

DAS BOAS RELAÇÕES ENTRE OS JUÍZES E OS ÁRBITROS

CARLOS ALBERTO CARMONA

Professor Doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP. Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie. Advogado em São Paulo.

Sumário:

1. Intróito
2. Competência do árbitro e competência do juiz
3. Jurisdicionalidade da arbitragem
4. Atividade, função e poder do árbitro
5. Condução de testemunhas: limites da competência do árbitro
6. Concurso do juiz togado: limites de sua competência
7. Poderes cautelares do árbitro e execução da medida cautelar
8. Medidas cautelares antecedentes ao processo arbitral
9. Antecipação da tutela
10. Conclusão

1. Intróito

Arbitragem - sabem todos - é meio alternativo de solução de controvérsias, através do qual as partes, em litígio envolvendo direito disponível, escolhem um juiz privado para decidir a controvérsia de forma autoritativa, ou seja, vinculativa para os litigantes.

Querem os contendentes, ao escolher a via alternativa, prudente distância do Poder Judiciário (cujas decisões, via de regra, são seguras, porém muito morosas), procurando

solução rápida, *deformalizada* e especializada para seus conflitos.

Se é assim, como explicar o título deste trabalho?⁽¹⁾

O fato é que, apesar de esperarem aqueles que aderem à solução arbitral manter-se à margem da jurisdição estatal, haverá situações em que a tutela **judicial**⁽²⁾ será inevitável, eis que o árbitro, apesar de exercer atividade **jurisdicional**⁽³⁾, não tem poderes coercitivos (estes continuam reservados, com exclusividade, ao juiz togado). Basta pensar na situação criada por testemunha renitente, ou na necessidade de executar-se medida cautelar que encontre resistência daquele em face de quem a providência deva ser adotada, ou na situação que enseje o cumprimento de decisão decorrente de antecipação de tutela (com resistência da parte em face de quem o provimento deva ser implementado) para perceber-se que, em diversas situações, árbitros e juizes hão de entender-se, esperando a recém-editada Lei nº 9.307/96 cooperação de parte a parte.

À falta de efetiva experiência brasileira sobre a arbitragem (e, portanto, também sobre o tema aqui abordado), convém explorar as situações que podem ser criadas por conta de um relacionamento que, mal gerido, pode pôr a perder a atividade arbitral.

(1) - O título do trabalho foi inspirado na obra que PIERO CALAMANDREI publicou em 1941, *Das boas relações entre os juizes e os advogados no novo processo civil* (Ed. Felice Le Monnier, Florença, 1441).

(2) - Atividade judicial é típica do Poder Judiciário. Trata-se de qualificar, portanto, atos praticados pelos juizes, estes sempre estatais. Por isso mesmo, nem sempre os atos jurisdicionais são judiciais: quando o Senado da República julga (art. 52, I, da Constituição Federal) ou quando o árbitro profere decisão, presencia-se ato **jurisdicional**, mas não **judicial**.

(3) - Já tive oportunidade de manifestar-me pela jurisdicionalidade da arbitragem bem antes da nova Lei: reporto-me, portanto, ao que ficou dito no artigo *Arbitragem e jurisdição*, que escrevi em 1987 (*in* Participação e Processo, coord. de ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO R. DINAMARCO e KAZUO WATANABE, Ed. Revista dos Tribunais, S. Paulo, 1988, pág. 296-307). De lá para cá, o legislador só fez reforçar a idéia de que, efetivamente, é chegado o tempo de exorcizar velhos tabus - obstáculos a serem demolidos na marcha natural da ciência do processo, hoje preocupada com a efetividade da tutela dos direitos.

2. Competência do árbitro e competência do juiz

A Lei de Arbitragem trata do relacionamento entre juízes e árbitros em dois parágrafos distintos do artigo 22: no parágrafo segundo, determina a norma que o árbitro requeira à autoridade judiciária competente que conduza a testemunha renitente a fim de prestar depoimento; no parágrafo quarto, ao tratar das medidas coercitivas ou cautelares, o legislador dispôs que o árbitro poderá solicitá-las ao Poder Judiciário.

Dois pontos para reflexão, desde logo, colocam-se à frente do estudioso: o primeiro, de ordem conceitual, deixa à mostra a existência de divisão de trabalho, no exercício da atividade jurisdicional, entre árbitro e juiz, tocando àquele decidir e a este executar (*rectius*, fazer cumprir), tudo de acordo com a competência⁽⁴⁾ de cada um para a consecução do objetivo maior, que é a concessão da tutela jurisdicional eficaz. O segundo ponto, de ordem operacional, diz respeito à dúvida natural que assaltará o operador da nova Lei no momento em que se deparar com uma situação que exija a intervenção do juiz togado, pois nada ficou consignado acerca do *modus operandi* da colaboração judicial no juízo arbitral. É preciso encontrar, portanto, o mecanismo adequado através do qual o árbitro solicitará o concurso do juiz togado para a implementação de medidas coercitivas ou de urgência, o que, certamente, não acontecerá pela via da ação (não se espera que o árbitro deva propor demanda para obter o concurso do Poder Judiciário sempre que tiver necessidade do uso da força!).

Expondo de outro modo, o escopo deste breve estudo é o de, detectando atividade jurisdicional na arbitragem, resolver alguns dos problemas de competência que hão de surgir (competência dos juízes e competência dos árbitros) e averiguar como procederão os juízes

privados quando tiverem de contar com a colaboração dos juízes estatais.

3. Jurisdicionalidade da arbitragem

A jurisdicionalidade da arbitragem é questão ainda não pacificada, tendendo os autores nacionais a acentuar a natureza contratual do instituto e reservando a jurisdição conceito restrito - de modo absoluto - à atividade estatal⁽⁵⁾. Observo, porém, que, mesmo os nossos maiores do processo, como JOÃO MONTEIRO⁽⁶⁾, não hesitaram, em seu tempo, em reconhecer que jurisdição, em sentido amplo, "é o poder de conhecer dos negócios públicos e resolvê-los", enquanto, em sentido restrito,

(4) - Competência - definiu JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR de modo simples e com clareza até hoje não superada - "é a medida da jurisdição na atividade dos órgãos do Poder Judiciário" (Direito Judiciário Brasileiro, Typographia Baptista de Souza, Rio de Janeiro, 1918, pág. 40). Utilizo, portanto, para resolver as questões sob comento, um conceito clássico do processo, atualizado para abranger atividade jurisdicional, e não apenas judicial.

(5) - SÉRGIO BERMUDEZ, por exemplo, não hesita em afirmar que "a jurisdição só o Estado pode exercê-la" (Introdução ao Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 21); VICENTE GRECO FILHO, na mesma esteira, é peremptório ao atribuir a atividade jurisdicional exclusivamente ao Estado, asseverando que o compromisso arbitral (agora a convenção de arbitragem) é mecanismo excludente da atividade jurisdicional (Direito Processual Civil Brasileiro, 1^o vol. Saraiva, S. Paulo, 1995, pág. 170); CELSO NEVES também conclui que, no Estado moderno, a jurisdição seria " eminentemente estatal, exercida por órgãos do Poder Público que são os juízes", não havendo espaço - pelo que se depreende das lições do emérito professor do Largo S. Francisco - para detectar exercício de jurisdição fora da esfera estatal (Estrutura Fundamental do Processo Civil, Forense, Rio de Janeiro, 1995, pág. 19); por último (*the last, but not the least*), não posso deixar de lembrar as palavras peremptórias de FREDERICO MARQUES, que nossos estudiosos demoram a desafiar: "a jurisdição, no Estado moderno, é atividade pública; não mais existem jurisdições atribuídas a entidades privadas. Por outro lado, é essa função atualmente, no direito brasileiro, monopólio do Poder Judiciário, a não ser nos casos estritíssimos das atribuições anômalas, de caráter jurisdicional, conferidas a órgãos não judiciários". E conclui, ao garantir que o princípio do juiz natural impede que outros órgãos, que não o Poder Judiciário exerça a função jurisdicional: "nem mesmo o chamado juízo arbitral, como oportunamente veremos, é uma exceção a esse princípio" (Instituições de Direito Processual Civil, vol. I., Forense, Rio de Janeiro, 1966, pág. 215).

(6) - Programa do Curso de Processo Civil, S. Paulo, Companhia Industrial de S. Paulo, 1899, vol. I, pág. 154.

o vocábulo designa "o poder das autoridades judiciárias no exercício das respectivas funções". Revela-se com clareza, já no início deste século, uma brecha no conceito clássico - que alguns querem pétreo - de jurisdição, brecha por onde devem passar a arbitragem e a conciliação extrajudicial⁽⁷⁾.

4. Atividade, função e poder do árbitro

Nunca me convenci a respeito da restrição imposta ao conceito de jurisdição, e temo afirmar que as idéias de CHIOVENDA e de CARNELUTTI, que tanto impressionaram nossos autores mais ilustres, envelheceram e paulatinamente deixaram de refletir o real significado de *iuris dicere*. Tanto o árbitro como o juiz togado dizem autoritativamente o direito, concretizando a vontade da lei; tanto o árbitro como o juiz exercem **função, atividade e poder** que caracterizam a jurisdição; tanto o árbitro como o juiz proferem decisões vinculativas para as partes; tanto o árbitro como o juiz julgam! Assim sendo, no momento em que o árbitro aceita o encargo, recebe das partes o poder de decidir um dado litígio, impondo, em caráter obrigatório e vinculativo, a solução para o caso concreto, caracterizando-se a substituição da vontade das partes pela do árbitro, que expressa e sintetiza a vontade da lei. A **função** do árbitro, como se vê, não é diferente daquela do juiz. Quanto à **atividade** do árbitro, não difere ela substancialmente daquela desempenhada pelo juiz togado: tanto um como outro conhecem as questões de fato e de direito deduzidas pelas partes, analisando-as e valorando-as para formar seu convencimento, propiciando as bases para a decisão da pretensão que lhes foi submetida (esta, aliás, a característica básica da atividade cognitiva). Por derradeiro, árbitro e juiz ostentam **poder**: a decisão que proferem um e outro é obrigatória e vinculante para os contendentes.

É comum confundirem os doutos o exercício do **poder** com o exercício de **força**, to-

mando os atos de força como sinônimo de ato jurisdicional, de tal sorte a concluir que, não podendo o árbitro decretar prisões, efetivar arrestos ou seqüestros, ou utilizar força policial para fazer valer suas decisões, não estaria ele exercendo verdadeiro poder jurisdicional, por carecer de *imperium*. Se assim fosse, os juízes trabalhistas, que não têm competência criminal, careceriam de jurisdição; se assim fosse, juízes que tivessem competência apenas para proferir sentenças de conhecimento (sem executá-las), como ocorria nos juizados especiais de pequenas causas antes da alteração, em 1993, do art. 40 da Lei nº 7.244/84, careceriam de jurisdição!

O que se pode perceber, com clareza, é que a possibilidade, ou não, de executar e de decretar medidas de força fica restrita ao campo da competência, ou seja, fixação dos limites (materiais, funcionais e territoriais, entre outros critérios possíveis) em que a atividade de julgar deve ser exercida. É com base neste painel que sustento ser jurisdicional a atividade do árbitro, apesar de não estar ele dotado de autorização legal para exercer atos de força (estes estão reservados para o juiz estatal, por questão de escolha política do legislador).

5. Condução de testemunhas: limites da competência do árbitro

Delineada a moldura, cumpre descrever a pintura.

(7) - Impossível deixar de recordar as palavras de ADA PELLEGRINI GRINOVER (*A conciliação extrajudicial*, in *Participação e Processo*, *op. cit.*, pág. 276-295) que, ao tratar da conciliação extrajudicial em artigo que completa agora um decênio, mostrou com a costumeira precisão que o enfoque das funções e da estrutura da conciliação extrajudicial revela que este mecanismo de pacificação social atende a busca de maior racionalização e eficiência na administração da justiça, e conclui: "Tudo obedecendo aos escopos jurídico, sociais e políticos da jurisdição que, em sua acepção mais ampla, também compreende a atividade conciliativa extrajudicial".

Surgindo a necessidade de conduzir testemunha renitente para prestar depoimento, como deve agir o árbitro?

A questão de que trata a segunda parte do segundo parágrafo do art. 22 da Lei de Arbitragem pode trazer algum contratempo se não ficarem bem claras algumas premissas relativas à divisão de funções entre árbitro e juiz. A decisão a respeito de ouvir, ou não, uma testemunha, não é preciso insistir, é matéria afeta à esfera de decisão exclusiva do árbitro. Cabe a ele avaliar a necessidade, utilidade e pertinência da prova testemunhal, competindo-lhe deferir, ou não, sua produção bem como avaliar os resultados obtidos com a experiência probatória. Assim, pode ocorrer que uma testemunha, intimada pelo árbitro a prestar depoimento (ou seja, instada a colaborar com a administração da Justiça) recuse-se a comparecer. Não podendo o árbitro conduzi-la sob vara, cumpre-lhe solicitar o concurso judicial. Em outras palavras: não tendo o árbitro competência para fazer conduzir testemunha que se recusa a depor, solicitará, do órgão jurisdicional que tenha tal competência, as providências oportunas para tanto.

É preciso realçar estas questões: em primeiro, o juiz mandará conduzir a testemunha à presença do árbitro (e não à sua presença), pois será o árbitro - e não o juiz togado - quem tomará o depoimento da testemunha; em segundo, não caberá ao juiz perquirir a respeito da pertinência, utilidade ou necessidade da prova testemunhal. E é natural que assim seja, já que o árbitro (e não o juiz) é quem deve beneficiar-se do princípio da imediação, avaliando a credibilidade do depoimento pessoal; por outro lado, quanto ao deferimento dos meios de prova que as partes querem produzir, e, no caso específico, da adequação da prova testemunhal para a demonstração dos fatos trazidos pelos litigantes, importa frisar que o juiz togado não poderia mesmo

decidir coisa alguma sobre o tema, já que a prova não é a ele dirigida. Ademais, o árbitro poderá estar julgando por equidade (se as partes assim tiverem convencionado), não ficando adstrito às normas do Código de Processo Civil Brasileiro acerca da instrução probatória (e muito menos as restrições impostas pela lei brasileira, como as dos artigos 400 e 401, por exemplo), ou poderá estar utilizando (sempre por deliberação das partes) normas processuais diversas daquelas nacionais (o que, já se sabe, é perfeitamente possível na arbitragem, graças à permissão ampla do art. 2º da nova Lei, tudo demonstrando que somente o árbitro pode tratar das questões que envolvem a instrução probatória.

Diante disso, o juiz togado, recebendo pedido para a condução de testemunha renitente, limitar-se-á a verificar se o árbitro está agindo por força de convenção arbitral válida e dentro dos limites por esta estabelecidos. Se assim for, determinará que a testemunha seja conduzida à presença do árbitro.

6. Concurso do juiz togado: limites de sua competência

A semelhança entre a solicitação que o árbitro dirigirá ao juiz togado e o mecanismo da carta precatória não é mera coincidência: não tendo o árbitro competência para realizar o ato de força, *depreca* (solicita, pede, roga) a quem tenha tal poder a condução coercitiva da testemunha.

O árbitro dirigir-se-á ao juiz através de mero ofício, instruído com cópia da convenção de arbitragem e do adendo de que trata o art. 19, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, se houver. Informará ao magistrado o dia, local e hora em que a testemunha deverá comparecer para prestar depoimento, fornecendo, desde logo, o endereço para as diligências. Enquanto não houver regulamentação para os trâmites necessários ao cumprimento da solicitação do árbitro, o melhor método será o

da distribuição do ofício a um dos juízes cíveis competentes para o ato. Recebido o ofício e os documentos, o juiz verificará se a documentação está em ordem e os dados recebidos permitem-lhe avaliar - sempre formalmente - se a solicitação preenche os requisitos que levarão ao seu cumprimento. Em caso positivo, determina as providências solicitadas pelo árbitro; em caso negativo, informará ao árbitro o motivo da recusa de cumprimento, devolvendo o ofício recebido.

O concurso do Poder Judiciário não é evidentemente arbitrário: se o juiz togado negar-se a atender, sem motivo, a solicitação do árbitro, caberá a este requerer as providências correicionais cabíveis, sem prejuízo de, via mandado de segurança, pleitear ao tribunal competente o cumprimento da diligência. Note-se que o árbitro, ao *deprecar* o cumprimento das diligências para condução coercitiva de testemunha, não estará representado por advogado, eis que não haverá exercício do direito de ação. O árbitro não estará agindo em nome próprio para salvaguarda de direito seu ou alheio (seria absurdo supor-se que o árbitro estaria agindo como substituto processual da parte que pretende ouvir a testemunha renitente, pois, se assim fosse, estaria rompida a imparcialidade, princípio basilar da arbitragem, cujo afastamento resulta na nulidade de todo o processo arbitral, *ex vi* dos artigos 21, parágrafos 2º e 33, VIII da Lei).

O juiz, bem se vê, não agirá como autômato, fazendo cumprir as solicitações lançadas pelo árbitro. É evidente que, inseguro quanto à instituição da arbitragem (ou seja, a respeito da nomeação dos árbitros para a função e conseqüente aceitação do encargo) ou quanto aos poderes do árbitro (nos termos dos limites estabelecidos na convenção de arbitragem), ou, ainda, se não tiver competência territorial para a realização do ato, devolverá o ofício ao árbitro, explicando as razões

pelas quais deixa de praticar o ato pleiteado. Em resumo, a prudência que se exige do juiz togado é a mesma recomendada pelo art. 209 do Código de Processo Civil para as cartas precatórias!

Por derradeiro, uma observação necessária, embora intuitiva: é verdade que o juiz deverá providenciar a condução da testemunha ao árbitro, e não designar audiência para sua oitiva no Fórum, mas a testemunha não tem obrigação de afastar-se da comarca onde reside para ser ouvida. Isto impõe certos limites que o juiz deverá fazer respeitar, de modo que fará conduzir a testemunha renitente para ser ouvida no local indicado pelo árbitro, *desde que dentro dos limites da comarca*. Caberá ao árbitro, portanto, deslocar-se (se a sede da arbitragem estiver localizada em lugar outro que não a comarca onde reside a testemunha), sem oneração desnecessária para o depoente que, afinal de contas, está colaborando com a administração da justiça!⁽⁸⁾.

7. Poderes cautelares do árbitro e execução da medida cautelar

Com base no que dispõe hoje o parágrafo 4º do art. 22, muitos estudiosos negarão (como negaram no passado, sob a égide do art. 1.086 do Código de Processo Civil) que o árbitro tenha competência para decretar medidas cautelares.

Enquanto o art. 1.086, II, do Código de Processo Civil, determinava ser *defeso* ao árbitro *decretar* medidas cautelares, a nova Lei preferiu apenas consignar que, havendo necessidade de medidas cautelares, poderão os árbitros solicitá-las ao juiz togado. Houve real alteração?

(8) - Embora a testemunha, no processo arbitral, não esteja sujeita ao compromisso de que trata o art. 415 do Código de Processo Civil, submete-se às penas impostas no Código Penal para falso testemunho ou ocultação da verdade (art. 342).

Mesmo sob a égide do revogado artigo 1.086 sustentei que o árbitro tinha poderes para decretar medidas cautelares relativas à demanda sob sua tutela. Uma análise sistemática do texto revogado revelava com facilidade que a proibição objetivada pela lei limitava-se aos atos de força, que só o juiz togado está autorizado a protagonizar. Pareceu-me então que, cabendo ao árbitro requerer ao juiz as medidas cautelares, desencadeava-se mecanismo lógico que funcionava assim: a parte interessada em obter tutela cautelar pleiteá-la-ia **ao árbitro**; este, se julgasse preenchidos os requisitos para a concessão da medida, formularia pleito perante o juiz togado para sua efetivação. Ora: se o árbitro não era um mero "transmissor" da vontade de uma das partes e se a medida cautelar somente poderia ser pleiteada pelo árbitro ao juiz togado (as partes fariam o pedido ao árbitro, não ao juiz), tinha-se que o árbitro somente solicitaria a aplicação da medida cautelar ao juiz se entendesse que a cautela era mesmo necessária; caso contrário, simplesmente ignoraria o pedido da parte (que restaria, assim, de forma oblíqua, indeferido). Em conclusão: mesmo sob o regime revogado, decidia o árbitro sobre o cabimento, ou não, da medida cautelar relativa ao objeto do processo arbitral. A parte interessada, vislumbrando a necessidade de medida cautelar, formularia requerimento ao árbitro que, se o julgasse pertinente, rogaria ao juiz togado a execução da medida⁽⁹⁾.

Se a lei revogada não proibía, na verdade, a decretação de medida cautelar pelo árbitro, apesar da deficiente redação do criticado art. 1.086 do Código de Processo Civil, agora, sob a proteção do novo texto, aumenta a certeza de que a medida cautelar é mesmo **decretada** pelo árbitro e **executada** pelo juiz togado.

O Código de Processo Civil, ao tratar do processo cautelar, deixa claro que são coisas

distintas a concessão da medida cautelar e sua (posterior) execução. E **execução da medida** corresponde propriamente a providência de força, através da qual o estado torna eficaz o provimento cautelar. Pois bem: considerando que a Lei de Arbitragem não mudou o sistema anteriormente vigente, no sentido de determinar as partes que pleiteiem ao árbitro (e não ao juiz togado) as providências cautelares que julgarem essenciais, continua o árbitro a deter competência para decidir se concede, ou não, a medida desejada pela parte interessada na tutela cautelar. Se entender justificada a necessidade da tutela, decreta a medida, que deve ser de imediato cumprida pelos litigantes.

Se a medida determinada pelo árbitro for cumprida desde logo, sem resistência, *tollitur quaestio*, não será preciso o concurso do Poder Judiciário (pense-se na decretação, pelo árbitro, do seqüestro de determinado bem litigioso, com a sua conseqüente entrega pela parte requerida, para depósito: qual seria o propósito de socorrer-se o árbitro do auxílio do juiz?). Caso, porém, haja resistência, o árbitro não terá competência para a prática dos atos materiais tendentes a concretizar a medida cautelar decretada, impondo-se então o auxílio do juiz para o que o Código denominou de **execução** da medida cautelar.

O concurso do juiz será solicitado pelo árbitro da mesma forma vista anteriormente: este enviará ofício ao juiz, apresentando a convenção de arbitragem (e aditamento, se houver), bem como cópia da decisão cautelar

(9) - Vide meu: A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro, Ed. Malheiros, S. Paulo, 1993, pág. 109. A interpretação do texto legal contou com o aval de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ e TUCCI (Diretrizes do novo processo civil italiano, in Revista de Processo, 69:113-121, esp. pág. 119).

proferida. Estando formalmente em ordem a documentação exibida, caberá ao juiz executar a medida concedida, sem que o magistrado possa perquirir da sua conveniência, e muito menos da existência, ou não, de *fumus boni iuris* ou de *periculum in mora*.

8. Medidas cautelares antecedentes ao processo arbitral

É certo que não passou despercebido ao estudioso atento uma hipótese de que a Lei de Arbitragem não trata e que pode criar embaraços aos litigantes. Trata-se da eventual necessidade de obter-se tutela cautelar (urgente, portanto) **antes** de instaurado o juízo arbitral. A hipótese a estudar é a seguinte: havendo cláusula compromissória em determinado contrato, desentendem-se as partes e sobrevém a necessidade de obter-se uma dada medida cautelar. Estando as partes vinculadas pela convenção de arbitragem (que afasta a competência do juiz togado, por força do art. 301, IX do Código de Processo Civil⁽¹⁰⁾ e não estando ainda constituído o tribunal arbitral⁽¹¹⁾, a quem deve dirigir-se a parte aflita, que vê periclitado seu direito pela demora em instituir-se a arbitragem?

A resposta deve ser dada com a invocação de princípio tradicional no direito lusobrasileiro, segundo o qual *quando est periculum in mora incompetentia non attenditur*. Segundo tal princípio, as regras de competência podem ser desprezadas se houver algum obstáculo que impeça a parte necessitada de tutela emergencial de ter acesso ao juízo originariamente competente. A hipótese ocorreria, no âmbito do processo judicial, se o autor estivesse obrigado a promover demanda cautelar em determinada comarca e executar a medida em outra, sabendo-se que, sem providência imediata, a medida cautelar seria inútil. Neste caso, nada impediria que o processo cautelar antecedente fosse iniciado perante o juízo territorialmente

incompetente (que concretizaria o provimento cautelar, preservando o direito do autor), remetendo, após, os autos, ao juízo competente⁽¹²⁾.

O problema a ser resolvido, no tocante à arbitragem, é semelhante. Não podendo a parte interessada requerer ao árbitro (como deveria) a medida cautelar, admite-se-lhe a abertura da via judicial (sem que, com isso, fique prejudicada a arbitragem) apenas para a tutela emergencial. Instituída a arbitragem, os autos do processo cautelar devem ser enviados ao árbitro (não haverá, obviamente, ação principal judicial, eis que a ação cautelar é antecedente em relação à demanda arbitral!), que poderá manter, ou não, a medida cautelar concedida, eis que é dele, árbitro, o juízo acerca da tutela cautelar.

A solução aqui alvitrada pode parecer herética a tantos quantos cultuem o formalismo exacerbado e não queiram estudar, de maneira lógica, racional e desapaixonada a questão posta a exame: tudo aqui gira em torno da competência dos árbitros e dos juízes, e sob este prisma devem ser tratados os impasses que, naturalmente, surgirão num sistema jurídico processual pouco afeiçoado a soluções extrajudiciais de litígios.

(10) - O artigo 301 do Código de Processo Civil deve ser lido com muita atenção: segundo seu parágrafo 4º, apenas o compromisso é matéria de exceção processual (ou seja, precisa ser alegada pela parte); a cláusula compromissória segue a regra dos demais incisos, ou seja, a matéria pode ser conhecida de ofício pelo juiz.

(11) - A arbitragem somente estará instituída, determina o art. 19 de Lei, quando os árbitros aceitarem a função para a qual foram indicados pelas partes.

(12) - Considerando-se que o ordenamento jurídico brasileiro cria regra de competência que atrai as ações cautelares antecedentes para o foro das demandas satisfativas subsequentes, embaraços, como o narrado no texto, tendem a surgir com certa frequência. Vide, a respeito desta questão, as considerações de OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, Comentários ao Código de Processo Civil, Ed. Lejur, Porto Alegre, 1985, vol. XI, pág. 161-178.

9. Antecipação da tutela

No que tange à antecipação de tutela, parece ser mais fácil equacionar os problemas daí resultantes.

Não há por que negar ao árbitro a possibilidade de antecipar tutela, seja por conta da aplicação à arbitragem - por escolha das partes - das regras processuais nacionais (e, se aplicável o procedimento comum, a antecipação de tutela vem à baila), seja por conta de expressa adoção desta técnica de *eficacização* da tutela jurisdicional no procedimento criado ou escolhido pelas partes para solucionar seu litígio⁽¹³⁾. E considerando que a antecipação de tutela nada mais é do que técnica que permite ao julgador desde logo conceder à parte um, alguns ou todos os efeitos que a decisão final haverá de produzir (no momento oportuno), é evidente que caberá ao árbitro - e não ao juiz togado - tomar decisão a respeito, devendo a parte interessada na obtenção do provimento dirigir-se ao juiz privado (e não ao estatal).

Decidida pelo árbitro a antecipação de tutela, resta saber se haverá, ou não, necessidade de concurso de força para sua implementação. Se houver, o auxílio do juiz togado será requisitado nos mesmos moldes relatados anteriormente.

10. Conclusão

A conclusão a que chego, depois de fazer uma análise, ainda que perfuntória, do relacionamento entre os juízes e os árbitros, é que, acima de tudo, pesa sobre este tema delicado e importante uma gama enorme de preconceitos, ou ainda melhor, de *conceitos* mal resolvidos. Para isso contribui a pouca experiência dos brasileiros no manejo de meios alternativos aos oferecidos pelo Estado para a solução de controvérsias, aliado ao fetiche da pompa e circunstância típicos do processo judicial tra-

dicional. Acrescente-se a isto o horror demonstrado por alguns juízes ao que lhes pareceu verdadeira ameaça à jurisdição, e está formado um quadro pouco animador.

Se os impasses gerados pela nova Lei de Arbitragem - e, certamente, serão muitos! - forem tratados com serenidade, à luz dos princípios do direito processual, tudo se resolverá a contento. É evidente que, se a arbitragem vier a empolgar os operadores do direito e a população, certamente, serão encontrados os caminhos para instrumentalizar este utilíssimo mecanismo de solução de litígios.

Em remate, afirmo que o relacionamento de **coordenação** (e não de **subordinação**) entre juízes e árbitros dependerá de dois aliados poderosos: o estudo e a boa-vontade!

(13) - Note-se que nada impede que as partes determinem que o árbitro aplique regras processuais estrangeiras na condução da arbitragem. Em consequência, se as partes preconizarem a aplicação de um código de processo estrangeiro, ou de um procedimento previsto em lei forasteira, pode o árbitro tirar destes instrumentos a autorização para a antecipação de tutela.

19º m

REVISTA DO ADVOGADO

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO Nº 51 OUTUBRO/97

ARBITRAGEM

