

Arbitragem: questões polêmicas

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior*

1. Introdução

Nas lições tradicionais de sociologia e filosofia, o homem é um ser gregário. Deveras, o homem não simplesmente existe, mas coexiste. Sim, o homem meramente não vive, mas convive!

Porém, como lembra João Andrade de Carvalho (1), "o homem é também, paradoxalmente, por fidelidade à sua natureza animal, um ser egoísta, enroscado em si mesmo, dedicado, prioritariamente, às necessidades de seu ego, concentrado, de maneira visceral, em seus próprios interesses."

Deste modo, da vida em sociedade brotam muitos interesses, os quais, via de regra, são conflitantes.

Ocorre que o anseio do homem é viver de maneira pacífica. Para isto, cria sistemas de solução de seus conflitos.

O direito, neste aspecto, é, exatamente, um vetor social, que visa disciplinar a sociedade e as relações intersubjetivas que dela emanam.

Os romanos já enxergavam o direito sob esta ótica, a ponto de afirmarem: "ubi societas, ibi jus". Sim, onde está a sociedade está o direito.

Neste desdobramento, dentre as várias funções da ciência do direito, talvez a de maior relevo sejam exatamente as de ordenação e controle social. O direito busca conciliar os muitos e cada vez mais crescentes interesses dos indivíduos.

Contudo, como dito acima, amiúde estes interesses são conflitantes. O desejo de um concorre com o desejo de outrem. E esse conflito de interesse faz nascer o que se usou chamar de "lide" ou "litígio".

Esta lide, na clássica definição de Carnelutti (2), é "um conflito de interesses regulado ou posto pelo direito, ou um conflito de interesses qualificado por uma pretensão e por uma resistência a essa, enfim, um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita. Conflito de interesses na medida que são muitas as vontades dos envolvidos,

todas elas em desarmonia. E a pretensão resistida significa dizer que a vontade de um encontra resistência na vontade do outro."

As situações litigiosas podem ser as mais extremas, sendo que as vezes o direito não está preparado para enfrentá-las e solucioná-las adequadamente. Isto se dá porque a sociedade evolui muito mais rapidamente que as leis.

O grande desafio da vida em sociedade é, pois, solucionar estes conflitos de interesse. Neste sentido, o homem criou vários instrumentos, dos quais falaremos superficialmente.

2. Da autotutela

Desde os primórdios, o homem tem o intuito de solucionar os conflitos de interesse, e a mais rudimentar forma de fazê-lo é a autotutela.

Em apertada síntese, autotutela é fazer justiça pelas próprias mãos. Essa modalidade de solução dos conflitos de interesse foi muito difundida no passado, entre os povos incivilizados, que desconheciam um Estado organizado e onipresente.

A autotutela é marcada por dois traços principais. O primeiro é que as partes envolvidas resolvem suas questões sem a presença de terceiros, como um árbitro, por exemplo. A segunda é que sempre uma vontade se impõe, via de regra pela força, a outra vontade.

Assim, se alguém invadiu uma casa de um terceiro, este terceiro, a fim de defender seu patrimônio, expulsa o invasor de seu lar, valendo-se da força para tanto.

Do mesmo modo, um país invade o outro. Para a defesa da soberania, instaura-se uma guerra. Há, então, um conflito de interesses, solucionado pelos próprios envolvidos, com a imposição de uma vontade sobre a outra.

Hoje, repele-se a autotutela, tendo em vista a existência de um Estado forte, que chama para si a solução dos conflitos. No entanto, nos modernos ordenamentos jurídicos existem muitos resquícios da força pelas próprias mãos. Entre nós, a própria Constituição Federal a consagra, ao permitir o direito de greve.

A legislação infraconstitucional também. Por exemplo, o artigo 502, do Código Civil de 1.916, diz:

"Art. 502. O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se, ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo.

Parágrafo único. Os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse."

Neste desiderato, se alguém invadir um imóvel, o seu proprietário pode usar de sua própria força para restituir sua posse. Este talvez seja o exemplo mais típico da autotutela autorizada pela lei.

Na seara penal, o artigo 301 do Código de Processo Penal autoriza a qualquer do povo a prender aqueles que estejam cometendo crimes em flagrante.

Entretanto, Rosemiro Pereira Leal (3), ensina:

"É de manifesto equívoco dizer que a autotutela tenha abrigo atualmente na legislação brasileira, ainda mais quando se sabe que as Constituições Brasileiras, em sua maioria, notadamente a Constituição vigente, acolhem o princípio da reserva legal (...) No ordenamento jurídico brasileiro, não há recepção da figura histórica da autotutela, mas a criação do instituto legal da autodefesa na esfera de direitos da pessoa e do Estado."

Quer se a chame de autotutela, quer se a chame de instituto legal da autodefesa na esfera de direitos da pessoa, somente será permitida como medida excepcional. A lei tem de autorizá-la expressamente, como o faz nos artigos acima citados. Afora isto, valer-se da força para solucionar conflitos de interesses, ainda que estes conflitos sejam legítimos, é ilegal, sendo considerado, inclusive, como crime. A propósito, eis o artigo 345, do Código Penal:

"Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência."

3. Da autocomposição

A autotutela quase sempre implicava numa beligerância ou no uso da força. Mas os homens foram percebendo que poderiam solucionar seus problemas sem se socorrerem à força. Nasce, então, uma nova modalidade de solução da lide, denominada autocomposição.

A autocomposição consiste no ajuste de vontades, para solucionar um litígio. Subdivide-se em :

1. desistência: é a renúncia à pretensão. André comprou R\$ 25,00 (vinte e cinco) reais de combustível em um posto de gasolina e pagou com um cheque, que se soube mais tarde, não tinha fundos. O dono do posto tem uma pretensão legítima de receber os R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Porém, resigna-se ao prejuízo e prefere não cobrar seu devedor. Renunciou, assim, a sua pretensão creditícia

2. Submissão: é a renúncia à resistência. Suponha-se o mesmo caso acima relatado. O dono do posto resolve cobrar os R\$ 25,00 (vinte e cinco reais). Procura, neste sentido, o devedor,

que tão logo fora encontrado, paga o numerário. André, devedor, não resistiu à pretensão de seu credor. Com efeito, renunciou à possibilidade de não promover o pagamento. Submeteu-se à vontade do dono do Posto de Gasolina;

3. Transação: A transação é caracterizada pelas concessões recíprocas. O Código Civil a prevê e inclusive a estimula, por dizer: "É lícito aos interessados prevenirem, ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas." (artigo 1025)

Também o Código de Processo Civil, que prescreve se extinguir o processo, julgando-se seu mérito, quando as partes transigirem (269, III).

Porém, entendeu-se, e com acerto, que os particulares não poderiam solucionar seus conflitos, sempre. Surge, então, a figura de um terceiro estranho ao conflito, que o solucionaria. Eis o juiz. Eis o nascimento da Justiça Pública. Eis o nascimento da Jurisdição.

4. da Jurisdição

Cônsono José Eduardo Arruda Alvim (4), "a palavra jurisdição vem do latim ius (direito) e dicere (dizer), querendo significar a "dicção do direito". Corresponde à função jurisdicional e emana, como as demais, exclusivamente do Estado.

Sinteticamente, é atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos de interesse, com o fim de resguardar a paz social e o império da norma de direito.

Jurisdição é, destarte, o poder dever que o estado tem de aplicar a norma jurídica ao caso concreto.

Conforme Ovídio Batista (5), "o ato jurisdicional é praticado pelo Juiz, que o realiza por dever de função." Além disso, prossegue Ovídio, "o outro componente essencial do ato jurisdicional é a condição de terceiro imparcial em que se encontra o Juiz com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade."

Vê-se, deste modo, que o Estado moderno avocou para si a exclusividade na solução dos conflitos de interesse.

Todavia, a jurisdição atravessa grave crise, o que depõe contra seu efetivo funcionamento. E são vários os seus entraves! Reclama-se de um aparelho judiciário moroso, custoso e mormente formalista.

Mesmo detalhes aparentemente pequenos ganham relevo, causando ainda mais transtorno àqueles que se valem da jurisdição para solucionar seus litígios.

José Renato Nalili observa: "Os advogados se aparelham e elaboram suas petições utilizando-se de computadores de última geração. Obtêm o despacho no livre acesso ao juiz.... E aí, paradoxal, se submetem ao dissabor de confiarem o ritmo do processo ao oficial de justiça." (6)

Assim, a jurisdição, que seria a panacéia para os conflitos de interesse, passa a ser desprestigiada, realmente desacreditada e, por conseguinte, ignorada.

Conforme Reginaldo D. H. Falker (7), o Banco Mundial editou um documento propondo uma alteração do Poder Judiciário na América Latina, que "ênfatiza muito o fato de as populações dos Países Latino-americanos não confiarem no Poder Judiciário. O fato mais importante desta falta de confiabilidade seria a excessiva morosidade do Judiciário, decorrente do elevado número de processos sob sua jurisdição."

Tais são as deficiências do Poder Judiciário nos diversos países que, na redação do dito documento, pondera-se que "o acesso à justiça pode ser fortalecido através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Estes mecanismos que incluem arbitragem, mediação, conciliação e juízes de paz podem ser utilizados para minimizar a onerosidade e a corrupção no sistema."

Mas os conflitos de interesse existem e são cada vez mais constantes e complexos. E o direito necessita de mecanismos para solucioná-los, sempre na busca da paz social. Urgem mecanismos de substituição à jurisdição. E neste diapasão, é que deita raiz a arbitragem.

5. Da arbitragem

Com a Lei 9.307/96, deu-se nova roupagem ao instituto da arbitragem no Brasil, facultando-se às partes capazes contratarem um árbitro para solucionarem seus litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (8)

A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. (9)

Tem sido chamada de heterocomposição, por ser um método de solução do conflito por meio da sujeição da vontade das partes a um terceiro.

Esse fenômeno não é privativo do Brasil. Segundo Ricardo Antônio Mohallen (10), "essa preocupação desencadeia alterações legislativas e doutrinárias em vários países. Nos Estados Unidos da América surge o instituto denominado ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION - ADR, que consiste na busca de métodos alternativos de solução dos conflitos.

Em face de ser uma lei relativamente nova, eis que data de 1.996, bem como ser um instituto ainda sem muita penetração, notadamente nas Comarcas de menor tamanho, a arbitragem tem suscitado algumas questões controvertidas, as quais procuraremos agora debater.

6. Arbitragem é jurisdição?

Uma primeira questão de alta indagação é saber-se se a arbitragem é ou não jurisdição. Muitas são as teses antagônicas sob o tema. A propósito:

6.1. Daqueles que defendem a arbitragem como jurisdição.

Segundo Humberto Theodoro Júnior (11), "fácil é concluir que a opção do legislador foi pela atribuição do caráter publicístico ao juízo arbitral, tornando-o um completo equivalente jurisdicional, por escolha das partes. Se a justificação de seu cabimento radica-se numa relação negocial privada (a convenção arbitral), o certo é que, uma vez instituído o juízo arbitral, sua natureza é tão jurisdicional como a dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. O que fez, pois, a Lei nº 9.307 foi instituir terminantemente "a jurisdicionalização da arbitragem no Brasil, à medida que lhe atribuiu natureza jurisdicional contratual decorrente do seu caráter volitivo privado".

No mesmo sentido são as lições de Néelson Nery Júnior (12): "A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de sentença, que tem qualidade de título executivo judicial, não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal. A execução da sentença arbitral é aparelhada por título judicial, sendo passível de embargos do devedor com fundamento no CPC 714, segundo a Larb 33, parágrafo 3."

Esposa a mesma idéia Carlos Alberto Carmona (13). Sustenta o citado autor que "a decisão dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz, fato de emperramento da arbitragem."

Ora, ao árbitro eleito - cuja atividade substitui a dos particulares em litígio - é consagrado o poder de aplicar o Direito ao caso concreto, em lugar do juízes estatais, resolvendo conflito(s) daqueles que estão em litígio. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade e independência (artigo 13, § 6º, da Lei nº 9.307/96), impossibilitado de atuar em várias hipóteses de impedimento, aplicáveis aos magistrados em geral, artigo 14. E no que couber, regido será pelos mesmos deveres e responsabilidades destes (artigo 14, caput).

Por sua vez, a obrigatoriedade de cumprimento pelas partes litigantes do que restar decidido pela sentença arbitral independe da homologação do juiz estatal (art. 18), importando a demonstração clara da natural soberania da arbitragem.

Há quem sustente, como Cláudio Armando Couce de Menezes (14), que "o conceito de Jurisdição deve ser mais amplo, compreendendo o poder e dever atribuído a determinados entes, em regra, estatais de assegurar o direito, aplicando-o ao caso concreto". E prossegue afirmando que "a arbitragem é hipótese, excepcionalíssima, de jurisdição não estatal. Dentro do Estado, aliás, nem sempre é o Judiciário quem presta jurisdição. Ao Legislativo também é estendido o poder de julgar e dizer o direito em determinados casos."

Tanto isso é verdadeiro, que, por exemplo, o próprio Senado Federal exerce a jurisdição, na hipótese de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, ex vi da regra consubstanciada no artigo 52, inciso I, da Suprema Carta Política.

Cândido Rangel Dinamarco (15), por seu turno, sustenta que a arbitragem tem natureza parajurisdicional, a "partir da idéia de que, embora ele não as exerça com o escopo jurídico de atuar a vontade da lei, na convergência em torno do escopo social pacificador reside algo muito forte a aproximar a arbitragem da jurisdição estatal".

6.2. Daqueles que negam à arbitragem a jurisdicionalidade.

Todavia, muitos negam à arbitragem um caráter de jurisdicionalidade, na medida que o árbitro não possui os mesmos direitos de um Juiz togado.

Com efeito, o artigo 7, da Lei 9.307/96, prevê que "existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim".

Dessome-se, portanto, que o árbitro não tem o poder de compelir às partes a se submeterem à arbitragem, ainda que exista uma cláusula compromissória ou um compromisso arbitral. Para tanto, deve o interessado procurar um Juiz togado.

Além disso, o artigo 22, § 2º, pontifica que "em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

Vê-se, outra vez, que o árbitro sequer possui poder de conduzir coercitivamente uma testemunha renitente. Deverá pleiteá-lo ao Juiz de Direito.

Ademais, o Juiz Togado pode executar sua própria sentença. Por seu turno, o árbitro não pode.

Também, o artigo 25, da Lei Arbitral, prevê: "sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral."

Outrossim, o artigo 22, § 4º, diz: "Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa."

Sendo assim, o árbitro não pode promover medidas coercitivas ou cautelares, devendo solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário.

Por estas razões, muitos defendem a tese de que a arbitragem não é jurisdição, exatamente porque os poderes dos árbitros são limitados,

A jurisdição, é cediço, constitui-se de Poder autônomo, independente, cujos órgãos, incluindo-se o Juiz de Direito, tem plenos poderes para o exercício de seu mister. Sendo que ao árbitro falecem as prerrogativas acima arroladas, resta concluir que, a priori, a arbitragem não é jurisdição.

A conclusão do assunto, se é a arbitragem jurisdição ou não, relegamos ao entendimento pessoal do leitor.

7. A arbitragem é constitucional

Outro ponto que ganha destaque é saber-se se a arbitragem é constitucional. Muito se tentou combatê-la alegando-se que feriria os princípios do juiz natural, do contraditório, do duplo grau de jurisdição e, mormente, da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça de lesão à direito.

7.1 Violação ao princípio do juiz natural

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, prevê que não haverá juízo ou tribunal de exceção (XXXVII) e que ninguém será processado nem sentenciado se não pela autoridade competente (LIII).

Nossa Magna Carta, como visto, proíbe a criação de tribunais de exceção.

No entanto, não se poderá confundir justiça ou jurisdições especializadas com tribunais de exceção.

Para a grande maioria dos doutrinadores o significado do princípio do juiz natural é o de uma dúplice garantia: a proibição de juízo ou tribunal de exceção e julgamento por autoridade competente. É o que se depreende, por exemplo, do entendimento de Ada

Pelegri Grinover (16) ao estabelecer as duas garantias do juiz natural, consistentes, a primeira, na proibição de juízos extraordinários, ex post facto, e, a segunda, a não detração ao juiz constitucionalmente competente.

A arbitragem é a divisão da atividade jurisdicional, criada por Lei. Está, portanto, prevista com antecedência, de forma abstrata e geral com a finalidade de julgar matéria específica prevista pela lei 9307/96.

Desta forma, há estrita observância ao princípio do Juízo Natural, pois a autoridade competente para o julgamento da arbitragem, qual seja, o árbitro, está previamente estabelecido pela lei, com as características da generalidade e permanência (intangibilidade), para estar em condições de fazer observar o princípio da igualdade de todos perante a lei, de modo imparcial.

Portanto, repita-se à exaustão, não há que se falar em inconstitucionalidade em função da violação do princípio do Juízo Natural, visto que o juízo arbitral já encontra-se legalmente previsto em momento anterior ao que ocorre o fato a ser julgado, não existindo qualquer julgamento de exceção.

7.2. Violação ao princípio do contraditório

A Lei nº 9.307/96, em seu art. 21, § 2º, especifica: "A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. (...) § 2º. Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

Há previsão expressa do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade do árbitro. Assim, em nada fere a arbitragem estes princípios, dispensando-se, ademais, maiores comentários sobre o tema.

7.3. Desrespeito ao duplo grau de jurisdição

A regra legal da arbitragem (art. 18), que dispõe não ficar o laudo arbitral sujeito a recurso, é alvejada por alegada violação ao mandamento constitucional assegurador do duplo grau de jurisdição, concretizado pelo direito de recorrer.

A garantia do duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade das partes controlar a decisão do juiz, submetendo-a a um outro órgão julgador, a quem caberá dizer sobre o seu acerto ou não. Com isso, pretende-se evitar que eventuais equívocos judiciais se consolidem, sem a possibilidade de um juízo de revisão.

Todavia, alerta Néson Nery Júnior (17), o duplo grau de jurisdição, mesmo quando considerado uma garantia constitucional, deve se harmonizar com os demais direitos fundamentais consagrados na Constituição, não podendo ser concebido de modo absoluto.

E conclui que tratar esse princípio como um dogma intransponível representaria um óbice à criação de novas técnicas de aperfeiçoamento do do instrumento processual.

Bem lembra Eduardo Cambi, em excelente artigo sobre o tema (18):

"Também não se pode esquecer que a Constituição assegurou no artigo 5º, inciso XXV, da CF não apenas o princípio da inafastabilidade da jurisdição, mas a garantia de acesso à ordem jurídica justa, que contempla o direito à adequada, tempestiva e efetiva tutela jurisdicional 33. Logo, a garantia do duplo grau de jurisdição deve ser desmistificada, podendo ser dispensada quando possa significar um empecilho à efetividade da tutela dos direitos"

E conclui, com inafastável acerto:

"Por isso, a fixação de um valor de alçada ou de qualquer outro meio de limitação da garantia do duplo grau de jurisdição, bem como a restrição das hipóteses de cabimento de recurso não é necessariamente inconstitucional, desde que, observado os valores em conflito (princípio da proporcionalidade), possa se dar maior relevância à celeridade processual em detrimento da segurança jurídica."

Neste passo, se as partes se submetem à arbitragem, fazem-no em face de sua autonomia da vontade. Estão previamente cientes de que a decisão do árbitro será soberana, não comportando nenhum tipo de recurso. E, se mesmo assim, decidem solucionar seus litígios mediante este expediente, é porque, inegavelmente, se submeteram à disposição legal de impedir-lhes o acesso à recursos.

Ainda, é bom lembrar, que existem várias hipóteses de leis que vedam os recursos. Por exemplo, a Lei que regulamente o processo e julgamento do Descumprimento de Preceito Fundamental, diz, em seu artigo 12, que "a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória."

É de se concluir, em razão do exposto, que a arbitragem não fere o duplo grau de jurisdição.

7.4. Da quebra do princípio da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário

Tão logo se editou a nova lei brasileira de arbitragem, surgiram vozes censurando-a como ofensiva à garantia constitucional de inafastabilidade de qualquer litígio da apreciação do Poder Judiciário (CF, art. 5º, inc. XXXV), e, portanto, como incompatível com a garantia do juiz natural.

Isto porque a lei arbitral veda que a decisão do árbitro seja reformada pelo Poder Judiciário.

Como bem atesta Humberto Theodoro Jr (19)., "deve-se ressaltar, porém, que o juízo arbitral não é imposto pela lei, mas fruto de livre convenção entre as partes contratantes, que somente poderão convencená-lo a respeito de litígios referentes a "direitos

patrimoniais disponíveis" e desde que envolvam apenas pessoas maiores e "capazes" (Lei nº 9.307, art. 1º)."

Outrossim, a atividade do juízo arbitral não escapa da apreciação do Poder Judiciário. Com efeito, se a sentença arbitral contiver alguns dos vícios previstos no artigo 33, da Lei 9307/96, poderá a parte que se sentir prejudicada socorrer-se ao Judiciário.

Ademais, quando executada a sentença arbitral no Juízo comum, as matérias eventualmente nulas poderão ser lançadas nos embargos executivos.

Ainda, a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o Judiciário, constituindo a sentença arbitral título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art. 41) ao inciso III do art. 584 do CPC.

De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro, reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a coerção e a execução.

Além disso, é do Judiciário o controle "sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento", conforme o artigo 26, da Lei Arbitral.

Outrossim, caberá ao Judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º).

Acresça-se a isto que a sentença arbitral estrangeira, para ser executada no Brasil, necessita de homologação do STF, à luz do artigo 34 e 35, da Lei 9.307.

E, finalmente, o próprio STF, no julgamento de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), consolidou o entendimento de que a arbitragem nada tem de inconstitucional.

8. As partes podem estabelecerem recursos na arbitragem, diversos dos já previsto na Lei Arbitral?

A lei arbitral diz ser possível, como recurso, apenas e tão-somente os embargos de declaração, conforme previsão do artigo 30.

Todavia, poderiam as partes criarem outro tipo de recurso? Ao se submeterem à arbitragem, os litigantes poderiam de comum acordo criarem outros recursos?

"A autonomia do processo arbitral tem como função manter de modo efetivo as vontades das partes. De fato, a autonomia das partes é a base fundamental da filosofia de arbitragem e o fator determinante da existência da própria arbitragem. Mediante a aplicação do princípio de autonomia das partes, aumenta-se a previsibilidade do processo arbitral e se mantém a flexibilidade de refletir no processo arbitral. Assim, tanto quanto aumenta a

autonomia das partes, diminui-se a intervenção da lei do local de arbitragem. O limite do reconhecimento de autonomia das partes é um medidor da autonomia e da independência do processo arbitral do lugar de arbitragem." Esse é o pensar de Hee Moon Jo (20), com o qual concordamos.

Nesse sentido, a regra que dispõe ser irrecorrível a decisão arbitral é dispositiva. Portanto, caso os litigantes resolvam submeter a decisão do árbitro a um "colégio recursal", isto seria perfeitamente possível, pois, como salientado, todo o procedimento arbitral se pauta na autonomia da vontade dos litigantes.

Aliás, é bom frisar-se, que se as partes puderem criar seus recursos, desde que comunguem deste pensamento, a arbitragem poderá se fortalecer, tendo em vista que maior credibilidade poderá gozar.

9. Cabe ação rescisória na arbitragem?

Entendemos ser a arbitragem jurisdição, posto que a decisão do árbitro tem a mesma força de uma decisão de mérito do juiz. Inclusive isso é o que se infere do próprio texto legal.

Assim, poderíamos falar em ação rescisória em sede de sentença arbitral?

Quer-nos parecer que a princípio não. Isto porque as hipóteses de anulação da sentença arbitral já se encontram enunciadas no artigo 31, da Lei 9307/96, com previsão adicional do artigo 33 de um prazo de 90 dias para a providência.

Wilson Ramos Filho pensa diferentemente. Para ele, "por sua natureza irrecorrível, uma vez proferida a sentença arbitral, apenas por ação rescisória se poderia negar-lhe validade e eficácia." (21)

Apenas contemplamos essa hipótese caso as partes tenham instituído, na convenção de arbitragem, a possibilidade da ação rescisória, e desde que a hipótese se enquadre nos casos previstos no artigo 485, do CPC.

Do contrário, o único instrumento possível para a rescisão da sentença arbitral seria a ação anulatória, prevista nos artigos 31 e 33, da Lei 9307/96, naqueles casos *numerus clausus* previstos.

10. Cabe tutela antecipada na arbitragem?

Alguns autores, até de maneira vanguardista, sustentam que o árbitro, verdadeiro Juiz que é, poderia antecipar os efeitos da sentença, concedendo, inclusive, tutela antecipada, desde que preenchidos os requisitos do artigo 273, do CPC.

Humberto Theodoro Júnior, contudo, leciona: "da mesma forma, as medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário (art. 22, § 4º)." (22)

Entendemos que a razão está da forma como acima exposto. A lei é clara: medidas cautelares ou liminares coercitivas devem ser pleiteadas ao "órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa".

Neste desiderato, caso haja plausibilidade da medida de tutela antecipada, ainda assim ao árbitro é defeso concedê-la, tendo em vista que, in casu, deverá pleiteá-la diretamente ao Poder Judiciário.

11. Intervenção de Terceiros na arbitragem

É possível falar-se em intervenção de terceiros no processo arbitral?

Pela Intervenção, o terceiro torna-se parte do processo que não lhe era atinente, de início.

Nossa sistemática processual contempla as seguintes hipóteses de intervenção de terceiro: assistência, denúncia da lide, nomeação à autoria, chamamento ao processo, oposição e recurso de terceiro prejudicado.

Estas estão disciplinados nos artigos 50 à 80, e no artigo 499, todos do Código de Processo Civil.

Ocorre que a disciplina da intervenção de terceiros é pertinente e privativa ao processo civil. Neste desiderato é o artigo 1º, do Código Processual, que reza: "A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece."

E completa o artigo 2º do mesmo codex, ao discorrer sobre o princípio da demanda: "Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais."

Da análise conjunta destes dois artigos, infere-se que as regras contidas no Código de Processo Civil são pertinentes apenas e tão-somente às ações civis, propostas perante o Poder Judiciário.

De outra banda, o ritual da arbitragem, seus limites, seus desdobramentos etc., estão previstos na Lei Arbitral, que nada fala a respeito da intervenção de terceiros.

Ademais, tendo em vista que a arbitragem é fruto de convenção, os litigantes não serão obrigados a aceitar a intervenção de um terceiro. E, sob outro enfoque, um terceiro não pode ser compelido a participação de uma convenção arbitral, da qual, originariamente, não tenha tomado partido.

Em face do exposto, impõe-se concluir que a intervenção de terceiros é privativa do processo judicial, quicá comportando penetração no processo arbitral se as partes originárias e o terceiro expressamente concordarem com a situação.

Em caso negativo, a intervenção de terceiros obrigatória mostrar-se-ia, inclusive, inconstitucional, por ferir o princípio da legalidade, que conclama que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo se não em virtude de lei

12. Arbitragem de direitos trabalhistas

A solução de litígios pela via arbitral, na forma do art. 1º da Lei nº 9.307 de 1996, supõe direitos patrimoniais disponíveis e nunca direitos sociais de ordem pública, irrenunciáveis. Conclui-se, assim, que não se aplica para a solução de litígios de natureza trabalhista, pois estes são irrenunciáveis, à luz do artigo 9, da CLT.

Também o artigo 444, da mesma CLT, também diz: "As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, às convenções coletivas que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Neste sentido, já se decidiu que a arbitragem, nos termos da Lei 9307/96, não é atinente aos conflitos trabalhistas. A propósito:

"É inadmissível a instituição da arbitragem para dirimir questões trabalhistas, salvo aquelas gizadas em conflitos coletivos. (TRT 5ª R. – RO 61.01.99.1534-50 – (2.733/01) – 5ª T. – Relª Juíza Delza Karr – J. 13.02.2001)"

Todavia, a Lei 9958/2000, criou as denominas "comissões de conciliação prévia", que tem por escopo "tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho." (23)

Diz agora a CLT, em seu artigo 625-E, parágrafo único, que o termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Assim, o legislador criou modalidade de heterocomposição arbitral em sede de direitos trabalhistas. Contudo, essa arbitragem não está a mercê da Lei 9.307/96, que absolutamente não se lhe aplica, mas sim condicionada à Lei 9958/00.

13. Conclusões

Como esboço de nossos argumentos aqui expendidos, podemos afirmar que:

a) a arbitragem é uma interessante técnica de solução de conflito de interesses, que ganhou nova roupagem com a Lei 9.307/96;

b) a celeuma envolvendo ser ou não a arbitragem jurisdição é intrincada, cabendo ao leitor posicionar-se quanto ao tópico;

c) a arbitragem é absolutamente constitucional, não ferindo nenhum dispositivo da Carta Maior;

d) as partes poderão, em face do princípio da autonomia da vontade, estabelecerem recursos além daqueles previstos na Lei Arbitral;

e) Em regra, não cabe ação rescisória na arbitragem, salvo se as partes assim estipularem, e as hipóteses se enquadrarem no artigo 485, do CPC, e não sejam as mesmas contempladas no artigo 31, da Lei 9.307/96;

f) A tutela antecipada não pode ser decretada pelo árbitro;

g) É vedada a intervenção de terceiros no processo arbitral, exceptuando-se a hipótese das partes e do terceiro convencionarem sua participação.

h) Hodiernamente, existe os acordos arbitrais em seara trabalhista, mas que nada tem relacionado com a Lei 9.307/96.

Notas

1. In Ruptura da sociedade conjugal: danos, prejuízos e reparações, CD-Ron Jurissintese, n. 33

2. in Sistema del Diritto Processuale Civile, Pádua, 1936, p. 40

3. Teoria Geral do Processo, p. 37

4. Teoria geral do processo, p. 55

5. Teoria geral do processo civil, p. 73, 74

6. O Juiz e o acesso à justiça, p. 38

7. O Documento técnico 319 do banco mundial, *Jornal Síntese* 50/3
8. Carreira Alvim, op. cit., p. 80
9. CARMONA, Carlos Alberto, in *Arbitragem e Processo*, p. 43.
10. Publicada no CD-Ron *Juris Síntese* nº 26 - NOV/DEZ de 2000
11. in *A Arbitragem como meio de solução de controvérsias*. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil* n. 02, vol. Nov/Dez 99, p. 5
12. in *Código de processo civil comentado*, 3. ed., RT, 1997, p. 1300
13. in *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei 9307/96*, ed. Malheiros, 38
14. *Jurisdição e competência – Jurissintese* 33
15. *Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional.*, in *Jurissintese* 33.
16. *O Princípio do Juiz Natural e a sua dupla garantia, O processo em sua unidade - II*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984, p. 22.
17. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 167.
18. *In Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição*, CD-Ron *Juris Síntese* nº 31 - SET/OUT de 2001
19. Op. cit.
20. *Arbitragem nas disputas internacionais de propriedade intelectual - Publicada na Revista da Faculdade de Direito da USF Vol. 2 - 1998, pág. 67*
21. *Nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos do trabalho*, in ST nº 91 - JAN/1997, pág. 121
22. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*, *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 02 - NOV-DEZ/1999, pág. 5
23. CLT, art. 652-A

Bibliografia

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. Teoria geral do processo, 17ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2001 (em coop.).

BATISTA, Ovídio. Teoria geral do Processo Civil. São Paulo: RT, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. 9ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

CAMBI, Eduardo. In Efeito devolutivo da apelação e duplo grau de jurisdição. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro, S.Paulo, Malheiros, 1993.

_____. Arbitragem e processo. Um comentário à Lei 9307/96. São Paulo: Malheiros, 2000

CARVALHO, João Andrade. Ruptura da sociedade conjugal: danos, prejuízos e reparações. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. in Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

FILHO, Wilson Ramos. Nova lei de arbitragem e a solução dos conflitos coletivos do trabalho. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral do processo, 17ª ed., S.Paulo, Malheiros, 2001 (em coop.).

1993.

JO, Hee Moon. A arbitragem nas disputas internacionais de propriedade intelectual. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo – Primeiros Estudos. São Paulo:RT, 2000.

MENEZES, Cláudio Armando Couce. In Jurisdição e competência. Porto Alegre: Síntese (CD-Ron), 2002.

MORAES, Alexandre de. Direitos Humanos Fundamentais. 1. ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Direito Constitucional. 7. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2000-08-25

NALINI, José Renato. O juiz e o acesso à justiça. São Paulo: RT, 1998

NÉRY JÚNIOR, Nélson. Código de processo civil comentado e legislação civil extravagante em vigor. 3. ed., São Paulo: RT, 1997.

_____. Princípios do processo civil na constituição federal. São Paulo: RT, 2000.

THEODORO JR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. In Revista Síntese de Direito Processual e Direito Civil. Porto Alegre: Síntese, v. Nov/Dez/99

* advogado, professor da Associação Educacional Toledo - Presidente Prudente (SP), da Faculdade de Direito da Alta Paulista - Tupã (SP), e da Faculdade de Direito de Assis (SP).

Disponível em:< <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3183&p=1> > Acesso em.: 22 nov. 2007.