

Parte II

A ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2016)

JURISDIÇÃO E ARBITRAGEM NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Sumário: 1. Introdução – 2. Jurisdição. Características fundamentais e seus escopos – 3. A natureza jurídica da arbitragem – 4. Breve comentário sobre a arbitragem internacional – 5. Novo CPC. Afirmção ou negação da natureza jurisdicional da arbitragem? – 6. Efeitos concretos da discussão; 6.1 Conflito de competência; 6.2 É cabível mandado de segurança contra decisão dos árbitros? – 7. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

No amplo universo de relações jurídicas que se estabelecem entre pessoas, físicas e jurídicas, entre si ou com o Estado, é inerente e inevitável que surjam conflitos. Desde os primórdios da organização das sociedades este é um dado constante: há conflitos e é preciso estabelecer mecanismos para resolvê-los, com vistas à convivência e à paz social.

Antes da organização do Estado, conhecia-se tão somente a autotutela e a autocomposição como métodos de solução dos conflitos. A autotutela, como modo egoísta que é, em que prevalece a vontade do mais forte, padecia e padece de defeitos insuperáveis. Em regra, não há qualquer pertinência ou adequação entre os conceitos de justo e de autotutela.¹

Bem por isso, conforme as sociedades se organizavam, este método foi sendo gradativamente proscrito. No sistema romano, em todas as suas

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 20-24.

fases (*ordo iudiciorum privatorum, legis actiones e cognitio extraordinaria*), mecanismos foram sendo instituídos, em lenta evolução a caminho da publicização dos julgamentos. Curioso notar, ao se estudar arbitragem nos dias de hoje e enfrentar o tema de sua natureza jurisdicional (ou não), que, nas fases iniciais do processo civil romano, conhecia-se apenas a “arbitragem”.²

Como método de resolução privada e não estatal dos conflitos, a arbitragem, na verdade, antecede a própria formação e a organização dos Estados. Conforme essa organização foi sendo forjada, entre outros diversos aspectos, a administração da justiça passou a ser feita por agentes do Estado (sob o Império Romano, pelos pretores), mantendo-se o julgamento em si dos conflitos sob a responsabilidade dos particulares. Já em estágio ulterior da organização do Império Romano, sob a “cognição extraordinária”, apenas os pretores passaram a se encarregar dos julgamentos e – para usar expressão atual – da solução dos conflitos.³

Foram necessários alguns séculos nesse lento caminhar para se estabelecer um modelo de organização política dos Estados, em que as funções de julgar foram, pouco a pouco, destacadas das funções de administrar e legislar. Firmou-se, então, uma concepção da função de julgar os conflitos sob um regime de monopólio do Estado.⁴ A jurisdição, enquanto função estatal, avocou para si a prerrogativa de dirimir as controvérsias, mediante a aplicação da vontade da lei às situações concretas, como forma de atingir parte dos seus relevantes objetivos, de eliminar os conflitos e proporcionar pacificação social.

Sob um prisma mais interno, havia dificuldades, ou fatores, adicionais, a impedir qualquer cogitação de um método diferente, alternativo, a esse modelo único de julgamentos pelo Estado. O mais relevante deles, para os fins deste ensaio, diz respeito ao próprio desenvolvimento da ciência processual. Durante muito tempo, fruto da influência histórica do processo romano, compreendia-se que os direitos, uma vez descumpridos, “entravam em ação”, fazendo surgir uma outra faceta, que consistia na necessidade de serem tutelados pelo Judiciário.

² TUCCL, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 39-40.

³ Conforme ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. I. No mesmo sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 35-36.

⁴ Salvo raras exceções, a autotutela configura não apenas ilícito civil, mas também penal (conforme sua hipótese de caracterização).

Chama-se imanentista esta fase, marcada pela ausência absoluta de separação entre o direito material e o processual. Exatamente como no período das *legis actiones*, na qual possuir uma *actio* significava a possibilidade de proteção jurisdicional do direito. E se assim era, só mesmo o Estado era capaz de prestar jurisdição, compreendida até então como a afirmação de uma simples faceta de um direito que, afinal, era o próprio Estado que regulava.⁵

Assim, além dos fatores mais gerais, de organização política dos Estados, a inexistência de uma compreensão acerca da separabilidade do direito material e do mecanismo para a sua tutela tornavam impossível qualquer cogitação de um “método alternativo”. Tudo se dava sob a proteção do Estado, “por dentro” dele.

No aspecto mais estritamente processual, essa linha evolutiva apresenta um marco histórico muito relevante apenas em meados do século XIX. É conhecida a sequência histórica que permitiu o surgimento do direito processual como ramo autônomo do direito. Na Alemanha, travou-se intenso debate entre dois autores romanistas, Windscheid e Muther, acerca das características da *actio* romana, fruto da qual se constatou que havia uma separação entre os conceitos de ação e direito. A ação devia ser compreendida como um direito exercitado contra o Estado, diferente do direito à reparação da lesão que o titular exercia (por meio da ação) contra a parte contrária.

Anos depois, em 1868, surge a obra de Oskar von Bülow, na qual as bases científicas desta distinção são definitivamente lançadas.⁶ A relação processual é autônoma, possui requisitos e categorias próprias, que devem ser investigadas e preenchidas independentemente da relação jurídica material que por ela é exercitada. Inaugura-se então a fase dita autonomista do direito processual.⁷ A partir do final do século XIX, o processo passa a ser visto e estudado como categoria autônoma, distinta do direito material. Inicia-se o período do processo como ramo próprio, o nascimento da ciência processual.⁸ Segue-se um período de aproximadamente um século

⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, 2015.

⁶ VON BÜLOW, Oskar. *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*. Campinas: LZN, 2005.

⁷ Sobre a evolução histórica e as fases da ciência processual, ver, por todos, TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo romano*. São Paulo: RT, 1996, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

⁸ O período que se segue, de aproximadamente um século, é marcado pelo enorme desenvolvimento (e criação até) dos institutos processuais. As categorias processuais

(dessa fase dita autonomista), no qual os estudos sobre temas processuais se desenvolvem efetivamente, entre eles, e o que mais interessa esse trabalho, o tema da Jurisdição, como será visto a seguir.

Nesse período, atinge-se um novo estado de compreensão acerca da função de prestar justiça, como função do próprio Estado, realizada por agentes imparciais, especificamente encarregados dessa tarefa. Ao Poder Judiciário, enquanto manifestação do Estado, compete a função de “dizer o direito”, inclusive nas questões envolvendo o próprio Estado.

Mas ainda aqui não estavam estabelecidas as premissas necessárias para se compreender que o mais importante não era realizar a função jurisdicional em si, em caráter monopolista, mas sim propiciar que os objetivos da atividade jurisdicional fossem atingidos, ainda que realizados por outros métodos e por outros agentes. Foram necessárias fases ulteriores dessa longa evolução histórica para se compreender que o Estado, ao cumprir sua função jurisdicional, se mostra insuficiente e ineficiente. Os desafios trazidos pelo desenvolvimento das sociedades, pela complexidade das relações humanas, sociais e econômicas, são tantos que se revela impossível ao Estado acompanhá-las no mesmo ritmo e intensidade.

Como resultado, temos um complexo de normas e institutos jurídicos, supostamente voltados para a aplicação do direito às situações litigiosas, para a prestação da tutela jurisdicional e resolução dos conflitos, mas que se revelam como insatisfatórios, insuficientes. Dentro da esfera da solução judicial dos conflitos, a evolução científica tem outro importante marco em meados do século XX, a partir do estudo levado a efeitos pelos professores Cappelletti e Garth, acerca do acesso à justiça.

Reconheceu-se, em meados do século XX, que o processo, não obstante toda sua evolução conceitual, não vinha sendo apto a responder aos reclamos da sociedade, a servir como efetivo instrumento de que se vale a jurisdição para realizar os seus objetivos. Seus resultados eram pouco satisfatórios, com escassa eficiência. Surge a terceira (e atual) fase científica do processo, instrumental ao direito material, cujo objetivo deve ser o de proporcionar resultados úteis e eficientes àqueles que dele se valem.⁹

identificadas pela obra de von Bülow são estudadas a fundo (na Itália, subdivididas em condições da ação e pressupostos processuais, na Alemanha unificadas sob a categoria única de pressupostos) bem como o conceito de ação, das exceções, a coisa julgada, prova etc.

⁹ No Brasil, o marco doutrinário se estabeleceu a partir da tese de cátedra de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, defendida em 1986 e cuja primeira edição comercial foi publicada em 1994.

O processo é instrumental, é o mecanismo de que se vale o Estado para prestar a sua importantíssima função jurisdicional. Esses conceitos, que são verdadeiramente conquistas, encontram-se estabelecidos entre nós e gozam da compreensão geral da comunidade jurídica e científica. Mas era e é preciso ir além, pois, da constatação da insuficiência do Estado como provedor único e monopolista da atividade jurisdicional, surge a necessidade de criar novos mecanismos ou, no que diz especificamente com a arbitragem, recriá-los e lhes dar uma conformação contemporânea.

Quando se examina a evolução histórica da própria arbitragem, é possível traçar um paralelo com a evolução do processo e da atividade jurisdicional, acima resumidas. Tal não se dá por acaso, nem por coincidência, eis que são fenômenos inseridos na mesma realidade e no mesmo contexto, reunidos pelo (histórico) objetivo comum de solucionar conflitos e proporcionar pacificação social.

A arbitragem vem experimentando grande evolução e desenvolvimento nas últimas décadas. De um instituto conhecido e aplicado ainda nos primórdios do desenvolvimento do direito, e virtualmente extinto nos séculos subsequentes, a arbitragem voltou a ser aplicada e, por consequência, a ser gradativamente reconhecida em inúmeros sistemas jurídicos, a partir de meados do século XX.

Antes, porém, ainda no século XVIII, durante a revolução francesa, a arbitragem voltou a ser reconhecida como método eficaz de solução de controvérsias. Não por seus próprios méritos, mas em virtude da desconfiança em relação a todas as manifestações de poder do Estado, próprias daquele momento histórico.¹⁰

¹⁰ Na França, a Constituição de 3 de setembro de 1971 assegurou a possibilidade de optar pela via arbitral em seu art. 5, título III, capítulo V: “O direito dos cidadãos de resolver definitivamente suas controvérsias pela via da arbitragem não pode ser prejudicado pelos atos do Poder Legislativo” (“Le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du Pouvoir législatif”). Também o decreto sobre a organização judiciária de 16-24 de agosto de 1790 proclamou a arbitragem como o meio mais razoável de solução das controvérsias (“le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens”), como nos informa Giovanni Bonato, em ótimo ensaio comparativo sobre a arbitragem na França, Itália e Brasil (Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. 43, jul.-set. 2014, p. 63).

Mas tratou-se de uma breve janela de tempo, inserida em um contexto histórico em que, como visto, concebia-se a função jurisdicional como privativa do poder estatal. Giovanni Bonato ensina, a esse respeito, que o Código de Processo Civil francês de 1806 e os Códigos de Processo Civil italianos de 1865 e 1940 “adotaram uma postura adversa e desconfiada a respeito da arbitragem, instituto então encarado como uma ofensa à unidade da função judiciária estatal”.

De forma coerente com esse momento histórico e com tal concepção, inúmeros sistemas jurídicos adotaram uma posição restritiva e francamente desestimulante em relação à arbitragem. Em linhas gerais, nos sistemas em que a arbitragem era admitida, prevalecia um conjunto de regras que, para dizer o mínimo, não estimulavam a adoção do método. Além de não ser eficaz a cláusula compromissória – que poderia, portanto, ser descumprida pela parte renitente, sem maiores consequências além da conversão em perdas e danos – a decisão proferida pelo(s) árbitro(s) estava sujeita à homologação judicial posterior.

Era esse o panorama legislativo brasileiro, sob o regime dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.

O cenário passa a se modificar lentamente ao longo do século XX, de forma coincidente com a evolução dos estudos em matéria processual e a gradativa compreensão da necessidade de se proporcionar outras soluções para a resolução dos conflitos. No plano internacional, tratados vão sendo editados, como a “Convenção para a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras” de Genebra de 1927 e, de forma mais relevante, a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o “Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras”.

Nessa linha evolutiva, a França sempre exerceu relevante papel, assumindo posições de vanguarda na admissão e no desenvolvimento da arbitragem, nacional e internacional. Como nos mostra Giovanni Bonato, é especialmente na França que surgem os primeiros estudos propondo uma nova concepção de jurisdição, admitindo que ela possa ser prestada também pelos particulares.¹¹

A partir da década de 1980, os “novos ventos que sopram” passam a impor mudanças mais marcantes na concepção da arbitragem, que deixa de ser vista com a histórica desconfiança e passa a ser reconhecida como

¹¹ BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 43, jul.-set. 2014, p. 66, nota 27.

método válido, especialmente adequado para dirimir os conflitos próprios do comércio internacional, cujo desenvolvimento e crescimento viriam a se tornar marcantes nos anos subseqüentes.

Inúmeros países reformaram suas legislações, estabelecendo novo marco legal para as arbitragens, nacionais e internacionais.¹² Em 1985, é elaborada a Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional, pela UNCITRAL, que viria a servir de importante parâmetro para os trabalhos legislativos de inúmeros países, inclusive do Brasil. Simultaneamente, o comércio internacional experimentava um grande desenvolvimento, reclamando mecanismos mais especializados, eficientes e neutros para a solução dos seus conflitos.

O Brasil editou sua lei de arbitragem em 1996, estabelecendo um marco legal moderno, amplamente favorável ao desenvolvimento desse método “alternativo”. Seus pilares fundamentais podem ser assim resumidos:¹³

(i) eficácia da convenção de arbitragem, que enseja sua execução específica e permite a instauração da arbitragem desde logo, ainda que haja superveniente resistência de uma das partes;

(ii) a autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato no qual é inserida, aliada à previsão de que o exame das questões sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem compete, em primeiro lugar, ao próprio árbitro (competência-competência);

(iii) a dispensa de homologação judicial da sentença arbitral e sua previsão como título executivo judicial;

(iv) a impossibilidade de revisão da sentença arbitral quanto ao seu mérito, bem como a equiparação do árbitro, enquanto desempenha a sua função, ao juiz (“Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”).

Após certa resistência, o Supremo Tribunal Federal “liberou” a aplicação da lei brasileira de arbitragem em 2001, ao reconhecer a constitucionalidade

¹² Uma vez mais, colhe-se da obra de Giovanni Bonato que os seguintes países modificaram suas leis em matéria de arbitragem: Bélgica, Inglaterra, França, Áustria, Holanda, Portugal, Suíça e Espanha (Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. 43, jul.-set. 2014, p. 83-85).

¹³ Considerações semelhantes, com ênfase na convenção de arbitragem, foram feitas em outro estudo da minha autoria: Aspectos contratuais da cláusula compromissória. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXXII, n. 116, jul. 2012, p. 174-192.

dos seus dispositivos, que em nada interferem na garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, justamente porque a arbitragem cumpre esse exato papel, naquelas relações e para aquelas partes que livremente optaram pelo método.

Todo esse movimento legislativo ocorreu nas mesmas décadas em que o Estado enfrentava novas dificuldades na prestação da atividade jurisdicional, fruto da massificação das relações jurídicas, do reconhecimento de novos direitos e de uma nova ordem jurídica, tudo a exigir maiores e mais amplos esforços no sentido de proporcionar tutela jurisdicional ampla e efetiva a todos os cidadãos.¹⁴ Essa crise da Justiça e da própria Jurisdição se inserem no mesmo contexto e no mesmo momento histórico, a exigir uma nova concepção do fenômeno da jurisdição, mais preocupada com os seus resultados concretos e menos com seus aspectos puramente teóricos. É preciso, então, rever e superar os conceitos tradicionais, que atribuem apenas ao Estado a tarefa de prestar jurisdição, que reconhecem apenas nas atividades estatais a função jurisdicional.¹⁵

2. JURISDIÇÃO. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS E SEUS ESCOPOS

A jurisdição, segundo sua concepção clássica, é função do Estado, pela qual ele se substitui aos particulares para, de forma imparcial, aplicar a vontade da lei, dirimir conflitos e buscar pacificar com justiça. Giuseppe Chiovenda concebia a jurisdição como função diretamente relacionada ao Estado, pois

¹⁴ A esse respeito, remete-se o leitor ao primoroso e objetivo estudo de Kazuo Watanabe, no qual aponta os equívocos da excessiva judicialização das controvérsias, a recomendar uma mudança de postura e de cultura dos operadores do direito, com vistas ao desenvolvimento de outros métodos de solução dos conflitos (Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pelegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690).

¹⁵ Pertinente a observação de Bonato, para quem, “a atitude de uma dada sociedade acerca da arbitragem depende de uma premissa maior, qual seja, a maneira como é concebida a relação entre o Estado e os cidadãos. Um Estado autoritário e centralizador terá a tendência de sufocar a arbitragem, reservando o exercício da função jurisdicional unicamente aos juízes públicos, ao passo que um Estado democrático e pluralista permitirá a participação dos cidadãos na justiça” (Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 43, jul.-set. 2014, p. 70).

somente ele teria a autoridade e as condições de se substituir aos particulares, na busca pela solução mais adequada ao caso concreto.¹⁶

Segundo Cassio Scarpinella Bueno, é função do Estado destinada à solução imperativa e substitutiva, com ânimo de definitividade, dos conflitos intersubjetivos, função que é exercida mediante atuação do direito em casos concretos.¹⁷ A jurisdição atua sobre os direitos controvertidos, realiza os fins sociais, políticos e jurídicos do próprio Estado.

Sob outra perspectiva, a jurisdição atua para dar efetividade ao direito material. Cândido Dinamarco propõe uma perspectiva que realça a tríplice condição da jurisdição: ela é função, mas é também poder e é atividade, que se realiza com a finalidade central de dar efetividade ao direito material, de pacificar pessoas e grupos, e eliminar conflitos.¹⁸

A jurisdição possui inúmeras características, cada qual realçada por setores da doutrina como seu traço característico. Entre elas, a substitutividade, a imperatividade, a imutabilidade, a inafastabilidade, indelegabilidade e inércia.¹⁹

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1923. p. 252 e ss. Também Lodovico Mortara, segundo o qual “a jurisdição é uma atribuição exclusiva e imprescindível da soberania” (*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. 5. ed. Milão: Vallardi, 1923).

¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 243-248.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 149-158.

¹⁹ Sobre as características da jurisdição segundo a concepção clássica, ver MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. p. 425, nota 46. Também, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 238-248. Esses dispositivos eram criticados por quem defendia que a atividade jurisdicional é típica do Poder Judiciário. Para alguns, simplesmente era um erro atribuir ao árbitro a qualidade de juiz de fato e de direito. Assim se posicionava José Frederico Marques, que negava à arbitragem a natureza jurisdicional:

“Se os árbitros não têm atribuições jurisdicionais, não se lhes pode inculcar a qualidade de ‘juizes de fato e de direito’, como o faz, erradamente, o art. 1.041 do Código Civil, falha e erro que se explicam pela precariedade e deficiência, à época em que foi promulgado, dos estudos sobre institutos processuais e sobre função jurisdicional. Se os árbitros fossem juizes e como juizes atuassem, o juízo arbitral estaria em conflito com o princípio do juiz natural, e não se harmonizaria com o art. 141, § 4º, da Constituição Federal”.

Por isso é que Humberto Theodoro Júnior a define como atividade secundária, instrumental, declarativa ou executiva, desinteressada e provocada.²⁰ Por sua vez, Arruda Alvim indica, como elemento fundamental da jurisdição, o que ele denomina “terzialità”, consistente na necessidade de o conflito ser solucionado por terceiro imparcial, equidistante das partes e não relacionado, por qualquer forma, ao conflito sob julgamento.²¹

Portanto, para muitos doutrinadores, ao conceito de jurisdição não é indispensável a presença ou a atuação do próprio Estado. As suas características centrais não são, necessariamente, atreladas ou associadas ao agente que realiza essa atividade. E aqui reside o ponto central, que permitirá reconhecer em outras atividades, como a arbitral, a mesma natureza jurisdicional que é própria de certa atividade realizada por agentes do Estado.

Fruto da evolução da ciência processual, da concepção do processo como instrumento técnico (mas sobretudo ético) pelo qual se busca a efetivação dos direitos e pacificação, finalidade central da jurisdição, Cândido Rangel Dinamarco identificou e sistematizou os objetivos centrais (escopos) dessa atuação jurisdicional, isto é, o conjunto de importantes objetivos que ela se propõe a realizar. Tais escopos foram divididos pelo notável processualista em escopos sociais,²² políticos²³ e jurídicos.²⁴

Desta concepção, observa-se que o escopo jurídico não apenas não é o único, como nem mesmo é o mais importante. Por ele e pelos demais se busca alcançar a finalidade última de pacificar. Disso resulta que se o resultado puder ser obtido por outras formas, o objetivo da atividade jurisdicional restará igualmente atendido.

Aqui se insere a arbitragem, como método já bastante difundido e desenvolvido, no qual a solução do conflito é dada por um terceiro, imparcial, que impõe uma decisão como forma de resolver o conflito que lhe é trazido.

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 104-125.

²¹ ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013. v. 1, p. 285-293.

²² Tendo a pacificação social como escopo magno, ligado ao objetivo do Estado de buscar o bem comum. Aqui se insere também o escopo de educação, compreendido como o respeito a direitos alheios.

²³ Relacionados, de um lado, à estabilidade das instituições políticas e, de outro, ao exercício da cidadania, mediante a participação dos cidadãos na vida e no destino do Estado.

²⁴ Consistentes na atuação da vontade concreta da lei, mediante a atribuição do bem da vida ao seu respectivo titular.

Quando se analisa o conjunto de atividades, de poderes e de deveres de um juiz estatal nessa mesma situação, percebe-se que a única diferença relevante entre juiz e árbitro é o fato de um integrar carreira do Estado e ser um agente com a função exclusiva de realizar tais julgamentos, e outro ser um agente particular, nomeado especificamente para desempenhar aquela função, naquele caso específico.

Será que tais diferenças são suficientes para se reconhecer a natureza jurisdicional apenas aos juízes, mas não aos árbitros? É o que se procurará responder no tópico seguinte.

3. A NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

As vozes na doutrina que estabelecem uma associação direta entre a atividade realizada pelo Estado, por meio dos juízes, e a sua natureza jurisdicional encontram dificuldade em identificar essa mesma natureza na atividade realizada pelos árbitros. Para certa parcela da doutrina, só pode ser considerada jurisdicional a atividade realizada pelos juízes. As demais, como a arbitragem, não ostentam aquela natureza, pois não se pode atribuir a particulares o feixe de poderes que é próprio e exclusivo do Estado.²⁵ Não por acaso, a ausência de poderes coercitivos do árbitro costuma ser igualmente invocada como outra demonstração da ausência de jurisdição naquela atividade.

O fundamento da arbitragem, ademais, é a autonomia da vontade das partes, enquanto a atividade jurisdicional típica – Estatal – tem como pressuposto exatamente o inverso, pois a Jurisdição é inafastável. Como atribuir,

²⁵ Escrevendo ainda sob o regime anterior à Lei de Arbitragem, Moacyr Amaral dos Santos afirmava a diferença entre a atuação do árbitro e do juiz, justamente pela necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário. Dizia o mestre: “a jurisdição convencional não é propriamente jurisdição. A função dos árbitros, nascida do compromisso convencionado pelas partes (Código Civil, arts. 1.043 e ss.; Código de Processo Civil, arts. 1.072 e ss.), e que se exercita nos termos e limites nesses Códigos fixados, não compreende os poderes atribuídos à jurisdição e que se explicam por ser esta uma função do Estado. O árbitro não atua a lei, nem a torna efetiva pela coerção. A decisão dos árbitros, em si mesma, nenhum efeito produz se não for homologada pelos órgãos jurisdicionais do Estado. O que atribui caráter de sentença à decisão arbitral, dando-lhe força de produzir coisa julgada, é a sua homologação pelos órgãos judiciários do Estado (Código de Processo Civil, art. 1.097). Já é isso bastante para concluir que a chamada jurisdição convencional não é propriamente jurisdição. A jurisdição é função exclusiva do Estado” (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1, p. 75).

então, idêntica natureza a fenômenos que têm origem em premissas diferentes e se realizam por pessoas diferentes?

Parte da doutrina, escrevendo a respeito da lei de arbitragem nos primeiros anos subsequentes à sua edição, considerava inexistente o caráter jurisdicional da arbitragem, eis que ela somente poderia ser exercida diretamente pelo próprio Estado.²⁶ A ideia do monopólio do Estado no exercício da jurisdição impedia tal reconhecimento. Entre tais autores, Candido Dinamarco via na arbitragem uma natureza parajurisdicional, pois não obstante a produção de efeitos pela decisão arbitral, equiparados aos de uma sentença judicial, isso de dava “fora do âmbito do exercício do poder estatal pelo juiz”.²⁷

A mesma perspectiva é desenvolvida em obras recentes. Em seu novo Curso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero sustentam que a consideração da natureza jurisdicional da arbitragem decorre de uma “primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem”.²⁸ Por sua origem contratual, por representar uma escolha que, não obstante legal e legítima, significa “abrir mão de uma série de garantias constitucionais”, a arbitragem, para esses autores, não pode ser considerada jurisdicional.²⁹

Em sua obra, afirmam que a jurisdição estatal tem por objetivo a tutela de direitos fundamentais e interesses coletivos empreendida pelo Estado, ao passo que a arbitragem representa a escolha pelas partes de um método que pretende exatamente a exclusão do Poder Judiciário, por considerá-lo impróprio para resolver aquela questão específica. Porque a arbitragem representa, sempre e necessariamente, um desejo de excluir a apreciação de uma questão ao Poder Judiciário, tais autores identificam um certo paradoxo em se atribuir natureza jurisdicional à arbitragem. Em certa medida, segundo essa percepção, se há natureza jurisdicional típica na atividade realizada pelo

²⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8, p. 165-185; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n. 9.397/96*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. p. 11 (posições que o autor manteve e se encontram na edição de 2005 da mesma obra).

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III, n. 844.

²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 174.

²⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 177.

Poder Judiciário, qualquer pessoa que rejeite esse modelo e escolha ser julgado de outra forma estará, necessariamente, renegando a própria jurisdição.³⁰

Aqueles autores entendem, ainda, que há uma diferença qualitativa entre arbitragem e a atividade prestada pelo Poder Judiciário, pois aquela se fundamenta na autonomia das partes, e atende certas demandas (direitos disponíveis, conflitos empresariais de vulto), enquanto que o processo judicial é calcado na soberania Estatal, imbuído da observância das normas constitucionais.³¹ Ademais, a arbitragem tem por objeto, sempre segundo a concepção dos autores, meramente a aplicação de normas técnicas para a resolução de conflitos empresariais, cujos atores pretendem se furtar à aplicação de todo aquele conjunto mais amplo de normas constitucionais e direitos fundamentais. Em suas próprias palavras, tendo em vista a natureza da matéria geralmente dirimida em foro arbitral, *isto expressa um desejo de se excluir o Estado da tutela de interesses de classes sociais privilegiadas*.³²

Com base em tais premissas, concluem Marinoni, Arenhart e Mitidiero que fazer a equiparação, mesmo que por meio de Lei, entre a atividade arbitral e a jurisdição do Estado é desqualificar esta última, além de expressar um desconhecimento da natureza de ambas.³³

As posições defendidas pelos notáveis processualistas partem, contudo, de premissas que me parecem equivocadas. Há inúmeros elementos que indicam que as atividades realizadas por juízes e árbitros são, em sua essência, de mesma natureza. Mas além disso, não há a distinção de objetivos entre arbitragem e jurisdição estatal tal qual pregam os referidos autores. Primeiro,

³⁰ “Porém, como é evidente, não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional. Aliás, é até risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 175).

³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 175.

³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 179.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 178.

porque parece uma simplificação excessiva a dicotomia proposta entre a defesa de direitos fundamentais e o cumprimento da ordem constitucional, de um lado (o dos juízes), e a deliberação sobre meras questões patrimoniais de “classes sociais privilegiadas”, de outro (o dos árbitros).

Segundo, porque se revela mais consentâneo com a realidade atual a consideração de que o Estado estabelece políticas (de Estado, não meramente legislativas) para a oferta de meios variados de prestação dos serviços de justiça, bem como incentiva a adoção de outros métodos, seja por uma simples questão de ampliação do acesso à justiça, seja porque o Estado compreende que há diferentes meios para atender diferentes tipos de conflitos.

Não existem meios mais nobres ou menos nobres, mas sim uma oferta mais ampla, contemporânea a uma realidade muito mais complexa do que a da época em que tais construções teóricas foram desenvolvidas. A modificação dos paradigmas da sociedade, das relações humanas, sociais, econômicas e jurídicas impõe igualmente a modificação da compreensão a respeito do papel do Estado e, por via de consequência, da forma como se deve compreender o conjunto de atividades voltadas a realizar um dos objetivos do Estado, que é o da pacificação.³⁴

Tais objetivos são realizados pela atuação direta do Estado, mas também por métodos privados como a arbitragem. Compreende-se assim, e essa foi a tônica do julgamento do Supremo Tribunal Federal no já longínquo ano de 2001, que adotou o entendimento de que a arbitragem representa um mecanismo adicional de acesso à justiça, uma forma de complementar a oferta de serviços de natureza jurisdicional por parte do Estado. Essa modalidade de atividade jurisdicional não é prestada pelo Estado, mas é concebida, incentivada e controlada por ele, nos termos e limites da própria lei de arbitragem.³⁵

³⁴ Não por acaso, de forma precursora, já na primeira edição da sua obra de referência, Carlos Alberto Carmona afirmava que era preciso reformular o tradicional conceito de jurisdição, “para que se possa adequar a técnica à realidade”. E de forma visionária, ponderava que “certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita” (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 26).

³⁵ Invocando o art. 31 da Lei 9.307/1996 como argumento adicional e definitivo em prol da jurisdicionalidade da arbitragem, Gilberto Giusti pondera, com propriedade, que “a equivalência de efeitos entre a sentença arbitral e a sentença judicial certamente arrefeceu, conquanto não tenha eliminado, por completo, o debate sobre a função jurisdicional do árbitro. Atualmente, tem prevalecido o entendimento de que a

Em termos objetivos, ainda considerando apenas a legislação específica da arbitragem, temos um cenário em que (i) pactuada a convenção de arbitragem, as partes ficam a ela obrigadas, e o Poder Judiciário deixa de ter competência para examinar aquela controvérsia, (ii) instaurada a arbitragem, desenvolve-se uma relação jurídica processual, marcada por deveres, poderes, ônus, faculdades, necessariamente desenvolvida sob contraditório e em respeito aos princípios processuais de índole constitucional (sendo o devido processo legal como o princípio síntese), e (iii) cujo resultado final é denominado pela lei como uma sentença, que constitui título executivo judicial e que não está sujeita a revisão quanto ao mérito³⁶⁻³⁷ e (iv) que não exige qualquer chancela do Poder Judiciário para que produza seus efeitos.

Todo esse cenário revela, *data venia* do entendimento contrário, a natureza claramente jurisdicional da arbitragem, o seu enquadramento como atividade composta por um conjunto de parâmetros e garantias, cujo resultado final é a obtenção de decisão acerca do conflito, apta a produzir efeitos e adquirir a imutabilidade típicas das atividades jurisdicionais.³⁸

Como afirma Cândido Dinamarco, “o que há de fundamental é o reconhecimento da função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro”, daí porque o caráter jurisdicional é ínsito à própria arbitragem.³⁹

-
- arbitragem é mesmo jurisdicional, tanto assim que a sentença proferida pelo árbitro, ou árbitros, ao cabo de regular procedimento, é tão eficaz quanto a sentença emanada pelo Poder Judiciário. Não há como negar o exercício da jurisdição por parte de quem profere decisão dessa natureza e eficácia” (GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. II, p. 7-14).
- ³⁶ É de Barbosa Moreira a afirmação de que a escolha da expressão sentença foi proposital e pretendeu evidenciar a absoluta equiparação de efeitos entre a sentença estatal e a arbitral. La nuova legge brasiliana sull'arbitrato (*Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 283).
- ³⁷ E que produz coisa julgada material, em tudo idêntica à sentença estatal. Ver a respeito, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007. p. 129.
- ³⁸ Edoardo Ricci, estudioso da arbitragem brasileira, também reconheceu a natureza jurisdicional da arbitragem (Reflexões sobre o art. 33 da Lei de Arbitragem. *Lei de Arbitragem brasileira*: oito anos de reflexão: questões polêmicas. São Paulo: RT, 2004. p. 48).
- ³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 39. A respeito das correntes doutrinárias acerca da natureza da arbitragem, ver também Leonardo de Faria Beraldo, para quem o fato de o árbitro ter poderes para decidir sobre sua própria competência evidencia o caráter jurisdicional da arbitragem (*Curso de arbitragem*: nos termos da Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas,

É de Giovanni Bonato a afirmação de que “nos dias atuais, ninguém duvida da legitimidade da arbitragem e da possibilidade de a atividade jurisdicional ser desempenhada por particulares no âmbito da jurisdição (privada). Tanto na Europa quanto no Brasil a arbitragem floresceu na prática e se colocou ao lado do processo estatal como um meio adequado ou mais adequado de solução das controvérsias, chegando a ponto de se reconhecer a existência de um “imperativo vinculado ao seu [da arbitragem] desenvolvimento”.⁴⁰ Não obstante, em vista das peculiaridades do sistema italiano em matéria de arbitragem, o notável processualista italiano considera preferível falar em jurisdição privada para qualificar a atividade dos árbitros, ressaltando, desse modo, as peculiaridades da arbitragem em relação ao processo estatal.

4. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Um último argumento pode ainda ser invocado, relacionado à arbitragem internacional. Se o parâmetro que distingue a natureza jurisdicional da atividade é a presença ou não do Estado, a prestação da atividade por agentes estatais e sob o controle deste, não haveria qualquer possibilidade de se reconhecer eficácia de decisões proferidas por julgadores privados estrangeiros que, por definição, não estão submetidos a qualquer jurisdição específica.

Como afirma a doutrina, a sentença arbitral internacional possui “um estatuto jurídico específico de decisão jurisdicional internacional. Ele não se incorpora a nenhum sistema jurídico estatal, uma vez que emana de uma jurisdição que, por sua vez, não está integrada a nenhum sistema judiciário ou jurídico estatal”.⁴¹

A origem dos poderes atribuídos aos árbitros é puramente contratual, sob a consideração de que certos litígios não devem ser submetidos a uma jurisdição específica, por envolver interesses de partes situadas em lugares diferentes, sujeitas a ordenamentos jurídicos diversos e, muitas vezes,

2014. p. 2-4). No mesmo sentido, FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Novos temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: FGV, 2014. p. 26.

⁴⁰ BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 43, jul.-set. 2014, p. 70.

⁴¹ ANCEL, Jean-Pierre. A Corte de Cassação Francesa e a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 7, 2005, p. 45-57.

incompatíveis. Se o direito não cuidasse de regular o modo de aproximar tais partes, teríamos que renegar a própria existência do direito internacional, bem como do comércio internacional.

No âmbito de relações e do comércio internacional, é a convenção de arbitragem a fonte do poder jurisdicional dos árbitros, dela que se extraem os limites da atuação dos árbitros, a força obrigatória de suas ordens e decisões.⁴² Não há ligação ou vinculação a algum ordenamento jurídico específico e, não obstante, certos efeitos dessas decisões podem ser produzidos de forma imediata entre as partes, independentemente de homologação da decisão por qualquer sistema jurídico. Outros, ainda, notadamente os efeitos condenatórios, demandam um procedimento de reconhecimento e homologação da sentença arbitral estrangeira, que de toda forma não examinará as razões de mérito da decisão, mas se limitará a controles formais acerca da abrangência da convenção de arbitragem, da observância do devido processo legal e, de um modo geral, da regularidade formal da sentença arbitral estrangeira.⁴³

A Convenção de Nova Iorque para o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, instituiu um regime uniforme para favorecimento da circulação de tais decisões. Centenas de Estados aderiram à Convenção e incorporaram suas disposições aos respectivos ordenamentos jurídicos. Já em 1958, portanto, estavam colocadas as bases para se considerar obsoleto o conceito de jurisdição como atividade exclusivamente realizada pelo próprio Estado. No Brasil, a Lei de Arbitragem de 1996 encerrou em definitivo essa discussão.⁴⁴ A edição do novo Código de Processo Civil parece ter reacendido o debate em torno dos arts. 3º e 42. A questão a ser examinada no tópico seguinte é justamente se tais dispositivos significam, como entendem alguns autores, que o legislador reconheceu a natureza não jurisdicional da arbitragem, ou, em outra perspectiva, se representam mera explicitação dessa mesma natureza jurisdicional.

5. NOVO CPC. AFIRMAÇÃO OU NEGAÇÃO DA NATUREZA JURISDISSIONAL DA ARBITRAGEM?

Como é sabido, a arbitragem se desenvolveu enormemente no Brasil nas últimas duas décadas. A edição de moderna legislação, aliada ao

⁴² JESUS, Alfredo de. La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalization del arbitraje en America Latica. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, v. 19, 2008, p. 45-90.

⁴³ Em matéria de homologação de sentença estrangeira, remete-se o leitor à obra de Andre Abbud, *Homologação de sentença estrangeira*, São Paulo, Atlas.

⁴⁴ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 27.

desenvolvimento econômico do país, o crescimento do comércio internacional e um posicionamento maduro e favorável à arbitragem da doutrina e da jurisprudência brasileiras tornaram possível ao país “recuperar o tempo perdido”, colocando-se rapidamente no rol de praticantes de arbitragem, com relevante quantidade de casos.

O tema da arbitragem vem se desenvolvendo, estudos são formulados, revistas científicas, teses, grupo de estudos. As faculdades despertam (tardamente) para essa realidade, prevendo disciplinas a respeito da matéria. Tudo a compor um quadro em que a arbitragem é, já há algum tempo, um tema muito debatido.

Fruto desse cenário, a reforma da legislação processual também acabou por incluir diversos temas arbitrais. Desde o Anteprojeto do CPC, elaborado por uma comissão de juristas, dispositivos específicos foram contemplados. Com a edição da Lei 13.105/2015, alguns novos tópicos de discussão foram incorporados ao universo da arbitragem.

Nesse estudo, o foco da análise está nos arts. 3º e 42 do CPC, mas há outros temas igualmente abordados no capítulo II desta coletânea, como a carta arbitral, os poderes de urgência dos árbitros, a alegação da convenção de arbitragem como matéria preliminar à contestação etc.

Diz o art. 3º: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. E seu § 1º dispõe que: “É permitida a arbitragem, na forma da lei”. Por sua vez, determina o art. 42 que “As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

Editada a nova lei, alguns autores vêm propondo interpretações desses artigos no sentido de que eles consagram o caráter excepcional da arbitragem, que desses dispositivos se pode extrair a conclusão pela natureza meramente contratual do instituto, afastada a sua natureza jurisdicional.⁴⁵

⁴⁵ Como visto, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015. v. I, p. 174 e ss. Sob outra perspectiva, o processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, igualmente sustenta a natureza não jurisdicional da arbitragem. Segundo esse autor, é o próprio art. 3º, § 1º, que sugere tal aspecto porque, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, salvo a arbitragem, o Código parece ter consagrado o entendimento de que a arbitragem não é jurisdição. Em reforço, pondera que também o art. 42, que dispõe que as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, “ressalvado às partes o direito de instituir o juízo arbitral, na forma da lei” quer significar, uma vez mais, que a arbitragem configura um regime excepcional ao mecanismo jurisdicional típico, que é o processo estatal (*Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015. p. 46).

O § 1º do art. 3º contém, segundo essa perspectiva, uma exceção ao regime geral previsto no *caput*. O processo estatal, regulado pelo Código de Processo Civil, é a forma pela qual se materializa a jurisdição, competindo à lei, contudo, fazer a expressa ressalva de que outro método – a arbitragem – é admitida pelo ordenamento, embora não com a mesma natureza.⁴⁶

A interpretação do art. 3º do CPC/2015 deve ser feita no seu devido contexto. Primeiro, quanto ao contexto histórico e normativo em matéria de arbitragem, já visto nos tópicos anteriores. A disciplina legal acerca da arbitragem – objeto de lei especial – já era suficiente para permitir o reconhecimento dessa natureza jurisdicional, com todos os reflexos daí decorrentes.

O que o CPC/2015 fez, na realidade, foi tão somente reconhecer a jurisdicionalidade da arbitragem e reforçá-la, seja por disposições gerais e programáticas como o § 1º do art. 3º, seja com disposições que regulam aspectos específicos, que ampliam a relação entre o processo estatal e o processo arbitral, notadamente para facilitar a implementação deste (carta arbitral, reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, tutela de urgência etc.).

Segundo, quanto ao próprio contexto normativo do Código. As Normas Fundamentais do Processo Civil compõem o capítulo inicial do CPC, reúnem um conjunto de regras gerais, que repetem e reafirmam as diretrizes do processo civil constitucional.⁴⁷ Não obstante as críticas acerca da repetição de certas garantias constitucionais, fato é que o legislador pretendeu ser enfático (e didático) acerca da inserção das regras do processo civil na perspectiva das garantias fundamentais.

Ao tratar da inafastabilidade da jurisdição, o legislador infraconstitucional não cuidou de regular uma regra (*caput*) e suas exceções (parágrafos), mas sim de prever a regra geral e regular as formas de aplicação concreta daquela regra.⁴⁸ Nem poderia ser diferente, porque onde o legislador constitucional

⁴⁶ Em versão anterior do projeto, o art. 3º chegou a prever a arbitragem como uma ressalva à jurisdição estatal típica: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, *ressalvados* os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral na forma da lei”. Caso tivesse prevalecido tal redação, a discussão teria, em essência, os mesmos contornos, sendo igualmente possível afirmar o caráter jurisdicional da arbitragem, pois ele é extraído do ordenamento jurídico como um todo. De toda forma, a redação ao final adotada funciona como um argumento de reforço acerca da explicitação da jurisdicionalidade da arbitragem, e não o contrário.

⁴⁷ Para Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Melo, justamente por isso, tal regra é regra materialmente constitucional (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 58).

⁴⁸ Em sentido contrário, Cassio Scarpinella Bueno, que, não obstante aplaudir a iniciativa do legislador, considera que os parágrafos do art. 3º constituem exceções ao

não distinguiu ou excepcionou, não caberia ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Aliás, vale registrar que o *caput* do art. 3º determina que não se excluirá da apreciação *jurisdicional* lesão ou ameaça de direito, deliberadamente substituindo e atualizando o significado da expressão adotada na Constituição da República (apreciação do Poder Judiciário). Pode-se considerar em boa medida que a dicção do CPC/2015 consagra a “interpretação conforme” que já vem sendo feita ao art. 5º, XXXV, desde o histórico julgamento do Supremo Tribunal Federal, consagrando a constitucionalidade da lei de arbitragem.

Em linha com o que diz o texto constitucional, nessa interpretação mais adequada e moderna, o Código de Processo Civil dispõe que deve haver apreciação jurisdicional para toda e qualquer lesão ou ameaça de direito, mas não necessariamente pelo Poder Judiciário. E vai além, regulando no próprio dispositivo as demais formas como essa garantia poderá ser observada. Primeiro, por outro meio heterocompositivo, que é a arbitragem. Segundo, pela solução dos conflitos realizada pelas próprias partes, valendo-se das técnicas de mediação e de conciliação, reguladas e controladas pelo Estado e consideradas por ela como verdadeira política pública de administração da justiça.⁴⁹

A arbitragem, instituto já dotado de marco legal próprio e já consolidado no ordenamento jurídico brasileiro, passa a ser considerada jurisdicional não apenas pelo seu amplo conjunto de disposições da própria lei de arbitragem,

estabelecido no *caput*. “O *caput* do art. 3º traz à mente o art. 5º, XXXV, da CF, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça de direito. Trata-se do princípio do ‘acesso à Justiça’ ou da ‘inafastabilidade da jurisdição’, na perspectiva que ora interessa. As exceções feitas pelos parágrafos – da arbitragem e dos ‘meios alternativos de resolução de conflitos’ – são plenamente compatíveis com o referido princípio e devem ser – como, felizmente são – incentivadas pelas leis processuais civis e também pelo novo CPC. Prova segura da afirmação está na obrigatoriedade, como regra, de *audiência de conciliação ou de mediação* no procedimento comum (art. 334, *caput* e § 4º, I)” (*Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1, p. 43).

⁴⁹ Para Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, “parece bastante óbvio que a solução consensual dos litígios é, de longe, a melhor forma de pacificação social, ao tempo em que assegura uma rápida solução do conflito, com o menor custo e satisfação para ambas as partes. Por que não empregar os melhores esforços e investimentos nesta área? Qualquer administrador, minimamente competente, que tivesse a responsabilidade, inclusive financeira, de administrar a justiça, elegeria o conciliador ou o mediador como um dos mais importantes de seus colaboradores ou funcionários” (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2015. p. 65-66).

mas também pelo Código de Processo Civil e até mesmo pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), na qual são previstas regras que disciplinam a relação entre tais métodos de solução das controvérsias.

Relembre-se, uma vez mais, que o desenvolvimento do processo arbitral se faz com diversas garantias processuais, como o contraditório, a igualdade entre as partes, a imparcialidade dos árbitros, que se exige uma decisão fundamentada, e que os conflitos trazidos ao processo arbitral são relacionados, necessariamente, a direitos patrimoniais disponíveis, entre partes capazes.

Não há aqui qualquer ameaça ou violação à garantia da inafastabilidade da jurisdição, pois essa se dirige ao Estado, que não pode editar leis que restrinjam o acesso à justiça (a lei não excluirá...) nem negar a prestação da tutela jurisdicional quando provocado.⁵⁰ A arbitragem constitui, assim, um método adicional de prestação de tutela jurisdicional, exclusivamente à escolha da parte.

A maior novidade do CPC/2015 não é propriamente a consagração e o reconhecimento deste status à arbitragem, mas a colocação da mediação e da conciliação como métodos que podem igualmente conduzir aos resultados de pacificação social que compõem o objetivo magno da própria Jurisdição. Bem por isso, a lei expressamente incentiva juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a adotar e estimular tais métodos.⁵¹

A previsão do juízo arbitral está também contemplada no art. 42 do CPC/2015, segundo o qual “as causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei”.

Diferentemente do art. 3º, que contempla dispositivo novo, o art. 42 não representa novidade alguma no plano legal. Seu antecessor correspondente era

⁵⁰ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro complementa que a inafastabilidade da jurisdição não se exclui de forma absoluta na arbitragem, pois se manifesta através da ação anulatória da sentença arbitral, cabível, excepcionalmente, nas hipóteses indicadas no art. 33 e seus incisos, bem como pela possibilidade de recorrer ao Judiciário para obter medidas antecipatórias antecedentes ao procedimento arbitral (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier et al. São Paulo: RT, 2015. p. 64).

⁵¹ Por essa razão, Teresa Arruda Alvim Wambier, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogério Licastro Torres de Melo afirmam: “Fazendo a própria lei referência expressa a este dever do juiz, fica definitivamente afastada a opinião no sentido de que incentivar as partes a optar por outro caminho que não o da Jurisdição Estatal seria denegar a justiça” (*Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015. p. 60).

o art. 86 do CPC/1973 (“Art. 86. As causas cíveis serão processadas e decididas, ou simplesmente decididas, pelos órgãos jurisdicionais, nos limites de sua competência, ressalvada às partes a faculdade de instituírem juízo arbitral”).⁵²

O dispositivo se insere no Capítulo relativo à competência judicial, é o artigo que abre o extenso conjunto de normas regulando a distribuição da competência das causas cíveis, com base em critérios de natureza absoluta (competência funcional, material) ou relativa (territorial e em razão do valor). Este conjunto de dispositivos é previsto para organizar a divisão de trabalho entre os juízos cíveis, considerando as características mais gerais da organização do Poder Judiciário no país.

A ressalva ao final do dispositivo, que assegura às partes a possibilidade de instituir juízo arbitral, tem o objetivo de reforçar a ideia de que nem toda controvérsia deve ser submetida ao Poder Judiciário. Não se trata de inserir os órgãos arbitrais na estrutura do Judiciário, ou de sugerir que regras semelhantes devam ser aplicadas também na arbitragem. O foco da lei é, em certa medida, até redundante, pois, ainda que nada fosse dito acerca desse direito de instituir o juízo arbitral, ele não deixaria de existir.

O que fez o CPC/2015 de diferente é esclarecer que a instituição do juízo arbitral, naquelas hipóteses em que tenha havido convenção de arbitragem, é um direito da parte, não mera faculdade. Celebrado contrato que contenha cláusula compromissória, ou firmado o compromisso arbitral, surge entre as partes um pacto de eficácia plena, vinculante, que gera o direito a quem pretender instituir a arbitragem, e o correspondente dever da parte contrária de submeter-se ao juízo arbitral.⁵³

⁵² Para Salomão Viana, “O enunciado do art. 42 do CPC/2015 cumpre, na essência, a mesma função política do enunciado do art. 86 do CPC/1973: por meio dele resta assentado (i) que os órgãos julgadores integrantes do Poder Judiciário somente podem exercer a atividade jurisdicional nos limites que lhes forem impostos pelas normas que estabelecem a sua competência e (ii) que as partes, desde que atendidas as exigências legais, têm o direito de se valer da arbitragem para resolver o conflito de interesses em que se envolveram” (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2015. comentários ao art. 42, p. 152-153).

⁵³ Ainda segundo Salomão Viana, “A dualidade *direito-dever* é, pois, clara. E como *faculdade* implica liberdade de agir sem que exista, de outro lado, um sujeito a quem é imposto um dever, no caso da arbitragem o que há, sem dúvidas, é um *direito*, e não uma *faculdade* (*Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2015. comentários ao art. 42, p. 153).

A contratação da arbitragem é facultativa, sem dúvida. Possível àqueles dotados de plena capacidade para contratar, cujo objeto seja um negócio jurídico envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Caso as partes façam tal escolha, celebrando convenção de arbitragem, a partir de então estarão obrigadas ao que pactuaram, não podendo se furtrar à instituição do juízo arbitral unilateralmente. É nesse sentido que a expressão adotada pelo CPC/2015, sobre o direito de instituir juízo arbitral, revela-se mais adequada do que o seu correspondente anterior, “faculdade de instituir juízo arbitral”.

Mas não se estabelece um regime excepcional à competência judicial, porque a escolha da arbitragem implica excluir a jurisdição estatal, substituída que é pela jurisdição arbitral. E como se sabe, as regras de competência são estabelecidas para uma partilha de trabalho entre autoridades que possuam jurisdição. O que a arbitragem exclui, portanto, é a própria jurisdição do juiz togado, e não meramente sua competência. Porque foi pactuado submeter o eventual litígio ao juízo arbitral, não se fala mais em juiz competente, ou nos critérios de distribuição da competência entre diferentes juízos.

No âmbito interno e específico da arbitragem, não há lugar para tais regras. Nesse aspecto reside uma das relevantes diferenças entre o processo estatal e o arbitral, pois a competência é um dos tantos institutos que têm aplicação apenas no âmbito do processo estatal, sem qualquer paralelo no processo arbitral. O árbitro competente será aquele escolhido pelas partes, segundo os parâmetros de seu contrato, do regulamento da câmara que escolheram. O local da arbitragem, igualmente, será aquele escolhido pelas partes, de quem se exige, na verdade, apenas que determinem o local onde a sentença será proferida (para se aferir a qualidade de sentença nacional ou estrangeira, art. 34, parágrafo único, da Lei de Arbitragem).

6. EFEITOS CONCRETOS DA DISCUSSÃO

A consideração a respeito da natureza jurisdicional da arbitragem possui diversos reflexos práticos. O Código de Processo Civil amplia o universo de temas em matéria de arbitragem que regula, de forma complementar à própria lei específica.

Assim, além de sua inclusão como uma modalidade de atividade jurisdicional, no art. 3º, § 1º, e da previsão genérica de que o juízo arbitral não se sujeita às regras de competência que são próprias do processo estatal, podemos considerar algumas outras manifestações dessa jurisdicionalidade, levando em conta, porém, as diferenças existentes entre o processo estatal e o processo arbitral.

Reconhecer a natureza jurisdicional da arbitragem e a inserção do processo arbitral na teoria geral do processo não significa dizer que a mesma dinâmica e o mesmo conjunto de regras processuais seja aplicado à arbitragem.⁵⁴ Ao contrário. Como sistema jurídico autônomo que é, o processo arbitral possui princípios próprios, regras próprias e se desenvolve segundo ditames outros, que de um modo geral não devem ser buscados na legislação processual civil.⁵⁵

Como a arbitragem compõe um método privado de resolução de controvérsias, que tem origem contratual e tem por fundamento a autonomia da vontade, é fácil perceber que, não obstante a identidade de objetivos com a jurisdição estatal típica (aplicação do direito ao caso concreto, pacificação social pela eliminação dos conflitos), ela tem pressupostos diversos, com grande ênfase na liberdade das partes.⁵⁶

Há muitos aspectos nesse paralelo entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral que podem ser abordados. Neste estudo, como forma de ilustrar a forma como se inter-relacionam esses sistemas, mencionaremos brevemente três deles.

6.1 Conflito de competência

Se a arbitragem é jurisdicional, é cabível o Conflito de Competência para solucionar dúvidas quanto à competência de diferentes órgãos arbitrais? E quanto a potencial conflito entre um órgão arbitral e um judicial?

⁵⁴ A esse respeito, veja-se a obra de Cândido Dinamarco, em que se explicita, com a costumeira propriedade, a colocação do processo arbitral dentro da teoria geral do processo. Segundo Dinamarco, é essencial, antes de se observar a arbitragem enquanto uma peculiaridade, observar como ela existe dentro da sistemática da teoria geral do processo. Ignorar essa análise ou negá-la, como fazem alguns arbitralistas, seria afirmar que o instituto existe isoladamente; afirmação que escancara uma tendência acientífica, não compreendendo que a totalidade da ciência do direito processual precisa se basear em princípios coerentes e harmoniosos entre si (segurança jurídica e *due process*, em relevo). Ainda, o legislador submete tanto o procedimento arbitral quanto o estatal aos mesmos ditames do direito processual constitucional (contraditório, paridade de armas, imparcialidade, livre convencimento), sem, contudo, desconsiderar as diferentes naturezas dos fenômenos. Compreende ambos como processo, ou exercício de jurisdição (*A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 16-17).

⁵⁵ Ver, a propósito, a obra de Eduardo de Albuquerque Parente (*Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012, em especial o capítulo 2).

⁵⁶ PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 94 e ss.

O tema apresenta diversas nuances e tem sido objeto de alguns estudos.⁵⁷ Entre os pontos principais, está a consideração sobre a utilização do mecanismo processual para dirimir possíveis dúvidas acerca da competência de órgãos que não integram a estrutura do Poder Judiciário, como é o caso dos árbitros e dos tribunais arbitrais (que só podem ser considerados como “órgãos” no intervalo de tempo entre a instauração da arbitragem e o julgamento da causa).

Sem pretender minimizar as discussões a respeito do tema, parece-me que a diferença de origem e da forma como se desenvolvem os processos arbitrais e estatais é argumento já suficiente para se identificar a impropriedade de se adaptar uma solução que é típica do processo estatal. Conforme se desenvolve a arbitragem, fala-se cada vez mais nos riscos de “processualização” da arbitragem, e o Conflito de Competência é exemplo típico.

Os órgãos arbitrais não integram a estrutura do Poder Judiciário. Sua submissão a decisões dos tribunais para se determinar qual o órgão competente para tramitar e julgar uma causa revela solução que contraria o sistema da lei de arbitragem, na qual se estabelecem importantes regras como a da competência-competência, bem como da possibilidade de controle posterior do Poder Judiciário a respeito da higidez e validade do processo arbitral.

Da doutrina internacional, vale trazer a lição de Emmanuel Gaillard, justamente a propósito do efeito negativo da competência-competência, que representa a solução adotada pelas legislações arbitrais em geral para contornar inúmeros problemas.

“As razões são pragmáticas: impedir à parte desinteressada no trâmite normal da arbitragem a criação de incidentes em torno da existência ou da validade da convenção de arbitragem, para, em seguida, invocá-los perante Cortes estatais, com o fito de obter decisão judicial liminar que ordene a suspensão da instância arbitral até a decisão final da matéria. Tal competência constitui importante instrumento de combate a manobras protelatórias sem, contudo, sacrificar o interesse de partes eventualmente envolvidas em arbitragem fundamentada em convenção inexistente, nula ou não condizente com a matéria em litígio”.⁵⁸

⁵⁷ LADEIRA, Ana Clara Viola. Conflito de competência em matéria de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem – RBA*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 41, 2014, p. 42-67. Em sentido contrário, admitindo o Conflito de Competência, WALD, Arnoldo. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Cabimento. Competência constitucional. (Art. 105, I, *d*, da CF/1988) e legal (art. 115, I, do CPC) do STJ para resolvê-lo. Decisão majoritária que consolida a jurisprudência na matéria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 40, jan.-mar. 2014, p. 351-383.

⁵⁸ GAILLARD, Emmanuel. Efeito negativo da competência-competência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 24, 2009, p. 219-233.

Também na legislação brasileira as hipóteses de interferência judicial antes ou durante a demanda arbitral são de todo excepcionais. Seja como for, o controle do órgão competente não parece estar entre as possibilidades contempladas no sistema.

De fato, como visto no item anterior, o processo arbitral não se sujeita às regras de competência fixadas no Código de Processo Civil, nem os “órgãos arbitrais” podem ser considerados como órgãos judicantes para fins de enquadramento nas hipóteses de cabimento do Conflito de Competência, seja perante o Superior Tribunal de Justiça, seja perante os tribunais locais.⁵⁹

Abre-se, com tais cogitações, o flanco para impugnações judiciais ao desenvolvimento do processo arbitral, o que representa perigosíssimo elemento, capaz de retirar as vantagens do método e, por consequência, gerar o seu desprestígio.

6.2 É cabível mandado de segurança contra decisão dos árbitros?

Outro ponto de grande interesse e debatido em doutrina diz respeito à possibilidade de se impetrar mandado de segurança em face de decisões dos árbitros. De um lado, atentos ao fato de que a aptidão que a sentença arbitral possui para produzir efeitos imediatos, em tudo equivalentes às decisões estatais, alguns autores sustentam o cabimento excepcional dessa medida.

Em seu recente estudo específico sobre a arbitragem, Candido Dinamarco sustenta essa possibilidade, em situações de absoluta excepcionalidade, em

⁵⁹ Essa é a opinião de Eduardo de Albuquerque Parente, em recente comentário a decisão do STJ a respeito do tema. Para o autor, “o primeiro aspecto da decisão diz respeito a princípio caro à arbitragem, o conhecido competência-competência (Lei nº 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único). Por ele se costuma dizer que o Judiciário não pode, seja a que título for, imiscuir-se em decisões dos árbitros quando o procedimento arbitral estiver em curso. Essa lógica deve se aplicar, por dever de coerência, mesmo que o pretexto da intervenção judicial for de sanar eventual ‘conflito de competência’ para determinar se o árbitro ou o juiz togado deve julgar certa causa. O destinatário da norma não é relevante aqui, vale dizer, ela incide tanto para o juiz de primeiro grau quanto para o Ministro do Superior Tribunal de Justiça ou Supremo Tribunal Federal. É a eles vedado dizer sobre o conteúdo da convenção a priori, especialmente no tocante ao aspecto que desenha a competência do árbitro de plano, quando em curso a arbitragem. Trata-se de viga mestra do instituto da arbitragem, proteção sem a qual se passa a ter como risco destrutivo iminente todo e qualquer “incidente” judicial criado no curso de um procedimento arbitral, voltado a questionar a atuação do árbitro. Podem-se imaginar poucos expedientes tão nocivos ao instituto da arbitragem como este” (Jurisprudência estatal comentada. *Revista Brasileira de Arbitragem – RBA*, v. 47, p. 131).

virtude da “função desenganadamente pública, que é a jurisdição” exercida pelos árbitros, que se resolve em um exercício de poder.⁶⁰

Na mesma linha, Leonardo de Faria Beraldo considera que, não obstante o árbitro e a câmara de arbitragem não se enquadrarem no conceito de autoridade coatora, o que permitiria concluir não ser cabível o mandado de segurança, é, ainda assim,

“Preciso deixar uma porta aberta, ao Judiciário, para aqueles casos comumente denominados de teratológicos. Essa válvula de escape, que deve ser vista como forma de freios e contrapesos, é até salutar para o instituto da arbitragem. Realmente não seria seguro ter uma jurisdição em que o seu julgador pudesse proferir a decisão que bem entendesse e o jurisdicionado não tivesse como reagir.”⁶¹

De outro lado, há estudos que rejeitam tal possibilidade, por diversos argumentos. Em essência, porque, não obstante desempenhe momentaneamente função de natureza jurisdicional, o árbitro, nem por isso, se torna agente ou delegatário estatal; não sendo um agente estatal ou uma autoridade, a ele não se pode aplicar disciplina legal específica dessa qualidade de pessoas.⁶² De fato, não há delegação do Poder Público para a atividade arbitral, mas escolha das partes, derivada da sua autonomia da vontade. Acresça-se que a lei de arbitragem só equipara o árbitro aos funcionários públicos em uma única situação, que é a responsabilidade penal, durante o período da investidura (LARb, art. 17). Assim, com razão Paulo Osternack Amaral, para quem “o árbitro ou o tribunal arbitral não são agentes públicos, não fazem parte do Estado, tampouco atuam como agentes estatais.”⁶³

Há inúmeras situações que, em tese, representam violações a direitos que podem ser considerados líquidos e certos. Mas o mandado de segurança não é um remédio de aplicação geral, para coibir tais violações.

⁶⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. n. 91, p. 235.

⁶¹ BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 652. Sobre o tema, ver também WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v 13, 2007, p. 14-15.

⁶² WLADECK, Felipe Sripes. *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013, p. 364-371.

⁶³ AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 187.

Ele possui uma ulterior restrição, já que apenas os direitos líquidos e certos que sejam violados por autoridades públicas podem ser tutelados pela ação do mandado de segurança. No sistema do processo arbitral, o mecanismo de controle das decisões arbitrais se faz de outras formas. A tentativa de trazer para o plano do processo arbitral os mesmos mecanismos de tutela e de controle próprios do processo estatal não se compatibiliza com os fundamentos do processo arbitral, que possui conjunto próprio de princípios, regras e mecanismos de controle. Ademais, revela, como já visto, um risco de excessiva “processualização” da arbitragem, em movimento que traria muito mais desvantagens do que vantagens.

É ainda Paulo Osternack Amaral que nos traz dois outros argumentos muito relevantes nessa discussão. Primeiro, que a admissibilidade do mandado de segurança para impugnar decisões interlocutórias arbitrais “pode ter o efeito permitir que o Poder Judiciário revise o conteúdo de uma decisão arbitral – o que constitui premissa contrária à sustentada pela doutrina e jurisprudência amplamente majoritárias”. Segundo, que, no sistema do processo arbitral, a irrecorribilidade é inerente às decisões interlocutórias, inclusive as de natureza urgente.

“Logo, uma interpretação apressada poderia conduzir à conclusão de que, como não há mecanismo recursal idôneo para impugnar decisão arbitral (a rigor, não há qualquer mecanismo recursal), seria admissível a impetração do writ contra qualquer decisão proferida no curso da arbitragem”, concluindo o autor que, “evidentemente que essa interpretação não se sustenta”.⁶⁴

Os mecanismos de controle judicial da arbitragem existem, mas nenhum deles envolve a revisão das decisões quanto ao seu mérito. Ainda que fosse possível cogitar da equiparação do árbitro a um juiz togado, integrante da estrutura do Poder Judiciário, ainda que se pudesse admitir que seu ato pudesse ser considerado um ato coator, restaria a dificuldade final, que é a de superar a vedação legal ao reexame do mérito das decisões arbitrais.

No Brasil, há um precedente a respeito do cabimento do mandado de segurança contra ato de um tribunal arbitral. Como já tivemos oportunidade de examinar brevemente o caso, cuidou-se de mandado de segurança impetrado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, para atacar ato do tribunal arbitral que indeferiu a produção da prova pericial de engenharia e restringiu a apuração do valor da condenação do Metrô à perícia contábil.

⁶⁴ Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI118417,11049-Mandado+de+seguranca+contra+decisoes+arbitrais+inviabilidade>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

Ao deferir a liminar, a Fazenda Pública de São Paulo acabou examinando as razões pelas quais o tribunal entendeu que a prova em questão era desnecessária. Tal exame, contudo, foi feito mediante a consideração dos fatos da causa, das alegações das partes e de suas razões relacionadas ao pleito indenizatório então sob discussão. Todos esses aspectos dizem respeito ao mérito da controvérsia, cujo exame compete exclusivamente aos árbitros.

Assim, se a revisão do mérito da decisão arbitral não é admitida nem mesmo pelos mecanismos de controle contemplados na lei, com muito maior razão deve ser afastada a possibilidade de se realizar tal controle por um outro meio, idealizado para coibir a prática de atos abusivos por autoridades públicas, e que por interpretação extensiva se aplica também a determinadas (e restritas) hipóteses de atos judiciais.⁶⁵

Por fim, é preciso reconhecer, na linha do que conclui Eduardo Parente, que assumir a premissa de que um tribunal arbitral possa ser considerado ou equiparado a um órgão judicial significa aceitar, necessariamente, diversas consequências que, em seu conjunto, representariam, possivelmente, a definitiva processualização da arbitragem (e a eliminação de muitas das suas vantagens, quando comparadas ao processo estatal).⁶⁶

⁶⁵ Naquele estudo, complemento as ideias aqui desenvolvidas afirmando que: “Poderíamos dizer que em um mundo ideal, a decisão do Tribunal de Justiça teria indeferido a ação pela consideração de ser incabível mandado de segurança contra qualquer decisão proferida por juízo arbitral ou, ao menos, ser ele incabível se a decisão pode ser atacada por meio próprio (a ação anulatória). O Tribunal não fez tais distinções, incidentalmente admitiu o mandado de segurança, mas negou provimento ao agravo de instrumento por considerar que, concretamente falando, a decisão arbitral não havia violado qualquer direito do impetrante e que a prerrogativa de examinar as provas cabíveis ou não é exclusivamente dos árbitros. Nesta medida, e apenas nesta medida, a decisão pode ser elogiada, pois não houve invasão de aspectos de mérito nem qualquer interferência do juízo estatal sobre o juízo arbitral” (APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? *Revista Brasileira de Arbitragem – RBA*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & Kluwer Law International 2015, v. 45, jan.-mar. 2015, p. 78).

⁶⁶ Segundo Eduardo Parente, por dever de coerência, deveria então ser admissível (i) conflito de competência, (ii) mandado de segurança, (iii) reclamação constitucional e até mesmo a interposição de recursos extraordinários. Nas suas palavras, “situações absurdas, discutidas, rediscutidas e repugnadas pela comunidade arbitral nacional e internacional há anos. Em suma, *em termos de competência, ou é ou não é*. Ou o STJ é competente para o conflito entre árbitro e juiz, e assim também o será para todo o restante por mera aplicação lógica de regra e competência funcional constitucional, ou não é competente para nada disso. A competência absoluta não

7. CONCLUSÕES

Como visto, a discussão sobre a natureza jurisdicional da arbitragem preserva sua atualidade. Não mais em função de resistências no reconhecimento da autoridade e da competência dos árbitros para conhecer de determinadas causas, ou mesmo para proferir decisões de natureza emergencial, para acautelar o resultado útil do processo ou antecipar a fruição dos direitos objeto do litígio. Tais questões integraram o grupo de preocupações dos estudiosos por muito tempo, antes e depois da edição da Lei Brasileira de Arbitragem.

O panorama que se estabelece agora é o da consolidação e do desenvolvimento da arbitragem, para o qual surgem novos desafios. Em relação à discussão sobre a natureza jurisdicional e as consequentes comparações entre a atividade do juiz e a do árbitro, a preocupação atual é a de evitar a incorporação ao processo arbitral de diversos institutos e técnicas processuais que só podem ter aplicação no âmbito do processo judicial, pois é para ele que aquelas regras foram concebidas, é na estrutura de uma organização judiciária que certos temas podem ter aplicação.

A tentativa de resolver inúmeros (e relevantes) problemas próprios do processo arbitral mediante a adoção e a importação de soluções processuais revela-se equivocada, cientificamente imprópria e perigosa em termos práticos. No estágio atual de desenvolvimento do processo arbitral, tudo que se deve evitar é trazer para ele os problemas e as perplexidades próprios do processo estatal. A solução dos problemas do processo arbitral deve ser buscada em seu próprio conjunto de regras e, acima de tudo, em seus princípios fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: RT, 2013.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

pode ser objeto de disposição ou eleição, ou seja, ser o STJ competente apenas para o que convém em determinado caso concreto” (Jurisprudência estatal comentada. *Revista Brasileira de Arbitragem – RBA*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & Kluwer Law International 2015, v. 47, p. 135).

- ANCEL, Jean-Pierre. A Corte de Cassação Francesa e a arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 7, p. 45-57, 2005.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Aspectos contratuais da cláusula compromissória. *Revista do Advogado*, AASP, ano XXXII, n. 116, p. 174-192, jul. 2012.
- _____. O controle judicial sobre a limitação à produção probatória determinada pelos árbitros. Violação ao devido processo legal ou revisão indevida do mérito? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & Kluwer Law International 2015, v. 45, p. 58-81, jan.-mar. 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual*: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de arbitragem*: nos termos da Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2014.
- BONATO, Giovanni. Panorama da arbitragem na França e na Itália. Perspectiva de direito comparado com o sistema brasileiro. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 43, p. 59-92, jul.-set. 2014.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei n. 9.307/96. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. 2. ed. Nápoles: Jovene, 1923.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v. III.
- _____. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Novos temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: FGV, 2014.
- GAILLARD, Emmanuel. Efeito negativo da competência-competência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 24, p. 219-233, 2009.
- GIUSTI, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 5, p. 7-14, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

- JESUS, Alfredo de. La autonomia del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalization del arbitraje en America Latina. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 19, p. 45-90, 2008.
- LADEIRA, Ana Clara Viola. Conflito de competência em matéria de arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem – RBA*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & IOB, v. 41, p. 42-67, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: RT, 2015.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- MORTARA, Lodovico. *Commentario del código e dele leggi di procedura civile*. 5. ed. Milão: Vallardi, 1923.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Método, 2015.
- PARENTE, Eduardo. Jurisprudência estatal comentada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBar & Kluwer Law International 2015, v. 47, p. 125-137.
- _____. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.
- RICCI, Edoardo. *Lei de Arbitragem brasileira: oito anos de reflexão: questões polêmicas*. São Paulo: RT, 2004.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2007.
- _____; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.
- VON BÜLOW, Oskar. *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias*. Campinas: LZN, 2005.
- WALD, Arnaldo. Conflito de competência entre o Poder Judiciário e o Tribunal Arbitral. Cabimento. Competência constitucional. (Art. 105, I, d, da CF/1988) e legal (art. 115, I, do CPC) do STJ para resolvê-lo. Decisão majoritária que consolida a jurisprudência na matéria. *Revista de Arbitragem e Mediação*, RT, v. 40, p. 351-383, 2014.
- _____; FONSECA, Rodrigo Garcia da. O mandado de segurança e a arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo: RT, v. 13, p. 11-15, 2007.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier *et al.* São Paulo: RT, 2015.

- _____. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2015.
- WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille (org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.
- WLADECK, Felipe Sripes. *Meios de controle judicial da sentença arbitral nacional*. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2013.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 8.

