ARBITRAGEM E TERCEIROS —
LITISCONSÓRCIO FORA DO PACTO ARBITRAL
— OUTRAS INTERVENÇÕES DE TERCEIROS

*Humberto Theodoro Júnior**

1. INTRÓITO

Muito já se discutiu acerca da natureza do juízo arbitral, se estaria inserido apenas no terreno contratual ou se, não obstante instituído pela vontade negocial privada, deveria figurar entre as figuras jurisdicionais próprias do direito público.

E se, ainda hoje, alguns autores estrangeiros recusam-se a reconhecer o caráter publicístico do julgamento por árbitros, ressaltando sua natureza contratual e privatística, o certo é que isto se prende, sobretudo, a problemas locais de ordenamentos jurídicos como o italiano, onde persiste a exigência de submissão do laudo arbitral à homologação da justiça estatal a fim de adquirir exeqüibilidade.

No Brasil, todavia, o dissídio se acha superado pelo sistema ostensivamente adotado pelo direito positivo, no qual se atribui à sentença arbitral força obrigatória, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, qualificando-a, inclusive, como "título executivo judicial", independentemente de qualquer ato homologatório em juízo (CPC, art. 584, III).

Assentado, assim, o caráter jurisdicional, entre nós, da sentença arbitral, impõe-se analisar o acerto, ou não, da lei brasileira, em face do conceito moderno de função jurisdicional.

2. JURISDIÇÃO

Quando se propõe a estudar o direito processual, a primeira e fundamental noção a ser enfrentada e delineada é a de *jurisdição*,

* Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG. Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor. Advogado.

uma vez que esse ramo da ciência jurídica cuida da disciplina do processo, que, por sua vez, outra coisa não é que o método de operar a função estatal de compor os conflitos jurídicos (litígios), declarando e fazendo atuar a vontade concreta da lei (*jus dicere*).

Nos Estados primitivos, submetidos ao autoritarismo absoluto do detentor do poder, a jurisdição se fundia no seu império único e total e, quase sempre, era insignificante a atuação da soberania estatal nesse terreno, porque não vigia a idéia de tutela jurisdicional para os súditos, cabendo a cada um defender seus próprios direitos, quando ameaçados ou violados.

Foi com a evolução e aperfeiçoamento do Estado de Direito e especialmente com a implantação do Estado Democrático de Direito, que se conquistou o regime da separação e equilíbrio entre as funções soberanas do Estado. E foi nesse estágio da civilização moderna que se deu a absorção, pelo Estado, em caráter monopolístico, do poder de fazer justiça.

Para abolir a justiça privada e para assegurar a tutela pública aos direitos subjetivos lesados ou ameaçados, organizou-se e institucionalizou-se o poder judiciário, ao lado do poder legislativo e do poder executivo; e, ao mesmo tempo, se instituiu o processo como remédio capaz de garantir o acesso à tutela jurisdicional.

É, sem dúvida, a partir da concepção tripartite das funções soberanas do Estado contemporâneo que se pode divisar a noção de *jurisdição*, como uma dessas funções, e de *processo*, como seu instrumento de atuação.

Não importa que, na ordem constitucional, nem sempre os órgãos encarregados dessas três funções básicas da soberania, se limitem a receber atribuições genuinamente restritas ao seu mister fundamental. As zonas cinzentas instaladas nas fronteiras dos encargos afetados aos três órgãos da soberania — o executivo, o legislativo e o judiciário — não comprometem a essência e o fundamento da separação. Se na partilha constitucional alguma atribuição não respeita com rigor aquilo que fundamentalmente deveria, em princípio, pertencer a cada um dos órgãos da soberania, isto se dá apenas em aspectos periféricos ou marginais, que não invalidam a essência da distinção entre as suas genuínas e específicas funções. Não será, portanto, em razão desses pequenos desvios de competência que a doutrina se verá impedida de pesquisar e individualizar aquilo que forma a substância da função de cada segmento da soberania.

Com efeito, a natureza da função não se perde apenas porque, por razões políticas, alguma de suas naturais atribuições veio a se concentrar nas mãos de quem controla, também, parcela diversa da soberania¹.

Já se afirmou que a noção de jurisdição veio se afirmando e consolidando à medida que o desenvolvimento do Estado pôde substituir a primitiva *autotutela* (justiça pelas próprias mãos do ofendido) pela atual tutela jurisdicional, com que se intentou estabelecer o monopólio da jurisdição. No entanto, a assunção desse monopólio não foi completa, porque, mesmo em nossos dias a ordem jurídica ainda tolera, embora como exceções, algumas modalidades de autotutela, como a legítima defesa, no âmbito do direito penal, e o desforço imediato, o direito de retenção, o penhor legal etc., no campo do direito civil. Fora, porém, das hipóteses excepcionais previstas em lei, a justiça pelas próprias mãos é vetada e configura, até mesmo, crime tipificado no Código Penal (art. 345).

O certo, porém, é que no Estado Democrático de Direito, a principal característica situa-se na submissão igual de todos — governantes e governados — à lei. E para que essa submissão ocorra, efetivamente, é necessário existir uma real separação das funções inerentes ao poder estatal.

É pela completa separação de tais funções que se confere ao Judiciário a função jurisdicional, por meio da qual se controla e assegura o império da lei, submetendo a ele tanto as pessoas comuns como os demais agentes do poder estatal, ou seja, os que exercem as funções do Executivo e do Legislativo.

Urge, pois, precisar o que constitui a essência de cada uma dessas funções soberanas do Estado para bem identificar, dentre elas, a jurisdição. É que se mostra muito difícil conceituar de forma sintética e isolada a função jurisdicional. Somente cotejando-a com as demais funções estatais se consegue, em doutrina, desvelar-lhe a substância.

2.1. *Jurisdição e Legislação*

A dificuldade técnica maior reside no distinguir a jurisdição da administração, já que entre a função jurisdicional e a legislativa as delimitações são evidentes e facilmente perceptíveis.

Jurisdictio, nas origens históricas e semânticas forjadas pelo direito romano, correspondia à atividade desenvolvida no *judicium*,

¹ MONTELEONE, *Girolamo*, "Diritto processuale civile", 2ª ed., Padova, CEDAM, 2000, n. 2, pág. 4.

ou seja, no ato do *judex* de *dicere jus*. Diante do conflito jurídico, o órgão julgante definia o *direito concreto*. Desde as origens, porém, essa definição o magistrado a fazia, vinculando-se às regras previamente traçadas pelo legislador; e desde então as duas tarefas eram desempenhadas por órgãos distintos: ao magistrado cabia a *dictio juris*, e a criação da lei tocava ao *conditor legis*.

A função jurisdicional sempre foi muito diversa da legislativa e com esta nunca se confundiu, embora, na ordem política, não seja raro atribuir-se ao órgão legislativo alguma tarefa que corresponda, eventualmente, a *dictio juris*. O certo é que a função legislativa, criando a lei, estabelece normas para o futuro, não se fundando sobre um juízo do *ser*, mas do *dever ser*. Já o órgão jurisdicional se ocupa do que *é*, ou seja, do *fato* e de sua subsunção à lei.

Daí a conclusão de *Carnelutti* de que somente o juiz (e não o legislador) pratica, fundamentalmente, o *jus dicere*, porquanto não é da norma e sim do fato que nasce o direito para cada um (*ex facto jus oritur*)².

O legislador, criando genericamente as regras do *dever ser*, não está dizendo o direito, mas apenas prevendo o direito que poderá vir a existir. Assim, não estabelece a lei um comando, já que este, por sua natureza, não pode ser hipotético e abstrato e tem de ser concreto e atual.

Só há realmente *jus dictum* depois que, acertado o fato e sua conformidade à hipótese legal, o juiz o declara³.

Diante do exposto, fica bem claro que a função legislativa e a função jurisdicional perseguem objetivos diferentes e observam métodos inconfundíveis.

Com o método jurisdicional enfrentam-se fatos sobre os quais se alcança um comando jurídico (concreto), formado a partir de normas (leis) preexistentes. Com o método legislativo se estabelecem, em abstrato, normas genéricas (*lex generalis*). Com o processo (método jurisdicional) se obtém uma *lex specialis*, voltada para o fato controvertido, e que se veste da força de um verdadeiro comando (lei do caso concreto)⁴.

Pode-se, de outro ângulo, ver na lei (produto do exercício da função legislativa) um *prius* da atividade jurisdicional: primeiro, o órgão legislativo edita, a regra de conduta geral e abstrata, em nome

² "Diritto e processo", Napoli, Morano Editore, 1958, n. 12, pág. 19.

³ CARNELUTTI, "Diritto e processo", cit., loc. cit.

⁴ CARNELUTTI, "Diritto e processo", cit., loc. cit.

do interesse coletivo; depois, diante de um fato da vida, o órgão jurisdicional, mediante aplicação da lei, "realiza uma tutela concreta e individualizada"⁵.

Enfim, a diversidade essencial de funções, entre a justiça e o legislativo, pode ser assim resumida: pela legislação *constituem-se normas jurídicas* (leis); pela jurisdição, procede-se, preponderantemente, à *aplicação do direito* (norma) preexistente: "não é difícil distinguir a função jurisdicional da função legislativa. Basta dizer que enquanto esta atua diante de hipóteses consideradas em abstrato, criando normas aplicáveis a todos os fatos futuros que se adequarem à descrição contida na norma elaborada, a função jurisdicional atua sempre diante de fatos já ocorridos, subsumindo a norma abstrata ao caso concreto"⁶.

2.2. Jurisdição e administração

Mais complicada é a distinção entre a função jurisdicional e a função administrativa, visto que ambas se exercem *in concreto* e ambas, também, se ocupam de aplicar as regras gerais da lei.

Várias tentativas se ensaiaram para apontar as características da jurisdição, no seu cotejo com a administração.

A primeira é a que se volta para o lado subjetivo da função: a jurisdição é uma atribuição específica dos magistrados. Certo aos magistrados incumbe precipuamente a função jurisdicional. Mas em que tal função é distinta da desempenhada pela administração pública? Eis o que cumpre elucidar, mormente quando se sabe que, na organização política do Estado Moderno, atribuições administrativas costumam ser conferidas tanto ao legislativo como ao judiciário, a par daquelas que correspondem substancialmente à sua função genética, e até a função jurisdicional eventualmente é realizada pelo Legislativo.

Assim, por exemplo, o Congresso Nacional julga o processo de impedimento do presidente da república (CF, art. 52, I) — atividade jurisdicional extravagante — e o judiciário administra os serviços e o pessoal de suas secretarias (CF, art. 96), além de se encarregar da "jurisdição voluntária" (CPC, arts. 1.103/1.210), que muitos afirmam não ser nem "jurisdição" nem "voluntária", mas simples administração pública necessária de interesses privados.

⁵ CARNEIRO, Athos Gusmão, "Jurisdição e competência", São Paulo, Saraiva, 1982, n. 9, pág. 15. Para Rogério Lauria Tucci, a sentença é a "lei disciplinadora, *in concreto*, da espécie solucionada" ("Sentença é coisa julgada civil", Belém, Cejup, 1984, pág. 11).

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, "Lições de direito processual civil", 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1999, vol. I, pág. 58.

Não será, definitivamente, pelo lado subjetivo que se encontrará o traço diferenciador entre a função jurisdicional e a função administrativa. O fenômeno terá de ser investigado, necessariamente, do ponto de vista objetivo.

Dizer, como alguns, que a atividade jurisdicional é voltada para a aplicação e atuação da lei (*Chiovenda*), ou para a dupla missão de reintegrar o direito subjetivo lesado e de simultaneamente fazer atuar o direito objetivo (*Zanzucchi*), ou, que o processo tem por fim aplicar sanções (*Redenti*), ou, ainda, que sua meta é a composição de litígios, não chega ao ponto nevrálgico do problema. Nem mesmo a presença da *res iudicata*, apontada por *Allorio*, é, por si só, suficiente para definir, de forma irretorquível, os limites entre a jurisdição e a administração.

No Estado de Direito, todos os agentes do poder se acham submetidos ao dever de observar e aplicar as leis em vigor, pelo que a partir desse enfoque não é possível encontrar o diferenciador busca-do para separar a função jurisdicional da função administrativa.

A tutela do direito subjetivo é freqüentemente realizada por via do processo, principalmente, do processo civil. Não explica, porém, a persecução criminal, realizada por meio do processo penal, onde o agente titular do *jus puniendi*, o Ministério Público, está autorizado legalmente a pedir, afinal, a absolvição do acusado, como meio de atuação do direito objetivo diante do caso concreto apurado na instrução processual. Revela isto que o Ministério Público não age, na espécie, investido apenas do direito subjetivo de postular a punição do acusado, mas como encarregado da função muito mais alta de fazer atuar a lei⁷.

Em ações como as de declaração direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de lei (CF, art. 102, I), é inadequado afirmar que a jurisdição atua na tutela de direitos subjetivos. E, até mesmo em ações puramente declaratórias, máxime nas declaratórias negativas é difícil aceitar que o judiciário tutela direito subjetivo (CPC, art. 4º).

A composição da lide é relevante no processo civil, principalmente no processo de cognição; mas na auto-imposição obtida negocialmente, com ou sem interferência de mediador, é possível encontrar-se "composição de lide", embora sem a presença e a força da jurisdição. Mesmo no processo civil é complicado falar-se em composição da lide em casos como o de anulação do casamento, que a

⁷ *RICCI, Gian Franco*, "Principi di diritto processuale generale", Torino, G. Giappichelli, 1985, pág. 6.

lei exige seja processado contenciosamente, mesmo quando os dois cônjuges estejam acordes quanto à pretensão. Dir-se-á que a coisa julgada seria, então, o traço distintivo entre a composição obtida em juízo e aquela outra fruto de composição extrajudicial, assim como daquela que a lei, independentemente de litígio entre os interessados, exigiu fosse submetida ao órgão jurisdicional. Acontece que processos de natureza jurisdicional incontestes podem nascer e atingir seu desiderato sem formar o fenômeno da coisa julgada, como se passa com a execução forçada, a que o devedor não opõe embargos nem suscita qualquer questão que conduza a julgamento de mérito. *A res iudicata* é, sem dúvida, fenômeno fundamental no processo de conhecimento e, aí, se revela como atributo totalmente estranho à função administrativa ordinária.

Assim, a indiscutibilidade e conseqüente definitividade podem ser normalmente invocadas como próprias do processo de conhecimento. Mas não se deve esquecer que isto não chega a ser uma exclusividade dele, visto que, embora as decisões administrativas possam ser revistas, em princípio, pelo judiciário, não cabe a este reexaminar a conveniência e oportunidade do ato da administração, quando decorrente do exercício de poder discricionário. Em relação a esse tipo de ato, pode-se afirmar que atinge a definitividade sem passar pelo crivo da sentença do judiciário.

2.3. O ponto nodal da distinção entre jurisdição e administração

Tanto no ato administrativo como no ato jurisdicional há manifestação de *autoridade*, há emissão de *comandos*, há imposição da vontade da lei *in concreto*; há definição de direito diante de fato ou de fatos.

Dir-se-á que a atividade jurisdicional envolve a formação de um processo, o qual necessariamente teria de observar o *contraditório*. Ora, na solução das pretensões apresentadas à Administração, também se formam procedimentos, aos quais a Constituição brasileira impõe a observância do contraditório (CF, art. 5º, LV). Logo, não é útil a invocação do contraditório para o fim que se persegue.

Onde, então, buscar a distinção que não pode deixar de existir entre o ato administrativo (ou o processo administrativo) e o ato jurisdicional (ou o processo jurisdicional)?

Aponta-o *Carnelutti*: os atos de autoridade (comandos) emitidos no processo jurisdicional e no processo administrativo versam sobre *interesses* de natureza muito diferente, gerando comandos de atuação em áreas, por isso mesmo distintas. A administração

age sempre no controle de interesses de que é titular, de sorte que com autoridade própria impõe seu interesse ao particular ou à parte contrária. A relação jurídica apreciada pela administração é relação sobre a qual incide interesse próprio. O comando expedido pela autoridade administrativa versa sobre relação de que ela se apresenta como titular. Trata-se, portanto, de "produção de direito *inter partes*, por obra de uma só das partes, mediante comando de uma parte à outra"⁸.

Isto não se passa no processo jurisdicional, onde o provimento de autoridade visa aos interesses que pertencem a outras partes. O conflito jurídico material deduzido em juízo não diz respeito a quem o vai dirimir; o conflito é, pois, "alheio" (isto é, "o juiz julga *in re aliena*"), como destaca Athos Gusmão Carneiro⁹.

A mais atual doutrina processual aponta para a "terceiridade" ("terzietà") do juiz, frente ao conflito jurídico ou à pretensão sobre a qual o provimento jurisdicional irá operar, como a característica que mais irá influir na distinção do ato jurisdicional frente ao ato administrativo. Enquanto, na administração os atos de autoridade são *inter partes*, na jurisdição eles são frutos de um *imperium super partes*¹⁰.

A administração age como parte das relações submetidas à sua autoridade, porque referem-se elas a interesses primários do Estado. Com efeito, a função administrativa nasce da necessidade de perseguir interesses e objetivos concretos, para os quais o indivíduo, por si só, não seria capaz de atingir. "A defesa comum, a ordem e a segurança públicas, a salvaguarda da saúde física e moral etc. correspondem a necessidades generalizadas que o indivíduo não pode apenas com suas forças satisfazer. É justamente por isso que se forma o Estado, cuja administração se envolve nos referidos interesses concretos que vêm a constituir a razão mesma de sua existência. Na concepção da função administrativa, ou de governo, o Estado, por via da Administração, age como uma pessoa titular de direitos, poderes e interesses, com o fim específico e concreto, tal como se passa com qualquer indivíduo, sujeito do ordenamento jurídico"¹¹.

Nas crises levadas à apreciação do Judiciário, o órgão jurisdicional é estranho à relação controvertida. É neutro o Estado-Juiz até mesmo quando tenha de julgar o Estado-Administração em suas relações públicas ou privadas. O órgão jurisdicional é criado e conce-

⁸ CARNELUTTI, ob. cit., n. 17, pág. 29.

⁹ Ob. cit., n. 12, pág. 19.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro, "O controle de constitucionalidade das leis no sistema das funções estatais", *Revista de Direito Processual Civil*, vol. 3, 1961, pág. 37 e segs.

¹¹ MONTELEONE, Girolano, ob. cit., n. 8, págs. 12/13. Tradução livre nossa.

bido longe de todos os interesses, sejam os das entidades públicas, sejam os dos indivíduos. As situações conflituosas a compor em juízo não hão de dizer respeito a outrem que não aquele que irá interpor o comando autoritário de natureza jurisdicional.

A jurisdição atua justamente num instante de crise, crise essa estabelecida concentradamente entre partes, mas cujo significado repercute sobre o próprio ordenamento jurídico, já que entre os contendores se estabelece um clima de incerteza ou de insegurança. O direito não pode conviver com essa espécie de desordem no campo em que se estabeleceu justamente para impor a ordem, a paz e a segurança nos relacionamentos intersubjetivos.

Pela própria natureza e gravidade da crise, a jurisdição, a quem toca debelá-la por força da *jurisdictio*, não pode ficar nas mãos de um dos sujeitos da própria relação jurídica material controvertida. Naturalmente, aquele que se julga titular do direito em crise, se lhe fosse dado julgar, haveria de impor seu ponto de vista e, fazendo-o prevalecer, seu veredicto jamais seria aceito pela parte contrária. A situação de desordem e de intranquilidade persistiria e o ordenamento jurídico continuaria em crise. É, por isso, que a essência da jurisdição está em atribuí-la sempre a um juiz que seja "terceiro" e jamais a uma pessoa ou entidade que se confunda com um dos litigantes. Em suma:

"il giudice non è, e non può mai essere, una delle parti. La c.d. terzietà, o meglio la *imparzialità* del giudice, non è una qualità imposta da una più o meno transeunte norma di legge, ma è una condizione senza la quale non esistono né il giudizio né la giurisdizione"¹².

2.4. "Terceiridade" e imparcialidade do juiz

É comum confundirem-se no mesmo conceito a qualidade de terceiro e a de imparcial, como requisitos do agente público encarregado da prestação jurisdicional¹³. Nesse sentido, Alexandre Freitas Câmara aponta como o primeiro traço característico da jurisdição, capaz de distingui-la das demais funções estatais, "a imparcialidade do órgão estatal que exerce a função jurisdicional, o chamado Estado-Juiz". E para explicar o que se deveria entender por *imparcialidade* na espécie, aduz que para ter-se o Estado-Juiz como imparcial é preciso que o órgão respectivo exerça suas funções "sem ter inte-

¹² MONTELEONE, ob. cit., n. 9, pág. 14.

¹³ Assim, por exemplo, é a lição de Monteleone citada no tópico anterior.

resse econômico, jurídico ou de outra natureza no resultado do exercício de sua função¹⁴. Ora, esse atributo do Estado-Juiz, isto é, a imparcialidade, não corresponde à idéia de "terceiridade" e se cinge a uma qualidade do juiz e não propriamente do órgão jurisdicional (o Estado-Juiz).

A imparcialidade da *pessoa* (agente) é requisito indispensável em qualquer função pública, pois não se deve legislar em causa própria, administrar em causa própria e, naturalmente, também não se admite julgar em causa própria. Quando a Constituição exige que a administração pública, por exemplo, deve reger-se pelos princípios da *impessoalidade* e da *moralidade* (CF, art. 37), naturalmente está exigindo que, em qualquer setor da função pública haja sempre de prevalecer a *imparcialidade* do agente que vai expedir um ato de autoridade.

Quando, porém, se fala em *terceiridade* do órgão que encarna o Estado-Juiz, o que diretamente se enfoca não é a pessoa física do agente que momentaneamente o representa, mas a instituição mesma. A Administração, singularmente, pode ter interesse numa relação jurídica, pode ser sujeito dela e mesmo assim, no desempenho dos poderes que lhe tocam legitimamente, é lícito praticar ato decisório que imponha algum comando ao outro sujeito da mesma relação. A administração pode, por exemplo, revogar o ato de permissão ou de concessão, sem praticar ilegalidade; pode igualmente prorrogar um contrato de prestação de serviço público ou alterar-lhe cláusulas, em nome do interesse público. Nisso consiste o efeito *inter partes* do ato administrativo. É, aliás, justamente para esse tipo de ato e de gestão que se organiza a função administrativa. Se cometer, eventualmente, algum abuso em detrimento do direito da outra parte, estará sujeita à censura do órgão encarregado da função jurisdicional, a quem compete a palavra final em matéria de aplicação e observância do direito (*jurisdictio*).

Quando, pois, se afirma que o Estado-Juiz exerce a jurisdição como um terceiro perante a relação litigiosa, não se pretende apenas dizer que o juiz tem de ser imparcial. É o próprio órgão jurisdicional que se apresenta na posição de "terceiro", completamente estranho à relação deduzida em juízo. Ainda que o Estado-Administração, como pessoa jurídica, esteja envolvido no litígio, isto não impedirá que o Estado-Juiz, como instituição, fique longe do interesse em conflito.

"Si può pertanto affermare che, mentre imparzialità significa agire, non nell' *interesse privato*, ma nell' *interesse pubblico*

¹⁴ "Lições de direito processual civil", cit., Lumen Juris, vol. 1, pág. 59.

dello stato, la terzietà è qualcosa di più, perchè è agire *al di sopra* di ogni interesse sia privato che pubblico (del singolo o dello stato), dedotto in giudizio¹⁵.

É justamente nesse sentido que *Montesano* destaca que no campo da jurisdição o Estado não atua como pessoa jurídica pública ou como aparelho seu, mas como "*ordinamento nella sua oggettiva universalità*". Donde a conclusão de Ricci de ser efetivamente exato falar-se de uma "*asoggettività della funzione giurisdizionale*" ("impessoalidade"), entendida essa como "*sganciamento*" — ("*desvinculação*") de tal função de todas as outras do estado-pessoa jurídica". É provavelmente por isso que o provimento jurisdicional pode, somente ele, gerar a coisa julgada, fenômeno de todo estranho a todos os demais poderes do Estado¹⁶.

2.5. Características tradicionalmente atribuídas à jurisdição

Segundo uma visão que se pode dizer clássica, a jurisdição é não só poder, mas também dever do Estado. E várias características são apontadas tradicionalmente a essa função da soberania estatal. A propósito do tema, costuma-se afirmar que se trata de atividade que, embora soberana, é "secundária", "instrumental", "declarativa ou executiva", "desinteressada" e "provocada".

Diz-se que a atividade é "secundária" porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido *primariamente* exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão¹⁷.

É "instrumental" porque, não tendo outro objetivo principal, senão o de dar atuação prática às regras do direito, nada mais é a jurisdição do que um instrumento de que o próprio direito dispõe para impor-se à obediência dos cidadãos¹⁸.

Por outro lado, a jurisdição não é fonte de direito, isto é, não tende à formulação de normas abstratas de direito, ou não cria nem restringe, substancialmente, direito para as partes que dela se valem.

O órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou para reparar a transgressão, mediante um juízo que se

¹⁵ RICCI, ob. cit., n. 3, pág. 8.

¹⁶ RICCI, ob. cit., n. 2, pág. 7.

¹⁷ CALAMANDREI, "Estudios sobre el proceso civil", Buenos Aires, 1945, pág. 20.

¹⁸ LIEBMAN, op. cit., n. 1, pág. 5.

preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer *declarando* qual seja a regra do caso concreto, quer *aplicando* as ulteriores medidas de *reparação* ou de *sanção* previstas pelo direito¹⁹.

Exercita, de tal sorte, a jurisdição, vontades concretas da lei nascidas anteriormente ao pedido de tutela jurídica estatal feito pela parte no processo²⁰, o que lhe confere o caráter de atividade “declarativa” ou “executiva”, tão-somente.

É, ainda, a jurisdição “atividade desinteressada do conflito”, visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigiam ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo²¹.

O juiz mantém-se equidistante dos interessados e sua atividade é subordinada exclusivamente à lei, a cujo império se submete como penhor de imparcialidade na solução do conflito de interesse²².

Embora a jurisdição seja função ou atividade pública do Estado, versa quase sempre sobre interesses privados — direitos materiais subjetivos das partes —, donde não ter cabimento a prestação jurisdicional, a não ser *quando solicitada*, nos casos controvertidos, *pela parte interessada*. Daí dizer-se que a jurisdição é atividade “provocada” e não espontânea do Estado: *ne procedat iudex ex officio*.

Nesse sentido, nosso Código é expresso em determinar que “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional, senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais” (art. 2º).

Além desses predicados, há quem atribua à jurisdição, ainda como características, a *imparcialidade do juiz*²³, e a *definitividade de seus provimentos*, já que apenas a sentença judicial, dentre os atos de soberania estatal, se reveste da autoridade da *coisa julgada*²⁴.

Uma visão crítica moderna diminui a importância de todas essas características clássicas da função jurisdicional e censurá, mesmo a insistência de manter algumas delas na visão científica da jurisdição.

¹⁹ LIEBMAN, *op. cit.*, n. 1, pág. 5.

²⁰ CALAMANDREI, *op. cit.*, pág. 22.

²¹ CALAMANDREI, *op. cit.*, pág. 22.

²² ARRUDA ALVIM, “Código de processo civil comentado”, ed. 1975, v. I, pág. 39.

²³ ARRUDA ALVIM, Eduardo, “Curso de direito processual civil”, São Paulo, Ed. RT, 1998, vol. I, n. 4.1, pág. 45; CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, pág. 59; RODRIGUES, Marcelo Abelha, “Elementos de direito processual civil”, v. I, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, n. 4.5, págs. 105/106.

²⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão, *ob. cit.*, n. 7; Eduardo Arruda Alvim, *ob. cit.*, loc. cit.

Assim, não se deve insistir na “secundariedade” da função jurisdicional, se a mais moderna tendência é a de entrever relevantes escopos à jurisdição, na ordem política e social, a par da mera atuação da vontade concreta da lei²⁵. O caráter cívico do direito de acesso à justiça e de obtenção da tutela jurisdicional, profundamente enraizado nas garantias fundamentais proclamadas pela Constituição, não condiz com a singela e tradicional afirmativa de ser a jurisdição “secundária” diante da norma geral e abstrata da lei. Mesmo quando se encara a função jurisdicional em seu contato com o ordenamento jurídico, sem atingir o nível do regime das garantias constitucionais, deve-se ter presente que a crise (litígio) no relacionamento jurídico gera incerteza e insegurança que social e juridicamente não se podem tolerar. Nessa ordem de idéias, sendo a jurisdição o meio concebido para recompor o relacionamento jurídico entre as pessoas, mediante restabelecimento da “ordem e da certeza”, é, sem dúvida, tarefa sua *manter e reconstituir* a própria ordem jurídica, quando entre em crise. E, nessa missão, a jurisdição, lógica e historicamente, precedeu à própria atividade de normatização geral e abstrata (*i. é*, a função legislativa). Fica assim difícil insistir no caráter “secundário” da jurisdição, quando se denota o sentido *primário e principal* no mister de promover a *justa composição* dos litígios, e quando se constata que a simples elaboração legislativa de normas abstratas e gerais não é capaz de assegurar a ordem, a segurança e a paz almejadas pelo Estado e pela sociedade. Na verdade, esses desideratos somente podem ser alcançados pelo trabalho desenvolvido *in concreto* pelos órgãos jurisdicionais. Não se pode, então, segundo *Monteleone*, ter como secundária a função jurisdicional, se “*solo il giudizio permette di superare la fase di stallo*”²⁶.

Igual censura se faz à idéia de *instrumentalidade*, vista como conseqüência de separação entre as duas situações, a lei e a jurisdição, reduzindo esta a mero instrumento de aplicação das regras do direito²⁷. Para *Monteleone*, a jurisdição não serve a um fim estranho a ela, seja ele a lei ou outro. Não há, em seu modo de ver, contraposição, ou distinção, entre *direito e jurisdição*, em virtude de que esta constituiria simples meio de aplicar aquele, como dado preexistente. O que há é a plena e absoluta coincidência entre direito e jurisdição. “*Invero giudizio e giurisdizione sono a tutti gli effetti il diritto e lo*

²⁵ DINAMARCO, Cândido; CINTRA, Araújo; PELLEGRINI, Ada, “Teoria geral do processo”, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, ns. 4 e 12, págs. 25 e 41; CÂMARA, Alexandre Freitas, *ob. cit.*, I, págs. 72/75.

²⁶ *Ob. cit.*, n. 10, pág. 15.

²⁷ RODRIGUES, Marcelo Abelha, *ob. cit.*, I, n. 4.5, pág. 105.

esauriscono, nel momento in cui sorge la necessità del loro impiego, perché in essi e per essi soltanto si manifesta in quel momento l'ordinamento giuridico"²⁸.

Pouco significativa, portanto, é a afirmação de ser a jurisdição "atividade declarativa e executiva", sem força de criar o direito. Se a norma legal é genérica e abstrata, e o direito deve, ao contrário, nascer concreta e especificamente do fato submetido à força da lei, a jurisdição tem irrefutável força integrativa na atuação dos direitos.

Não tem, outrossim, maior significado, para *Monteleone*, a tradicional afirmação do caráter *substitutivo* da jurisdição. De duas maneiras se tenta justificar esse caráter: primeiro, porque a tutela dos direitos subjetivos nos povos primitivos era feita pela justiça das próprias forças dos respectivos titulares e, portanto, a jurisdição foi criada para evitar e substituir a justiça privada; depois, porque, ao compor o litígio, o órgão jurisdicional praticaria atos tendentes a substituir o comportamento que as partes originária e espontaneamente deveriam ter adotado, para se manterem na necessária submissão ao ordenamento jurídico.

Ora, se historicamente desapareceu a justiça privada e hoje o que se conhece é o monopólio da jurisdição pelo Estado, não se pode continuar a entender a função jurisdicional como mero substituto da autotutela. Essa visão pode ser histórica mas não é jurídica. Por igual razão, não se pode juridicamente dizer que os atos do juiz no processo substituem aqueles que originariamente teriam de ter sido praticados pelas próprias partes. O juiz age, no processo, em nome da soberania estatal porque a desordem criada em razão da lide compromete a segurança e certeza, no relacionamento social, negando a própria ordem jurídica. É em nome e em defesa do próprio direito que age o juiz. Juridicamente, portanto, o juiz não substitui ninguém, mesmo porque, substancialmente, há um contraste essencial e genético entre o papel do órgão jurisdicional e o das partes.

"La sostituzione in realtà manca, poichè non è dato fare alle parti quanto compie il giudice attraverso il giudizio e viceversa"²⁹.

²⁸ MONTELEONE, ob. cit., loc. cit. Essa visão da jurisdição parece, à primeira vista, efetuar um retorno à concepção imanentista do direito de ação. No entanto, não é bem assim. O direito de acesso à justiça continua sendo autônomo (ação). A jurisdição é que vai além da simples resposta ao exercício do direito de ação e se revela como próprio ordenamento jurídico, atuando em sua plenitude para eliminar a crise individual surgida entre as partes. É nesse sentido que não se pode distinguir entre direito e jurisdição. Um e outro, diante do caso concreto, são a mesma coisa.

²⁹ MONTELEONE, ob. cit., págs. 15/16.

Quanto à *imparcialidade* do órgão julgante, trata-se de exigência que se relaciona com o agente investido da função julgante e não da própria função; e, ademais, aplica-se também a agente de todas as demais funções estatais, não se prestando, destarte, a caracterizar a jurisdição.

A *coisa julgada*, por fim, se é fenômeno só detectável nos atos dos órgãos jurisdicionais, não é comum a todos os provimentos do judiciário. Não se faz presente nem no processo de execução nem no processo cautelar, e nem por isso os atos de execução ou de prevenção, deliberados em juízo, deixam de ser atos jurisdicionais.

O que, então, constitui a única e universal característica da jurisdição é a "terceiridade", com que o Estado-Juiz atua para superar a crise implantada pela situação de incerteza e insegurança, impondo solução para um relacionamento jurídico controvertido que não lhe diz respeito, pois que travado entre as partes apenas.

O essencial para configuração da prestação jurisdicional é que ela seja prestada, como emanção de autoridade, por um terceiro, e não por um dos sujeitos interessados da relação jurídica litigiosa. Essa moderna concepção presta-se a resolver até mesmo o problema de definir a natureza do juízo arbitral e, conseqüentemente, serve para reconhecer-lhe a integração na jurisdição, pois o que é essencial para tanto, não é a qualidade do agente e sua ligação direta ao Poder Judiciário, mas o seu poder de impor, como *terceiro*, uma solução obrigatória para o conflito jurídico.

Onde uma vontade estranha e superior às partes tem força de proclamar (dizer) o direito das partes, há *juris dictio*³⁰.

3. INSERÇÃO DA ARBITRAGEM NO ÂMBITO DA JURISDIÇÃO

O fato de os litigantes confiarem a composição do litígio a pessoa ou órgão não integrante do Poder Judiciário estatal não pode ser erigido a óbice ao reconhecimento da natureza jurisdicional da função desempenhada pelo juízo arbitral.

Historicamente, a atividade de "dizer o direito" (*juris dictio*) se institucionalizou primeiro nas mãos de árbitros do que de magistrados estatais. *Carreira Alvim*, apoiado em lição de *Moreira Alves*, descreve a evolução histórica da jurisdição, divisando-lhe três etapas, assim configuradas:

³⁰ MONTELEONE, ob. cit., pág. 14.

"a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado — então incipiente — intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;

b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;

c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada e, por meio de funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a decisão."³¹

No direito romano, divisam-se todos os estágios evolutivos da jurisdição: a pena de talião, prevista na Lei das XII Tábuas era exemplo da justiça privada, sob forma de vingança do ofendido contra o ofensor; o recurso aos árbitros privados esteve sempre presente, pois as leis processuais, durante toda a história do direito romano, previam a possibilidade de submissão dos conflitos individuais à solução de árbitros escolhidos pelas partes livremente; durante a *ordo iudiciorum privatorum*, estabeleceu-se a arbitragem obrigatória: o magistrado (*praetor*) abria o processo e remetia o julgamento a um árbitro não estatal (*judex*). Finalmente, no estágio da *cognitio extraordinaria*, desaparece a figura do *judex* e o processo se desenvolve todo perante o magistrado (funcionário estatal).

Vigoraram, assim, em Roma — como destaca *Carreira Alvim* — duas modalidades de arbitragem: a arbitragem *facultativa*, contra-

³¹ CARREIRA ALVIM, "Tratado Geral de Arbitragem", Belo Horizonte, Mandamentos, 2000, pág. 15; MOREIRA ALVES, "Direito Romano", 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1971, págs. 203-204.

tualmente estabelecida pelos litigantes, fora do processo judicial do Estado; e a arbitragem *necessária* ou *obrigatória*, inserida na própria atividade da justiça oficial³².

Historicamente, portanto, a presença do julgamento dos litígios por árbitros particulares foi o ponto de partida para a institucionalização da própria idéia de jurisdição, pois foram primeiramente os árbitros, e não os magistrados, que se encarregam de "dizer o direito", para solucionar os litígios entre particulares.

Não havendo necessidade de confundir jurisdição com jurisdição estatal, a moderna doutrina, apoiada até mesmo nos textos do direito positivo de diferentes países, proclama, majoritariamente, que a arbitragem é um tipo de justiça³³.

O importante é assentar que o julgamento dos árbitros atinge o mesmo efeito da sentença judicial, produzindo a coisa julgada e gerando título executivo da mesma natureza daquele emanado do juiz estatal, e este julgamento é proferido por um terceiro imparcial e totalmente estranho aos interesses em conflito na causa. A diferença é anterior ao processo e se situa apenas na investidura do julgador no poder de processar e decidir a causa. No processo judicial, o julgador é um funcionário do Estado investido permanentemente na função judicante; no processo arbitral, o julgador se investe no mister apenas para decidir o caso que por vontade contratual lhe foi atribuído.

Daí falar-se em "juiz privado, investido de uma missão jurisdicional, de origem contratual"³⁴, reconhecendo-se que "a missão de árbitro é exatamente a mesma do juiz"³⁵; e que "o árbitro é um juiz, como uma jurisdição do Estado"³⁶.

A clareza das opiniões doutrinárias invocadas, leva *Jarrosson* a concluir que "a missão jurisdicional do árbitro não suscita mais controvérsias reais, ao menos quanto a seu princípio. La fonction de l'arbitre et celle du juge sont identiques. Seule diffère son origine. Que la mission jurisdictionnelle de l'arbitre tire son origine de la volonté immédiate des parties et de celle, plus lointaine, de la loi, n'y change rien: l'arbitre dit le droit, il a la jurisdiction (grifamos)"³⁷.

³² CARREIRA ALVIM, ob. cit., pág. 16.

³³ JARROSSON, Charles, "La notion d'arbitrage", Paris, LGDJ, 1987, n. 74, pág. 101.

³⁴ J. RUBELLIN-DEVICHI, "L'arbitrage, nature juridique", Paris, LGDJ, 1965, n. 307; "Jurisclasseur de procédure civile", fascicule 1005.

³⁵ MOTULSKY, H., *Ecrits*, T.I, "Etudes et notes sur l'arbitrage", Paris, Dalloz, pág. 6, n. 3.

³⁶ CORNU, G., "Le décret du 12 mai 1980 relatif à l'arbitrage. Présentation de la réforme", *Rev. arb.*, 1980-585.

³⁷ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit. n. 175, pág. 101.

Tanto assume o árbitro a *jurisdição* que, uma vez instituído a arbitragem, elimina-se a competência dos órgãos da jurisdição estatal para conhecer da causa objeto da convenção arbitral (CPC, art. 267, VII).

Portanto, não obstante a necessidade de um contrato para legitimar a função do árbitro, o seu desempenho e sua eficácia em moldes jurisdicionais decorrem mais de vontade da lei do que propriamente da vontade dos contratantes.

Para *Carreira Alvim*, quando o direito positivo atribui à sentença arbitral a mesma função da sentença judicial, não há empecilho algum a que a jurisdição arbitral seja considerada "como uma *particularização* da jurisdição estatal no seu mais amplo significado: representa ela uma particular parcela da jurisdição pública, entregue pelo Estado a particulares (árbitros) para exercê-la em proveito de particulares (partes interessadas)"³⁸.

Conforme *Irineu Strenger*, "a vontade das partes intercede na origem do processo e nas modalidades de seu conteúdo e objeto, inclusive na eleição do direito aplicável ao fundo e à forma. Contudo, uma vez determinado e estabelecido o processo, os árbitros nomeados atuam como juizes, com independência das partes, das quais não podem considerar-se mandatários, porque estão investidos de função autenticamente jurisdicional, que vai se desenvolver como se fora um processo afeto a uma tribunal estatal"³⁹.

"L'arbitre est un juge à part entière. L'admettre, c'est aussi corrélativement reconnaître que l'arbitrage est une justice, et plus précisément une justice privée" (...) "elle est plutôt un mode de règlement *jurisdictionnel* de litiges par un tiers impartial qui se situe dehors de la justice étatique"⁴⁰.

Se, para as partes, o processo arbitral é um instrumento de satisfação dos direitos privados, para o Estado, tal como a justiça pública, "é forma de realização do direito"⁴¹.

"A instituição da arbitragem adquire, nessas condições, em toda sua dimensão, seu aspecto jurisdicional"⁴².

³⁸ "Tratado", cit., pág. 72.

³⁹ "Arbitragem comercial internacional", São Paulo, LTr, 1996, n. 171, pág. 144.

⁴⁰ CLAY, Thomas, "L'arbitre", Paris, Dalloz, 2001, n. 58, pág. 41.

⁴¹ BOISSÉSON, Mathieu, "Le droit français de l'arbitrage", Paris, Nouel, 1983, pág. 192.

⁴² STRENGER, "Arbitragem", cit., n. 70, pág. 143.

4. LIMITES DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

Houve época em que se travavam sérias controvérsias sobre a natureza do julgamento arbitral — se seria um negócio privado de natureza contratual ou se seria um ato público da mesma natureza da sentença estatal. Sob o império das leis atuais, sobretudo, como a francesa e a brasileira, o caráter jurisdicional se impõe por vontade expressa do próprio ordenamento jurídico. Basta consignar que o direito positivo lhe atribui a força de gerar a coisa julgada, e que a sentença do árbitro é qualificada como título executivo judicial, e ambos os efeitos são alcançados pelo decisório arbitral independentemente de qualquer homologação pelos tribunais da justiça oficial⁴³.

Se hoje não se mostra aceitável recusar o caráter jurisdicional à sentença obtida por meio da arbitragem, não se pode, porém, deixar de ressaltar sua fonte, remota mas relevante, no negócio privado livremente estabelecido entre os litigantes, e sem o qual a jurisdição do árbitro nem sequer existiria⁴⁴.

Embora juiz e, portanto, detentor de jurisdição, o árbitro não é um juiz estatal, nem é juiz permanente e com poderes jurisdicionais amplos como os magistrados do aparelhamento judiciário oficial⁴⁵. Prova mais evidente da limitação imposta ao detentor da jurisdição arbitral está na falta de poder para fazer executar seus próprios julgamentos. Só ao juiz estatal cabe manejar a execução forçada e outros expedientes coercitivos, como as medidas cautelares.

Diz-se, por isso, que o árbitro tem *jurisdictio*, mas não tem *imperium*. Enquanto o juiz estatal tem a *jurisdictio* e o *imperium*, o árbitro só conta com a *jurisdictio*⁴⁶.

Em função de sua origem contratual, outrossim, a jurisdição arbitral não pode ir além do negócio jurídico que motivou sua implantação, nem pode envolver senão as partes que o convencionaram. O

⁴³ ROBERT, Jean, "L'arbitrage, droit interne, droit international privé", 6ª ed., Paris, Dalloz, 1993, n. 201, pág. 170.

⁴⁴ A arbitragem é fenômeno doutrinado pelo hibridismo *contrato + jurisdição*. É, pois, uma "justiça privada cuja origem é normalmente convencional" (*Henri Motulsky*, "Ecrits Études et notes sur l'arbitrage", Paris, Dalloz, t. 2, 1974, spéc. n. 2 et 10-12, apud *Thomas Clay*, "L'arbitre", Paris, Dalloz, 2001, pág. 36).

⁴⁵ "Étant un juge désigné par contrat, l'arbitre est soumis à un régime juridique qui repose sur une double source: la source jurisdictionnelle de sa mission constitutive de son statut de juge, et la source contractuelle de son investiture qui fonde la relation nouée avec ceux dont il va trancher le litige" (CLAY, n. 1.081, pág. 804).

⁴⁶ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit. n. 183, pág. 104.

árbitro, que sustenta sua função sobre a vontade das partes litigantes, mostra-se sem poder em relação a terceiros, ou seja, aqueles que não participaram do negócio instituidor do juízo arbitral.

"L'arbitre n'est juge que à l'égard des parties et se trouve donc démuní de tout pouvoir concernant un tiers au procès. Il ne peut contraindre un tiers à déposer. Sa mission a un effet relatif qui découle directement de l'effet relatif de la convention d'arbitrage à laquelle il doit la qualité de juge"⁴⁷.

É de se ressaltar sempre que a justiça desempenhada pela arbitragem é originariamente uma justiça privada instituída pelos contratantes para excluir seus litígios da jurisdição pública. São eles, os contratantes, que afastam, nos termos do contrato, a função estatal e a substituem pela *jurisdictio* de particulares que, nas circunstâncias negociais, assumem a missão de julgar⁴⁸.

"Ainsi c'est par la volonté des parties que le litige est soustrait aux juges étatiques pour être confié au juge privé qu'est l'arbitre"⁴⁹.

Porque se trata de uma renúncia ao direito de confiar seu litígio à justiça pública, a submissão ao juízo arbitral só obriga às partes que o contrataram.

A investidura dos árbitros — anota *Irineu Strenger* — "decorre de uma origem contratual e um objeto jurisdicional, que se confundem no movimento dinâmico do processo arbitral"⁵⁰.

⁴⁷ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit. n. 185, pág. 105.

⁴⁸ "L'arbitrage évoque généralement l'idée de l'intervention d'un tiers impartial; son essence est fondamentalement tributaire de la justice privée. L'arbitre est une personne privée investie par les parties du pouvoir de dire le droit, de trancher la contestation qui lui est soumise et de rendre une décision. Ainsi, on confère habituellement à l'institution une physionomie mixte, une nature hybride où se mêlent de composantes contractuelles et juridictionnelles. L'arbitrage est une justice; il a, comme toute justice, une fonction juridictionnelle, mais à l'opposé de la justice étatique, la justice arbitrale a une origine contractuelle. C'est là qui résident toute l'originalité de l'arbitrage, mais aussi, son mystère et son ambiguïté. Si l'arbitrage résiste à se cantonner dans une définition exclusive, sa nature profonde transcende cependant les différentes définitions proposées par la doctrine". (*Walid Abbelgawad*, "Arbitrage et droit de la concurrence", Paris, LGDJ, 2001, n. 3, pág. 2).

⁴⁹ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit. n. 781, pág. 369; no mesmo sentido: *Robert et Moreau*, "L'arbitrage", 5ª ed., Paris, Dalloz, 1983, n. 1.

⁵⁰ "Arbitragem comercial internacional", cit. n. 171, pág. 144.

Como o contrato se caracteriza pela relatividade, isto é, por operar com força de lei, mas apenas entre as partes e na extensão do objeto negocial, o juízo arbitral fica limitado às partes que o convencionaram e ao objeto do contrato que o motivou.

"En principe, seules les parties ou les personnes représentées sont liées par la sentence arbitrale, qui ne peut produire d'effets à l'égard des tiers, non liés par la convention d'arbitrage"⁵¹.

Pode-se afirmar, em suma, que os limites da jurisdição arbitral são os limites do contrato que a ela se submete.

5. SUJEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL ÀS REGRAS BÁSICAS DO PROCESSO CIVIL

Os próprios contratantes podem estipular o procedimento a ser observado no juízo arbitral, ou podem autorizar o tribunal arbitral a traçá-lo. Pode, ainda, a convenção reportar-se ao regulamento de alguma instituição permanente dedicada à prática da arbitragem. Pode, enfim, prever que o rito a observar será o comum da lei processual.

O tribunal arbitral, destarte, conduzirá o processo a seu cargo segundo regras de procedimento que não são exatamente as mesmas aplicáveis aos juízos ordinários. Deve, no entanto, respeitar os princípios fundamentais do processo⁵², como, entre outros, os pertinentes à limitação da sentença ao pedido da parte, ao debate dialético das pretensões contrapostas, à investigação da verdade real, à motivação do julgado, à formação da *coisa julgada* etc.⁵³.

Mesmo quando o acordo de arbitragem preveja o julgamento por equidade, ou seja, sem ater-se às regras do direito material positivo, o juízo arbitral, quanto ao procedimento, não poderá deixar de se submeter aos princípios fundamentais do processo, especialmente aos ditames do princípio do contraditório⁵⁴.

⁵¹ COHEN, Daniel, "Arbitrage et société", Paris, LGDJ, 1993, n. 604, pág. 317.

⁵² JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit. n. 177, pág. 102.

⁵³ "L'arbitrage, écrit *Oppetit*, quelles qu'en soient les modalités, 's'ensère aujourd'hui dans la recherche du même idéal de justice que celui que poursuivent les juridictions étatiques. (...) La même philosophie du procès équitable imprègne les finalités et les principes d'organisation de toute forme de justice, publique ou privée, contribuant ainsi à instituer la fonction du juger sur des bases communément acceptées et respectées. L'identité des fins s'accompagne de rapprochements techniques incontestables" (*B. Oppetit*, "Philosophie de l'arbitrage commercial international", *JDI*, 1993, pág. 818; *apud Walid Abbelgawad*, "Arbitrage et droit de la concurrence", cit. n. 465, pág. 231).

⁵⁴ ROBERT, Jean, "L'arbitrage", cit. n. 190, pág. 163.

A garantia do devido processo legal com os consectários do contraditório e ampla defesa são, modernamente, direitos assegurados no plano constitucional, o mesmo ocorrendo com a exigência de motivação de todas as decisões judiciais (CF, art. 5º, LIV e LV, e art. 93, IX). Por isso, qualquer que seja o procedimento a prevalecer no juízo arbitral esses preceitos fundamentais nunca poderão ser descurados pelos árbitros, sob pena de nulidade⁵⁶. A matéria é de ordem pública e não se sujeita à disponibilidade negocial na convenção de arbitragem⁵⁶.

Sobre o tema, a lei brasileira de arbitragem é expressa: "serão sempre respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, § 2º).

No direito italiano, há previsão de que as omissões relativas ao procedimento verificados na convenção arbitral ou nas disposições traçadas pelos árbitros serão supridas pelas normas gerais do processo de conhecimento traçadas pelo CPC⁵⁷. Mesmo no silêncio da lei brasileira, o sistema pode também prevalecer entre nós, porque o art. 272, parágrafo único, do CPC, dispõe que o procedimento especial rege-se pelas "disposições gerais do procedimento ordinário".

6. LITISCONSÓRCIO — CONCEITO — ESPÉCIES

Uma das figuras do processo civil ordinário que deve refletir sobre o procedimento arbitral é a do litisconsórcio, já que, frequentemente, se verificará, também no juízo particular, o concurso de sujeitos num ou em ambos os pólos da relação processual.

O processo é, no mínimo, relação jurídica entre três pessoas: autor, juiz e réu. Pode, no entanto, envolver, e, às vezes, tem de envolver, mais de uma pessoa nos pólos destinados ao autor e ao réu. Diz-se que há litisconsórcio sempre que se nota a presença de parte plúrima, ou seja, num só processo atua mais de um autor (litisconsórcio ativo) ou mais de um réu (litisconsórcio passivo).

Conforme a obrigatoriedade ou não do cúmulo subjetivo no processo, o litisconsórcio se apresenta ora como facultativo, ora como necessário. O facultativo forma-se apenas por vontade das partes e

⁵⁶ ROBERT, Jean, ob. cit., 183, págs. 157/158.

⁵⁶ "L'arbitre doit bien entendu, dans le cadre de son pouvoir de règlement de la procédure arbitrale, faire en sorte que soit garanti le caractère contradictoire du débat et réserve le droit de la défense qui en est le corollaire" (Jean Robert, ob. cit., n. 174-1, pág. 148).

⁵⁷ FAZZALARI, "L'arbitrato", cit., pág. 56.

o necessário é de formação obrigatória, seja por exigência expressa da lei, seja por decorrência lógica da natureza da relação jurídica material deduzida em juízo, como objeto da prestação jurisdicional pretendida.

O sistema adotado pelo CPC consiste em prever, genericamente, no art. 46, *caput*, que "duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

I — entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide;

II — os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito;

III — entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir;

IV — ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito".

O elenco do art. 46 compreende, como se vê, tanto o litisconsórcio necessário como o facultativo. Aliás, como regra geral, os casos arrolados pelo Código, no dispositivo comentado, podem ser havidos como de litisconsórcio facultativo, pois, segundo o próprio texto legal, as partes podem litigar em conjunto, mas nem sempre estão forçadas a tanto⁵⁸.

Conjugando o art. 46 com o 47, conclui-se que, nas mesmas hipóteses do primeiro dispositivo, o litisconsórcio será necessário (isto é, não poderá ser dispensado pelos litigantes) "quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes".

Em síntese, o sistema do Código é de reunir no art. 46 os casos em que litisconsórcio pode ser facultativo, e no art. 47 especificar as condições para que ele seja necessário⁵⁹.

6.1. Litisconsórcio necessário

Há litisconsórcio necessário, segundo o art. 47, "quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes". O conceito legal é evidentemente falho, porque há muitas hipóteses de litisconsórcio obrigatório em que o resultado da sentença não precisa de ser igual para todas as pessoas reunidas no pólo da relação proces-

⁵⁸ BARBI, Celso, "Comentários ao CPC", 1ª ed., v. I, t. I, n. 287, págs. 264-265.

⁵⁹ BARBI, Celso, op. cit., n. 287, pág. 265.

sual (ex.: litisconsórcio do juízo divisório ou demarcatório, do consenso de credores e outros da espécie). Há, outrossim, casos em que a lei considera opcional o litisconsórcio, mas, uma vez estabelecido, a sentença será única e igual para os diversos litisconsortes (ex.: demanda contra devedores solidários, defesa da posse comum por um só ou por alguns dos compossuidores).

Na verdade, duas são as hipóteses de litisconsórcio necessário ou obrigatório: a) quando exista expressa determinação da lei, como nas ações reais imobiliárias, sempre que o litígio envolver pessoa casada, pois qualquer que seja o regime matrimonial, marido e mulher serão partes obrigatórias; e b) quando a solução a ser encontrada pelo provimento judicial terá de envolver todos os sujeitos de uma relação ou de uma situação jurídica com pluralidade de sujeitos. Se a sentença terá de afetar posições jurídicas de diversos sujeitos, todos eles serão partes necessárias no processo, porque ninguém será privado de seus bens e direitos senão com observância do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). O litisconsórcio, então, será obrigatório, porque não haverá como sentenciar sobre direito material subjetivo em face de quem não seja parte no processo. Se o credor, por exemplo, quer anular a venda que o devedor fez em prejuízo de seus direitos, não tem como deduzir a ação senão colocando vendedor e comprador na situação de litisconsortes passivos (cô-réus); se um sócio quer alterar ou romper o contrato de sociedade, somente poderá propor sua ação contra todos os demais sócios; se o filho quer investigar a paternidade e o indigitado pai já é falecido, a ação terá forçosamente que se voltar contra todos os herdeiros do investigado; e assim por diante.

6.2. Inobservância do litisconsórcio necessário

Dispõe o art. 47, *in fine*, que nos casos de litisconsórcio necessário "a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

Se o autor não requerer a citação dos litisconsortes necessários e o processo tiver curso até sentença final, esta não produzirá efeito nem "em relação aos que não participaram do processo nem em relação aos que dele participaram"⁶⁰. Ocorrerá nulidade total do processo⁶¹.

⁶⁰ BARBI, Celso, *op. cit.*, n. 304., pág. 280, com apoio em Chiovenda e Redenti.

⁶¹ No RE 69.653, decidiu o STF que o não chamamento à lide do litisconsórcio necessário causa a "nulidade *ab initio* do processo" (Ac. de 12.3.74, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, *in* RT 71/72; no mesmo sentido: RE 61.744, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, Ac. 22.8.98, *in* DJU 30.11.98, pág. 51; STJ, REsp 50.010/PR, Rel. Min. Fontes de Alencar, Ac. 3.12.96, *in* DJU 25.8.97, p. 39375).

Ao juiz, todavia, cabe evitar que o processo se desenvolva inutilmente. Por isso, deparando-se com caso da espécie, "o juiz ordenará ao autor que promova a citação de todos os litisconsortes necessários, dentro do prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo" (art. 47, parágrafo único)⁶².

7. JUÍZO ARBITRAL E LITISCONSÓRCIO

A formação do litisconsórcio não pode ser banida do campo do juízo arbitral, visto que ali, tanto como no processo comum, poderão estar em jogo situações em que a lei exige a observância do cúmulo subjetivo. Basta ressaltar os freqüentes negócios plurissubjetivos e, principalmente, os complexos negociais formados por cessão de direitos ou pelos contratos conexos (ou complexos). É bom lembrar que o litisconsórcio necessário é requisito de validade e eficácia da prestação jurisdicional, envolvendo, pois, questão de ordem pública.

O problema de difícil solução se dá quando o complexo negocial abrange contratos supervenientes àquele onde se instituiu o compromisso ou a convenção arbitral e, principalmente, quando a cadeia dos negócios jurídicos atinge outras pessoas além daquelas que pactuaram a instituição da arbitragem⁶³.

Quando ao contrato primitivo (objeto do compromisso) se juntam negócios acessórios avençados entre as mesmas partes, a tendência doutrinária é submetê-los também ao juízo arbitral, pelo princípio geral de que o acessório deve seguir o principal⁶⁴.

Se o procedimento arbitral outrossim, vai se desenvolver entre pessoas que simultânea ou sucessivamente se vincularam à

⁶² A necessidade de citação de todos os litisconsortes necessários para validade da sentença é requisito apenas dos julgamentos de mérito. Para extinguir o processo por carência de ação ou falta de pressuposto processual, nenhuma citação é indispensável, posto que até a própria petição inicial pode ser liminarmente indeferida a esse pretexto (art. 295).

⁶³ Caso de consenso de interesses gerador de litisconsórcio necessário inobservado foi detectado pela jurisprudência francesa na hipótese de transferência de bens de uma sociedade vinculada ao contrato arbitral para outra sociedade a ela não sujeita. Tendo o juízo arbitral decidido, entre as partes da convenção, que os bens deveriam ser restituídos, a instância judicial proclamou: "La société cessionnaire ayant une personnalité distincte des sociétés cédantes et n'ayant été ni partie, ni représentée à l'instance arbitrale, la sentence rendue ne saurait l'obliger" (*Daniel Cohen*, "Arbitrage et Société", Paris, LGDJ, 1993, n. 604, pág. 317).

⁶⁴ "La compétence de l'arbitre quant à sa saisine s'étend à toutes les demandes accessoires, dès l'instant qu'elles présentent in lien étroit avec la demande principale" (*Jean Robert*, "L'arbitrage", cit., n. 160, pág. 135).

convenção arbitral, a formação do litisconsórcio ativo ou passivo se dará sem dificuldade alguma. Todos os sujeitos do processo estarão obrigados a se submeterem a ele, por força dos vínculos contratuais preexistentes. O litisconsórcio, *in casu*, tanto poderá assumir a modalidade voluntária como a necessária, e, uma vez provocado por algum contratante interessado, não poderá ser recusado pelos adversários.

Se, porém, o debate vai envolver contrato diverso do que foi o objeto específico da convenção de arbitragem ou pessoas que não firmaram dita convenção, em princípio não haverá como forçar a formação do litisconsórcio, nem como ampliar a competência do árbitro para negócio diverso daquele previsto no compromisso.

Como a arbitragem repousa nos vínculos contratuais entre as partes e entre estas e o árbitro, seus liames não se manifestam senão entre os contratantes. A legitimidade de parte para o procedimento arbitral, por isso, só se estabelece entre os sujeitos contratuais. A única via de legitimação, ativa ou passiva, para quem queira participar ou seja chamado a participar da arbitragem condiciona-se à própria convenção arbitral.

Pouco importa, portanto, seja necessário ou facultativo o litisconsórcio. Sua formação só será admissível, de forma cogente, entre os que celebraram a convenção arbitral. Assim, se todos os que devem ser litisconsortes são aderentes à convenção arbitral, tudo se desenvolverá naturalmente dentro da força contratual.

Se, contudo, o terceiro, que se deseja incluir no processo, não firmou o ajuste, sua inserção no litisconsórcio, ainda que necessário, somente se tornará possível se ele consentir em aderir ao compromisso. Havendo, pois, recusa de sua parte o árbitro não terá força para submetê-lo à relação processual. Se o caso for de litisconsórcio facultativo, o procedimento da arbitragem terá de prosseguir só com as partes vinculadas à convenção arbitral. Se for necessário o litisconsórcio, "só restará ao árbitro encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem"⁶⁵. Preferirá sentença terminativa na esfera arbitral, para que a lide possa ser resolvida pelo Poder Judiciário⁶⁶.

⁶⁵ ROCHA, José de Albuquerque, "A Lei de Arbitragem", São Paulo, Malheiros, 1988, pág. 86.

⁶⁶ NOGUEIRA, Antônio de Pádua Soubhie, "Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem — Lei n. 9.307/96", *Revista Jurídica*, 281/37; Carlos Alberto Carmona, "Arbitragem e processo — um comentário à Lei n. 9.307/96", Malheiros, 1988, pág. 200.

Diante do caráter voluntário da arbitragem, falece à parte e ao árbitro o poder de impor ao terceiro toda e qualquer espécie de arbitragem forçada⁶⁷. Em relação a quem não é parte da convenção, cabe ao árbitro ouvi-lo, mas não convocá-lo a se submeter a um *imperium* que não existe⁶⁸.

A não figuração do litisconsorte necessário dentro da força da convenção arbitral torna-a, por isso mesmo, incompleta e impotente para sustentar o procedimento da arbitragem, autorizando sua extinção nos moldes do art. 20, § 2º, da Lei n. 9.307/96. Faltarão condição de procedibilidade na via especial da jurisdição convencional, porquanto ineficaz é o julgamento que, em qualquer processo, seja proferido sem a presença na relação processual de litisconsorte necessário (CPC, art. 47, parágrafo único).

A jurisprudência brasileira já teve oportunidade de enfrentar o problema e assentou: a) a convenção arbitral vinculante "somente é válida e eficaz em relação às partes contratantes"; b) em havendo litisconsorte que não subscreveu a convenção arbitral não pode ser constrangido a aderir ao "negócio de que não participou"⁶⁹.

Da recusa do litisconsorte necessário a aderir à arbitragem, nascerá, portanto, para o promovente, o poder de instaurar o processo comum na justiça oficial, sem que aos demais participantes da convenção seja dado alegar a exceção de compromisso prevista no art. 267, VII, do CPC⁷⁰.

É esta também a solução que se adota no direito italiano. Como registra Fazzalari, é possível o convite do terceiro não signatário do pacto compromissório para figurar no procedimento arbitral como litisconsorte necessário; mas não é possível sua citação. Em consequência, "il terzo che declini, espressamente o di fatto l'invito, non può aversi come partecipante all'arbitrato. Al contrario, egli rimane affatto libero (...). Peraltro, dopo il diniego del litisconsorte necessario invitato a partecipare, potrà rivolgersi al giudice statale anche ciascuna delle parti originarie, senza che le altre possano opporgli, per impedirlo, la *exceptio compromissi*. Em tais casos, se as partes primitivas não abandonam o procedimento da arbitragem, "l'arbitro dovrà definirlo col rifiuto della pronuncia di merito sul rapporto plurisoggettivo inscindibile (che coinvolgerebbe, inevitabilmente e

⁶⁷ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit., n. 25, pág. 19.

⁶⁸ JARROSSON, ob. cit., n. 580, pág. 281.

⁶⁹ TJSP, 3ª Câmara, Dir. Priv., Agr. 123.567-4/9, Rel. Des. Alfredo Migliore, Ac. 31.8.99, cit., in *Revista Jurídica*, 281/37.

⁷⁰ ROCHA, José de Albuquerque, "A lei de arbitragem", cit., loc. cit.

illegittimamente, il terzo litisconsorte nolente)"⁷¹. Em outras palavras: o árbitro extinguirá o processo arbitral sem julgamento de mérito.

Em síntese:

"Se o litisconsorte for do tipo necessário-unitário — aquele que impõe a participação de todos os litigantes, com sentença uniforme para todos — ou o terceiro aceita integrar o processo, possibilitando a sentença, sujeitando-se aos seus efeitos, ou não aceita e permanece fora dele, inviabilizando com a sua ausência o processo arbitral. É o caso do compromitente casado, a respeito de direitos sobre bens imóveis de propriedade de ambos os cônjuges.

No que toca ao litisconsórcio facultativo, nada impede venha ele igualmente a ter lugar, desde que estejam as partes acordes em admiti-lo"⁷².

8. OUTRAS PARTICIPAÇÕES DE TERCEIRO NO PROCEDIMENTO ARBITRAL. DENUNCIÇÃO DA LIDE E EMBARGOS DE TERCEIRO

Não é somente o litisconsorte que suscita problemas na área de interferência de terceiros no processo arbitral. Todas as figuras interventivas previstas no Código de Processo Civil, em tese, poderiam ser questionadas e, uma vez suscitadas, admitiriam apreciação pelo árbitro se houvesse aquiescência de todos os interessados: partes, terceiro e árbitro.

A complicação surge quando não há o consenso geral e se pretende impor compulsoriamente a ampliação do objeto da arbitragem, seja por iniciativa do terceiro, seja por provocação de uma das partes da convenção arbitral.

Dois figuras processuais assumem maior dimensão e maior interesse doutrinário nesse terreno: as ações de garantia exercitáveis, no processo comum, por meio da *denúnciação da lide* (CPC, art. 70) e a defesa da posse e domínio contra o esbulho judicial, por via dos *embargos de terceiro* (CPC, art. 1.046).

O direito positivo, mesmo nos países de mais antiga e sofisticada experiência no trato do processo arbitral, não oferece solução direta para o problema, e a doutrina, por sua vez, não se manifesta uniforme

⁷¹ FAZZALARI, Elio, "L'arbitrato", Torino, UTET, 1997, pág. 58.

⁷² ALVIM, Carreira, "Tratado", cit., págs. 465-466.

na tentativa de equacioná-lo. Os conselhos de ordem prática que mais freqüentemente se encontram são os que recomendam aos contratantes, quando se sucedem múltiplos negócios entre as partes primitivas e entre estas e terceiros, a adoção de cláusula modelo que se repetirá em cada novo negócio, de modo a jungi-los todos a uma única arbitragem, a ser desempenhada por uma instituição, onde não haveria designação de árbitros pelos múltiplos contratantes⁷³.

Remanesce o problema a ser enfrentado nas hipóteses, aliás as mais comuns, em que inexistente a sugerida cláusula e o terceiro, portanto, não se acha juridicamente vinculado à convenção arbitral.

No exame da denúnciação da lide, parece não haver dissidência mais profunda quanto ao descabimento da intervenção forçada do terceiro responsável pela garantia do direito de um dos litigantes.

Ainda que se reconheça o caráter jurisdicional à sentença do árbitro, suas consequências não podem ir além daquelas expressamente previstas na lei. Porque a eficácia da arbitragem se encontra legalmente vinculada a um contrato entre aqueles que a convencionaram, a sentença dos árbitros não se desvincula também desse caráter contratual. Por isso, lembra *Jean Robert* que, mesmo sem expressa ressalva na lei, haverá de prevalecer o princípio de que a sentença arbitral "est inoposable aux tiers"; e disso decorrerá que "l'arbitrage ne pourra permettre l'intervention, ni volontaire, ni forcée, de même que l'appel en garantie"⁷⁴.

Na doutrina italiana é pacífico o entendimento do não cabimento da denúnciação da lide, na espécie, porque "não são concebíveis, na arbitragem, intervenções coativas. Não só porque a chamada *iussu iudicis* esbarra no árbitro desprovido de poderes cogentes; mas, também e sobretudo, porque tal chamada em garantia atrita com o princípio segundo o qual ninguém pode, contra sua vontade, ser privado do juiz *natural*, preconstituído para a generalidade, portanto o *estatal*"⁷⁵. Em suma, na Itália, não se aceita a denúnciação da lide, porque não é dado às partes *coagir* um terceiro a intervir, nem ao árbitro cabe expedir uma ordem obrigando-o a intervir, nem tampouco ao terceiro se permite realizar uma intervenção contra a vontade das partes, para fazer valer suas próprias razões num processo em que não é parte⁷⁶.

⁷³ ROBERT, Jean, "Projet d'une clause compromissoire ouverte en matière d'operations multiples", cit. por *Pierre Bellet*, "Revue de l'arbitrage", 1981, n. 1, pág. 56; *Tandeu de Marsac*, "Les litiges commerciaux multiparties: le projet CCI", cit. por *Bellet*, ob. cit., loc. cit.; *Irineu Strenger*, "Arbitragem Comercial", cit., n. 110, pág. 101.

⁷⁴ "L'arbitrage", cit., n. 201, pág. 171.

⁷⁵ FAZZARALI, "L'arbitrato", cit., pág. 61.

⁷⁶ RUBINO-SAMMARTANO, cit. por *Carreira Alvim*, "Tratado", cit., pág. 457.

Não é diversa a orientação da doutrina brasileira, como se vê em *Carreira Alvim*, para quem somente se deve admitir a intervenção de terceiro, havendo consenso entre todos os interessados⁷⁷. Sem o consenso, a intervenção coativa (denúnciação da lide a quem não fez parte da convenção arbitral) se mostra, para José Albuquerque Rocha, inadmissível, "pois o árbitro não teria poderes para determiná-la, nem ninguém pode ser coagido a participar de arbitragem que é optativa por essência"⁷⁸.

Resta analisar o problema dos embargos de terceiro, ação incidental manejável por quem, não sendo parte no processo, sofre esbulho em sua posse ou do domínio por decorrência de ato judicial proferido *inter alios* (CPC, art. 1.046). Na previsão da lei processual comum, esse remédio processual é admissível tanto no processo de conhecimento, como no de execução e até no cautelar (arts. 1.046, *caput*, e 1.048).

Uma vez que as medidas cautelares e as de execução de sentença se processam fora do juízo arbitral e se subordinam à jurisdição comum, parece-me que, uma vez aberto o procedimento para cumprir, na justiça estatal, as decisões tomadas no processo arbitral, não haverá como vedar ao terceiro eventualmente prejudicado em sua posse e domínio, o recurso aos embargos de terceiro.

O fato de a coisa julgada ter se formado no juízo da arbitragem e não no juízo comum é irrelevante, porque onde quer que se forme a *res iudicata* sua força será sempre limitada às partes entre as quais se deu a sentença (CPC, art. 472; Lei n. 9.307/96, art. 31).

Correta, portanto, a posição da doutrina francesa que consagra a tese de que, durante a execução, a sentença arbitral é suscetível de impugnação por meio de embargos de terceiro⁷⁹.

No direito italiano, após controvérsia histórica, o problema foi eliminado pela reforma do CPC de 1994, que, expressamente, passou a autorizar os embargos de terceiro, que são manejáveis, porém, apenas depois que a sentença arbitral tornou-se executiva ou se revestiu da autoridade da coisa julgada⁸⁰.

A controvérsia é profunda, todavia, quanto ao cabimento de igual medida em face do procedimento ainda em curso perante o árbitro. Seriam admissíveis naquele estágio os embargos de terceiro? Em caso afirmativo a quem caberia a competência para julgá-los?

⁷⁷ "Tratado", cit., pág. 462.

⁷⁸ "A lei de arbitragem", cit., pág. 85.

⁷⁹ ROBERT, Jean, "L'arbitrage", cit., n. 201, pág. 171.

⁸⁰ FAZZALARI, "L'arbitrato", cit., pág. 117.

Há os que simplesmente se recusam a admitir essa ação incidental, sob o argumento genérico de que a arbitragem tem base contratual e nela, portanto, não pode intrometer-se quem não figura como parte da convenção arbitral e nem mesmo o árbitro teria poderes para resolver questão estranha ao objeto de dita convenção⁸¹.

Corrente mais nova, no direito italiano, no entanto, tem evoluído para defender o cabimento dos embargos de terceiro não somente no estágio judicial de homologação do laudo arbitral, mas também na fase de tramitação do feito perante o árbitro.

Afirma Fazzalari, nessa linha, que o terceiro que pode ter seu direito prejudicado pelo laudo pode precaver-se, mediante participação no próprio procedimento arbitral. Cabe ao terceiro, segundo esse entendimento, escolher, como ocorre no processo judiciário, entre participar da arbitragem ou aguardar o seu eventual resultado, para então atacá-lo na justiça comum. Para Fazzalari, não se pode prevaler do caráter restrito da arbitragem para impedir os embargos de terceiro, não figurante na convenção. Não se pode ter a arbitragem como negócio tão-só de seus sujeitos, na medida em que, por meio dela, eles estão em condições de obter o equivalente da sentença jurisdicional, que alcança terceiro. Desde que o processo arbitral tem início, ele se desenvolve, em relação ao terceiro, como se fosse um processo comum perante o juiz estatal. Se é dado ao terceiro, em vias de sofrer prejuízo, embargar o processo judicial, não há razão para impedir que o mesmo aconteça no processo arbitral⁸².

Data venia, se em princípio não se tolera a intervenção de terceiro, genericamente, no processo arbitral, nem voluntária nem provocada, sem o consentimento dos sujeitos da convenção de arbitragem⁸³, não me parece razoável impor ao árbitro e as partes contratantes uma causa nova, com parte e objeto estranha ao negócio arbitral.

Essa inovação objetiva e subjetiva, segundo a melhor doutrina, somente teria cabimento caso se desse o consenso entre terceiro, partes primitivas e árbitro, para ampliar o objeto do juízo arbitral, já que este "tem a sua base fundamental no acordo de vontades"⁸⁴. Se

⁸¹ PIERGROSSI, Alberto, "Tutela del terzo nell'arbitrato", in "Studi in onore di Enrico Tullio Liebman", v. IV, Milano, Giuffrè, 1979, págs. 2.574-2.577.

⁸² FAZZALARI, "L'arbitrato", cit., pág. 59.

⁸³ "Questione della legittimazione ad agire. Essa va riconosciuta solo ai soggetti cui il compromesso la largisce: non sono ammessi né interventi né ordine d'intergrazione di contraddittorio" (Fazzalari, "Arbitrato — Teoria generale e diritto processuale civile", in "Digesto", 4ª ed., Torino, UTET, 1994, v. I, pág. 399).

⁸⁴ CARREIRA ALVIM, "Tratado", cit., pág. 462.

é a vontade contratual que cria e sustenta o processo arbitral, só se há de pensar em nele inserir a pretensão do terceiro embargante ou interveniente, se nisto assentirem os participantes originários, pois haveria, sem dúvida, "a ampliação objetiva e subjetiva, da convenção de arbitragem"⁸⁵.

9. A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL E A INTERVENÇÃO DE TERCEIRO

A identificação das partes, a definição do objeto da arbitragem e a designação do árbitro, ou dos árbitros, que deverão se encarregar de solucionar o litígio, constituem matéria própria do compromisso arbitral (Lei n. 9.307/96, art. 10, ns. I, II e III).

Assim, estando instalado o juízo arbitral, o terceiro interessado que, como litisconsorte necessário ou interveniente, vier a ser admitido no feito, já encontrará o órgão jurisdicional definido. Não terá, portanto, direito de indicar novo árbitro ou de alterar a estrutura e composição do colegiado acaso já formado. Encontrará um juízo estatuído e em funcionamento. A ele terá de submeter-se nos moldes em que foi constituído.

Qualquer inovação na estrutura do tribunal arbitral só poderá acontecer por força de nova convenção arbitral, se a tanto se dispuserem as partes e o árbitro do processo em andamento.

Pode ocorrer que a formação do litisconsórcio seja precedida de sucessivas negociações entre as partes da primeira convenção e os sucessivos interessados em novos contratos interligados, que acaso tenham sido firmados com terceiros. Assim, ao dar-se início ao processo arbitral ter-se-á, desde logo, o estabelecimento do litisconsórcio. Caberá aos participantes dessa convenção arbitral invocada e ampliada dispor sobre a maneira de compor-se o órgão encarregado da arbitragem.

Na lei de arbitragem da Holanda há uma disposição interessante sobre o litisconsórcio superveniente à situação gerada pela junção de vários negócios sujeitos a diferentes acordos de arbitragem. Segundo tal lei, se as partes não conseguem acordar sobre a indicação dos componentes do tribunal de arbitragem, o juiz estatal a requerimento de uma delas designará o árbitro ou os árbitros⁸⁶.

⁸⁵ ROCHA, José de Albuquerque, "A lei de arbitragem", cit., pág. 85.

⁸⁶ STRENGER, Irineu, "Arbitragem comercial", cit., pág. 99, nota 49.

O que parece intuitivo é que no litisconsórcio não se deve, em regra, reconhecer a cada litisconsorte o direito pessoal de nomear seu próprio árbitro. Na relação processual em que os litisconsortes estiverem agrupados em números diferentes de cada lado, criar-se-ia um tribunal desequilibrado quantitativamente. O ideal é que cada grupo litisconsorcial designe o seu árbitro, ou os seus árbitros, de modo que de cada lado do processo figure número igual de julgadores, dispondo as partes sobre a forma de escolha do desempataador.

Convém lembrar, outrossim, que a lei brasileira confere ao juiz estatal o poder de nomear o árbitro destinado a tornar ímpar o número dos componentes do colegiado, caso as partes não cheguem a uma solução conciliatória (art. 13, § 2º).

Dentro desse sistema ter-se-á como criar um órgão arbitral equilibrado, capaz de atuar sem suspeita de parcialidade, ou de predomínio quantitativo de um grupo litisconsorcial sobre o outro.

10. CONCLUSÕES

O direito brasileiro autoriza as pessoas capazes de contratar a valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (Lei n. 9.307/96, art. 1º). A respeito desse instrumento de composição de conflitos, nosso direito positivo permite as seguintes conclusões:

- a) entende-se por arbitragem a instituição jurídica por meio da qual um particular, terceiro em face da relação conflituosa, compõe o litígio que envolve duas ou mais partes, desempenhando a missão jurisdicional que estas lhes conferem⁸⁷;
- b) embora provida de força jurisdicional, a arbitragem se legitima pelo contrato (convenção arbitral), de sorte a compreender apenas o objeto convencional e as partes contratantes;
- c) litisconsortes, terceiros intervenientes, inclusive assistentes ou embargantes não têm acesso ao juízo arbitral sem prévio consenso das partes contratantes, que lhes propicie aderir à convenção arbitral⁸⁸;

⁸⁷ JARROSSON, "La notion d'arbitrage", cit., n. 785, pág. 372.

⁸⁸ "Em virtude do caráter convencional da arbitragem (...) não tem nenhum terceiro o direito de ingressar em feito de outrem (como assistente)... Salvo se as partes originárias consentirem (ou se a convenção foi 'aberta' a terceiros) no seu ingresso" (Carreira Alvim, "Tratado", cit., pág. 467). A Lei n. 9.307/96 faculta às partes a designação de assistentes para coadjuvá-las durante o procedimento arbitral (art. 21,