem privada a desvantagem de ter custo elevado, especialmente quando institucional, seja para a remuneração da câmara que administra o procedimento, para a remuneração dos árbitros que sejam escolhidos, dos advogados que patrocinem a defesa da parte, e até mesmo de perícias que se mostrem necessárias e de pareceres que se mostrem recomendáveis. Estudos doutrinários mostram, no entanto, que comparado ao custo do tempo que decorre da demora da solução definitiva do conflito pelo judiciário, o custo da arbitragem privada não é maior. E não é exatamente porque ela é resolvida rapidamente. A desvantagem, na verdade, não está em o custo ser maior ou menor do que o custo do judiciário. Está em se exigir das partes um desembolso concentrado de recursos em um tempo muito menor do que o judicial, e isto se dá exatamente porque a arbitragem é resolvida em um tempo bastante mais reduzido do que o tempo do judiciário.

É preciso reconhecer que o desembolso concentrado do custo do procedimento arbitral tem, efetivamente, afastado da arbitragem partes que não disponham de recursos

suficientes para adotar esse método, especialmente quando se trate de conflitos de menor expressão econômica. A *necessidade* de se resolver o problema financeiro que afasta as pessoas da arbitragem está a exigir forma inovadora de solução para que a escolha e a prática da arbitragem não sejam impedidas por falta de recursos financeiros de qualquer das partes envolvidas no litígio. Sobre este aspecto discorro mais adiante quando me refiro à Arbitragem Expedita.

Faço aqui um pequeno desvio da linha de exposição para registrar inovação recente na questão do custo das arbitragens. A parte desprovida de recursos suficientes para o desembolso concentrados dos custos pode hoje ser financiada por terceiros, ou por seus próprios advogados, em troca de se atribuir um percentual *ad exitum* do resultado da arbitragem ao terceiro financiador ou aos patronos da causa. Essa inovação, no entanto, tende a se restringir a causas de valor expressivo que justifiquem o risco financeiro do financiador ou dos advogados. Critérios severos são usados para avaliação do risco jurídico quanto à probabilidade de sucesso na arbitragem em favor da parte financiada e podem desaconselhar o financiamento.

Outro aspecto que afasta da arbitragem privada grande número de litígios que seguem ou seguiam exclusivamente para o judiciário estatal é a questão da arbitrabilidade ou não do objeto do litígio que deva ser solucionado. Muito se discutiu e ainda se discute quanto à disponibilidade ou não do direito envolvido no litígio, uma vez que, pela Lei de Arbitragem, esse método se aplica apenas para a solução de conflito sobre direitos disponíveis pelas partes envolvidas. Dizia-se serem indisponíveis os direitos do Estado, a afastar a arbitragem privada dos litígios em que a administração pública fosse parte. Dizia-se serem também indisponíveis os direitos dos empregados em litígio com seus empregadores, razão porque deveriam ser decididos apenas pelo judiciário trabalhista.

A boa doutrina e a jurisprudência firme sobre a arbitrabilidade de questões envolvendo a administração pública resultaram em essa alternativa ser expressamente admitida na Lei de Arbitragem, em sua modernização em 2015. A arbitrabilidade em matéria trabalhista foi expressamente autorizada pela reforma trabalhista de 2017 nos conflitos entre os empregadores e os empregados de nível salarial diferenciado, afastando a discussão sobre a arbitrabilidade dos direitos dos empregados. A questão da arbitrabilidade é abordada a seguir quando trato da Arbitragem Trabalhista e da Arbitragem Tributária.

Como anunciei no início deste estudo, considero que a Arbitragem Trabalhista e a Arbitragem Tributária -- para a questão da limitação da arbitrabilidade dos conflitos nessas matérias --, e a Arbitragem Expedita -- para a questão da limitação do acesso à justiça arbitral pelo desembolso concentrado do seu custo --, representam o desenvolvimento de formas inovadoras para a superação dessas limitações ao uso da arbitragem privada. A meu ver, essas três formas atendem à *necessidade* da sociedade brasileira de ver o instituto da arbitragem privada praticado mais amplamente, como meio adequado, rápido e de custo econômico reduzido para a solução dos conflitos e, em consequência, para promover a harmonização dos relacionamentos em sociedade. Atendem também, por outro ângulo, à *necessidade* de (i) estender sua prática para áreas que são ou eram exclusividade do judiciário estatal; e/ou (ii) para permitir que disputas de menor valor entre partes com limitação de recursos possam se valer do método arbitral para a solução de suas demandas fora do judiciário.

E. INOVAÇÕES NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR ARBITRAGEM

A redução do tempo e do custo da arbitragem, especialmente em causas menores

Registro em primeiro lugar que a busca da *redução do custo* da arbitragem é objeto de empenho constante de tantos quantos praticam esse método: partes, advogados, árbitros, câmaras. A redução do custo, entre outras providências, passa necessariamente pela *redução do tempo* para que se chegue à decisão final dos conflitos. Quanto maior o tempo da arbitragem, maior o custo com as taxas de administração, com os honorários dos árbitros e com os advogados das partes.

Uma forma de reduzir o custo e o tempo da arbitragem é fazê-la *ad hoc* ao invés de *institucional*. Na arbitragem *ad hoc* as partes e os árbitros conduzem o procedimento diretamente, sem a participação de uma câmara. As partes e os árbitros podem combinar livremente, desde o início do procedimento, o valor dos honorários a serem pagos, a forma do pagamento, antecipado ou parcelado, antes, durante ou até depois da decisão final ser proferida e entregue às partes.

A redução do custo da arbitragem passa também pelo emprego de *árbitro único*, adequado para a solução de causas menos complexas e/ou de menor valor. Ao invés de as partes contratarem a arbitragem a um tribunal com maior número de componentes, um árbitro único pode solucionar demandas menos complexas sem a necessidade e o custo de coárbitros para o mesmo mister. Essa forma é adequada para a arbitragem de pequenas causas e pode ser processada em câmaras de arbitragem também menores, a taxas de administração mais reduzidas e com redução do valor dos honorários do árbitro, que nesses casos consomem menos tempo de trabalho.

O risco de se fazer a arbitragem em pequenas causas é que instituições arbitrais menores e árbitros únicos podem não praticar esse método com a mesma qualidade que se exige em qualquer procedimento arbitral, seja ele de maior ou de menor valor. Uma vez que se propõem a fazer arbitragem para solucionar litígio de menor valor e menor complexidade, se exige da instituição e do árbitro o mesmo zelo na condução do procedimento e o mesmo respeito aos direitos das partes, tanto quanto se exige de zelo e respeito de instituições maiores e de tribunais com maior número de árbitros. A *necessidade* de superar esse tipo de risco tem sido enfrentada pelo uso inovador da *arbitragem expedita*.

A arbitragem expedita como inovação para redução do custo e do tempo da arbitragem

A *arbitragem expedita*, como a própria expressão indica, se destina a reduzir o tempo da solução do conflito e o custo da arbitragem quando comparado com o tempo consumido e o custo de arbitragens processadas em câmaras maiores. A *arbitragem expedita* por isso mesmo vem sendo processada em câmaras bem estruturadas, uma forma inovadora destas câmaras para aliar a rapidez e o custo menor da decisão expedita à experiência e à qualidade na administração dos procedimentos da câmara de arbitragem.

As instituições arbitrais maiores que passaram a admitir a *arbitragem expedita* produzem regulamentos especiais para seu processamento com ênfase na redução do tempo e do custo e, ao mesmo tempo, preservam a qualidade do procedimento com o mesmo zelo dedicado a arbitragens mais complexas e de maior valor, cuidando para que o árbitro único escolhido pelas partes ou pela própria instituição conduza o procedimento arbitral segundo o regulamento especial e de acordo com as mesmas exigências adotadas para as outras arbitragens processadas por essas câmaras.

A ampliação da arbitralidade para matérias antes tidas por indisponíveis

Como já acentuei antes, a limitação da arbitragem a conflitos sobre direitos disponíveis afastou da solução arbitral litígios envolvendo a administração pública e litígios envolvendo direitos trabalhistas individuais,

A inovação da legislação que admitiu a Arbitragem Trabalhista

Em relação à arbitralidade de litígios individuais envolvendo empregados e empregadores -- e apesar de a melhor doutrina indicar a possibilidade jurídica de tê-los resolvidos por arbitragem privada --, a jurisprudência do judiciário veio afastá-la de vez, barrando seu uso para a resolução de conflitos individuais. Decisões reiteradas em todas as instâncias da justiça especializada, até de seu tribunal superior, declararam a indisponibilidade do direito do empregado em face do poder econômico dos empregadores e reiteradamente afirmaram a competência exclusiva da justiça trabalhista para a solução de conflitos dessa natureza.

Numa tentativa de alterar a limitação imposta pela jurisprudência, foi incluído no projeto de lei de modernização da Lei de Arbitragem, em 2015, dispositivo que dava autorização expressa para o uso da arbitragem na solução de conflitos individuais trabalhistas. Essa autorização foi, no entanto, vetada por ocasião da sanção lei. Sem lei autorizativa para a aplicação da arbitragem, o judiciário trabalhista manteve a jurisprudência anterior, afastando a arbitralidade de conflitos nos dissídios individuais entre empregados e empregadores.

Pouco tempo depois, no entanto, a reforma trabalhista de 2017 modificou radicalmente essa situação e incluiu artigo na CLT que deu autorização expressa para o uso da *arbitragem trabalhista* em litígios envolvendo empregadores e empregados com remuneração diferenciada, afastando deles o argumento da hipossuficiência que exigisse proteção dos direitos destes empregados pela justiça estatal.

A legislação trabalhista introduziu, assim, no final de 2017, inovação relevante quanto à arbitralidade de conflitos trabalhistas para empregados com remuneração diferenciada,

autorizando vê-los resolvidos pela arbitragem privada e não mais exclusivamente pelo judiciário trabalhista estatal. Câmaras de arbitragem em todo o país estão adaptando ou já adaptaram seus regulamentos para administrar a *arbitragem trabalhista* na forma inovadora agora autorizada em lei.

O argumento da indisponibilidade dos direitos dos empregados foi, assim, afastado. A jurisprudência estatal deixa de prevalecer, portanto, com certeza para os conflitos com empregados com remuneração diferenciada. O que agora se cogita no meio jurídico laboral é que se o direito do empregado foi admitido por lei como direito disponível, ainda que a norma se destine a apenas uma categoria de empregados, fato é que, em uma interpretação sistemática, a disponibilidade do direito laboral do empregado não mais comporta discussão, porque consagrada em lei.

Se a lei admitiu a disponibilidade do direito em si, a discussão que ainda pode remanescer é quanto à extensão da aplicação desse conceito, se fica limitada apenas a determinada categoria de empregados, como previsto pela Reforma Trabalhista de 2017, ou se pode ser estendida a todas as demais. Essa extensão estará sujeita à apreciação do judiciário trabalhista, em nova construção jurisprudencial, se e quando for submetida a julgamento.

A discussão para a implantação inovadora da Arbitragem Tributária no Brasil

Superada pela modernização da Lei de Arbitragem em 2015 a discussão quanto à indisponibilidade do direito do Estado a ser submetido a julgamento pela arbitragem privada, ela ainda não se estendeu a todas as relações da administração pública com os particulares. Em especial, não é aplicada nos litígios em matéria tributária, responsável hoje pela maior parte dos processos em andamento no judiciário estatal envolvendo a administração pública. Apesar de a administração tributária ser parte da administração pública, para a qual a arbitragem foi expressamente admitida na modernização da Lei de Arbitragem de 2015, persiste ainda a barreira da indisponibilidade do tributo para o Estado, e que por isso deveria ser julgada exclusivamente pelo judiciário estatal.

A *arbitragem tributária* desperta, no entanto, crescente discussão visando a sua implantação no Brasil. Nessa discussão já se afastou o conceito de que a indisponibilidade

do tributo não pode ser julgada por arbitragem privada. O que se verificou é que a arbitragem tributária não se presta a discutir se o tributo é disponível ou não. Sendo a obrigação tributária definida em lei, não há que falar em sua disponibilidade pelo contribuinte, pelo Estado ou por quem analisar eventual conflito sobre sua imposição. A discussão, tanto na arbitragem como no judiciário, é essencialmente para determinar se o tributo é cobrado do contribuinte nos limites e de acordo com a lei que o instituiu e, igualmente, se é pago pelo contribuinte quando pratica o fato gerador conforme descrito na lei instituidora. Não se trata, portanto, de julgar sua disponibilidade ou indisponibilidade para o Estado, mas de julgar a adequação de sua cobrança e de seu pagamento ao determinado pela lei, o que pode ser feito tanto pelo judiciário estatal como pela arbitragem privada.

Essa discussão é travada na esfera das administrações tributárias das diferentes unidades da federação, na comunidade de tributaristas e na comunidade arbitral.

Com o exemplo de sucesso da *arbitragem tributária* em Portugal, que disciplinou em lei a possibilidade de solucionar por arbitragem conflitos em matéria tributária, cresce a discussão para a implantação desse instituto no Brasil. Trabalhos acadêmicos, seminários científicos, reuniões de administradores tributários brasileiros com tributaristas e arbitralistas dos dois países têm feito aumentar a disposição de enfrentar o desafio de incluí-la no sistema tributário nacional.

Como resultado dessa discussão toda, está em elaboração anteprojeto de lei que o setor privado do país pretende levar à apreciação do Congresso Nacional para incluir a *arbitragem tributária* no sistema jurídico brasileiro de contencioso tributário. Sendo aprovada essa proposição, a inovação decorrente da introdução do instituto terá enorme repercussão na forma de se discutir a cobrança de tributos pelo fisco brasileiro em face dos contribuintes do país todo.

Admitida por lei a arbitragem privada para resolver os conflitos envolvendo a administração pública, o próximo passo, como destaquei aqui, será admiti-la também para os conflitos em matéria tributária. Essa talvez seja a inovação mais relevante na história ainda recente da arbitragem privada no Brasil. E será inovação extraordinariamente útil para retirar do judiciário estatal a exclusividade para solucionar conflitos de natureza

tributária, seguramente o maior fator de congestionamento do contencioso judicial e administrativo no país.

Roberto Pasqualin é advogado em São Paulo, especializado em Direito Tributário e Empresarial, atua como árbitro e mediador junto às mais importantes câmaras de arbitragem e mediação instaladas no Brasil e no exterior. Foi fundador e presidente do Centro de Arbitragem e Mediação da Amcham Brasil – Câmara Americana de Comércio; foi presidente do Conima-Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem e é membro nato de seu Conselho Consultivo; e é membro do Conselho Fiscal e do Conselho Consultivo do CBAr-Comitê Brasileiro de Arbitragem.
