

ORGANIZADORES

Francisco José Cahali
Thiago Rodovalho
Alexandre Freire

ARBITRAGEM

ESTUDOS SOBRE A LEI N. 13.129, DE 26-5-2015

Alexandre Freire • Ana Carolina Dall'Agnol • Ana Gerdau de Borja • Ana Lúcia Pereira • Ana Tereza Basilio • André Chateaubriand Martins • Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy • Arnaldo Wald • Arruda Alvim • Daniel Bushatsky • Diogo L. Machado de Melo • Eduardo Silva da Silva • Elias Marques de Medeiros Neto • Fábio Zech Sylvestre • Fernanda Rocha Lourenço Levy • Flaviana Bissoli • Flávio Luiz Yarshell • Francisco José Cahali • Fredie Didier Jr. • Heitor Vitor Mendonça Sica • José Luiz de Almeida Simão • José Miguel Júdice • Júlia Schledorn de Camargo • Leandro Aragão • Leandro Tripodi • Lucas Britto Mejias • Luis Fernando Guerrero • Marcelo Barbosa Araújo • Marcelo Fonseca Santos • Marcus Valverde • Maristela Basso • Mauro Cunha Azevedo Neto • Nathalia Mazzone • Paulo Magalhães Nasser • Paulo Osternack Amaral • Pedro C. de Castro e Martini • Pérsio Thomaz Ferreira Rosa • Rachel Sztajn • Sérgio Luiz de Almeida Ribeiro • Thiago Marinho Nunes • Tiago Asfor Rocha Lima • Thiago Rodovalho • Vera Cecília Monteiro de Barros

 **Editora
Saraiva**

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A FINALIDADE DA JURISDIÇÃO

Contemporaneamente, o acesso à justiça não pode ser entendido como simples acesso ao Judiciário, abrangendo também outras formas de solução de conflitos, tanto adjudicatórias como autocompositivas. Mais que isso, o acesso à justiça deve buscar o método de resolução adequado para cada tipo de conflito, o que é determinado pela espécie de direito versado e por aspectos pertinentes à própria relação entre as partes.

Por isso, a função jurisdicional, comumente definida como aquela de “dizer o direito no processo de conhecimento e, quando necessário, realizá-lo coativamente (processo de execução)”¹, deve, atualmente, ser compreendida de maneira mais ampla que a simples formulação da norma jurídica concreta a partir da lei abstrata. Não se pretende, com esta afirmação, refutar a concepção de Chiovenda, pois a jurisdição visa, de fato, aplicar e realizar o direito². Apenas se intenta demonstrar que a aplicação do direito ao caso é feita por um processo mais complexo que a mera subsunção da lei abstrata e geral ao caso concreto³.

* Professor Titular da PUCSP, no Mestrado e Doutorado. Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília e Porto Alegre.

1 Essa a definição que adotamos, em linhas gerais, em nosso *Manual de direito processual civil*, 16. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, primeira parte, capítulo IV, item 50.

2 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, 2. ed. Trad. G. Menegale, São Paulo: Saraiva, 1965, v. 2, § 19, n. 140, p. 11.

3 Há uma *tendência* do direito contemporâneo, com particular reflexo na atividade jurisdicional, de se entender que tarefa dos juizes não mais constitui, exclusivamente, a de aplicar a lei dedutivamente [entenda-se isto como pura e simples “subsunção *do fato à norma*/dedução *do comando normativo*”]. A recomendação doutrinária enfatizada aos juizes, acompanhada dos valores que presidem nos dias correntes a aplicação do direito, é a de que

Nesse ponto, estamos de pleno acordo com a afirmação de Montero Aroca de que, no processo civil, a função jurisdicional deve centrar-se em que o julgador é o último garante dos direitos que o ordenamento jurídico confere ao indivíduo, com ênfase para os direitos fundamentais⁴. Apenas acrescentamos a observação de que o juiz, no processo civil, é garantidor, além dos direitos individuais, também dos direitos fundamentais de natureza coletiva, pública e social. Parece-nos que, observada a complexidade dos direitos fundamentais, com todas as particularidades trazidas por possíveis conflitos normativos e valorativos, a ideia de que a função da jurisdição seja o reconhecimento e a atuação do direito não se distancia, ao contrário do que possa parecer, da noção de jurisdição como garantidora dos direitos fundamentais⁵.

À luz de tal finalidade, deve-se indagar se o Estado-juiz seria o único sujeito apto a titularizar esta função e, ainda, se a arbitragem – tal como regulada atualmente – estaria incluída nos objetivos da jurisdição.

Sabe-se que a via arbitral será sempre mais adequada quanto maior for interesse das partes em dirimir o conflito de maneira eficiente, com o fim de dar continuidade à relação jurídica existente entre elas. Isso ocorre, muito frequentemente, em litígios entre sociedades comerciais, cujas relações são continuadas e onde há interesse em que as divergências sejam solucionadas por um *expert* de maneira a permitir o rápido prosseguimento das atividades econômicas praticadas.

Nesse ponto, o instituto não se distancia do processo judicial, eis que cumpre o mesmo objetivo jurisdicional, iluminado pelo objetivo de tutelar direitos e solucionar conflitos, na perspectiva contemporânea do acesso à justiça.

Ademais, a utilização da via arbitral pode prestar-se a contribuir, em parte, com a solução da crise do Judiciário atribuída ao excesso de causas em trâmite perante este órgão.

Por estas razões, costuma-se identificar a arbitragem como equivalente jurisdicional ou, ainda, como um instrumento – tal como o processo judicial – para o exercício da jurisdição.

procedam à perquirição do valor de Justiça subjacente às normas (ainda que em relação às normas minuciosas ou com muitos elementos definitórios isto compreensivelmente se faça em menor escala) e, em aplicando-as, haverão de realizar esse valor [às vezes “quase que apesar da norma”]. V. ALLEN, Carleton Kemp. *Law in the making*. 5. ed., Oxford: Clarendon Press, 1951, p. 227, onde diz que os juizes hão de atentar para os princípios da razão, da moralidade e da utilidade social, os quais são a fonte básica, não só no direito inglês como também em todas as leis.

4 MONTERO AROCA, Juan. *La prueba en el proceso civil*. Navarra: Thomson Civitas, 2005, 4. ed., Cap. I, p. 44.

5 Sobre a jurisdição como garantidora de direitos fundamentais, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Constitucional. Disponível em: <www.bdjur.stj.gov.br>.

O presente artigo analisará, justamente, a natureza jurisdicional ou não da arbitragem, sob o enfoque da finalidade e características do instituto, e à luz da concepção mais moderna de jurisdição.

2. AS CARACTERÍSTICAS DA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A função jurisdicional é de índole substitutiva, destinada a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-juiz, sob a forma e na medida da lide. Deverá este juiz afirmar, sentenciando, a existência de uma vontade concreta da lei⁶, favoravelmente àquela parte que seja merecedora da proteção jurídica. Para que seja realizada com eficácia imutável, essa prestação jurisdicional, que soluciona a lide, terá que ter validade absoluta, porquanto, se não a tivesse, ainda, e de certa forma, perduraria o conflito e não teria havido substitutividade.

Desta forma, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre, em regra, é a substituição de uma atividade/vontade privada por uma atividade pública, que é a “vontade da lei” a imperar⁷⁻⁸. Ainda, para aqueles que, como nós, estão convencidos pela natureza jurisdicional da arbitragem, esta substitutividade pode decorrer da atividade privada da lei à luz do entendimento do árbitro.

Observe-se, todavia, para que tal substituição ocorra com eficácia imutável, como dissemos, necessário se faz que uma qualidade seja agregada a essa atividade substitutiva, ou seja, mais precisamente, que se some à autoridade da solução a qualidade de imutabilidade da própria sentença, na sua parte decisória. O que caracteriza, na quase totalidade dos casos, verdadeiramente essa função da sentença – enquanto síntese da atividade jurisdicional, e, tendo em vista a parte dispositiva da sentença – é a autoridade da coisa julgada⁹⁻¹⁰.

6 Sem embargo das ressalvas feitas na introdução deste trabalho, pois, como dissemos, as expressões “atuação do direito” ou da “vontade concreta da lei” devem ser interpretadas, na atualidade, na perspectiva dos direitos fundamentais.

7 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Trad. G. Menegale. v. 2, § 19, n. 140, p. 11.

8 Sobre a doutrina italiana ver interessante trabalho SILVA, Ovidio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1; sobre a doutrina de Chiovenda, p. 14 a 18; sobre a doutrina de Allorio, p. 18 a 20; e sobre a doutrina de Carnelutti, p. 20 a 27.

9 Cf. MARQUES, José Frederico. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1959, p. 61; ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda, *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, p. 42; *id.*, *Tratado de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, p. 62-63.

10 Há casos excepcionais em que o sistema jurídico se estrutura de molde a que a sentença não fique revestida pela autoridade da coisa julgada. Tais hipóteses, exatamente por serem excepcionais, servem apenas para confirmar a regra geral. É o que ocorre, por exemplo,

São características marcantes da atividade jurisdicional: a “*terzieta*” do juiz; o poder de aplicar a norma ao caso concreto, com força de coisa julgada; o desenvolvimento em contraditório e a necessidade de provocação (inércia jurisdicional).

No que tange à “*terzieta*” do órgão julgador, este deve ser desinteressado do litígio, conceito este universalmente aceito e tradicional. Daí, como consequência, afastar-se do processo o juiz impedido ou suspeito (art. 134 e s. do CPC), pois o seu desinteresse (= imparcialidade) está comprometido; ademais, no caso de impedimento, a própria sentença, ou acórdão, é suscetível de desconstituição por ação rescisória, dentro de certo prazo (art. 485, II, do CPC).

É também tradicional a ideia de que o julgador deva ser ocupante de órgão constitutivo do Poder Judiciário. Deve-se registrar, contudo, que a moderna tendência ampliativa dos métodos de solução de conflitos terminou por suscitar o debate acerca da natureza jurisdicional da arbitragem, mormente após a promulgação da Lei n. 9.307/96 que, dentre outras coisas, erigiu a sentença arbitral à categoria de título executivo judicial, que somente pode ser revisto nas hipóteses taxativas previstas no dito diploma, todas de caráter formal e fundadas, principalmente, na observância do princípio da imparcialidade, aplicável também ao árbitro. Como será exposto adiante, para aqueles que consideram a arbitragem como modalidade de jurisdição, o monopólio estatal sobre tal função teria sido objeto de relativização, tendência, aliás, perceptível no âmbito da função administrativa do Estado.

No que diz respeito à segunda característica citada – poder de que está investido o juiz de aplicar a norma ao caso concreto – deve a decisão judicial valer irrefragavelmente. E, esgotados os recursos, a sentença/acórdão valerá e será eficaz, adquirindo a imutabilidade de sua parte dispositiva, fenômeno conhecido como coisa julgada, característica e qualidade da eficácia da sentença. Neste ponto, importa notar que o legislador, ao elaborar a lei, inova na ordem jurídica, pois toda lei discrimina, traçando novas condutas, ao passo que o juiz, aplicando a norma jurídica já existente, não o faz com a mesma intensidade, visto que apenas fez valer a norma anterior, aplicando-a ao caso concreto. Ou, se se pretender sustentar, como muitos o fazem com certa razão, que também o juiz inova ao formular a regra jurídica concreta, é certo que o faz em sentido diverso ao do legislador.

com a sentença que julga improcedente a ação civil pública ou a ação popular por insuficiência de provas (art. 16 da Lei n. 7.347/85; art. 103, I e II, da Lei n. 8.078/90 e art. 18 da Lei n. 4.717/65). Mesmo nesses casos, a revisão que poderá ser feita da sentença sê-lo-á sempre pelo próprio Judiciário e não por outro Poder.

Além daqueles dois elementos, é característica, ainda, da atividade jurisdicional, o seu desenvolvimento através de um *contraditório regular*, o que implica fundamentalmente, além de outros aspectos, a obediência a um procedimento regular e preestabelecido, em que ambas as partes tenham ciência e oportunidade de manifestação e influência sobre os atos processuais.

Saliente-se que, modernamente, o contraditório é entendido como possibilidade de ciência prévia, manifestação das partes e sujeitos processuais e possibilidade de tais manifestações influírem no rumo dos atos processuais e das decisões judiciais.

A propósito, explicam Luiz Guilherme Marinoni¹¹ e Fredie Didier Jr.¹² que, de acordo com o pensamento clássico, o magistrado efetiva, plenamente, o contraditório, simplesmente ao dar ensejo à ouvida das partes, ao deixar as partes falarem, em igualdade de condições. E, deixando que ambas as partes tenham esta oportunidade, dá-se o contraditório no sentido da bilateralidade.

Mas não é apenas a isso que se refere o contraditório. É preciso, ainda que se observe o chamado “poder de influência”. De nada adianta permitir que parte, simplesmente, participe do processo, que ela seja formalmente ouvida; “é necessário que se permita que ela [a parte] seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do Magistrado”¹³.

Outro princípio informador da atividade jurisdicional é o de sua *inércia inicial* (arts. 2º e 262 do CPC), o que significa que só mediante solicitação da parte é que se instaura o processo contencioso, e, ainda, somente através de pedido do interessado é que o juiz poderá agir no campo da jurisdição voluntária. A regra, pois, é a de que o Poder Judiciário somente age quando regularmente provocado. Desta forma, não pode um juiz, sem pedido preordenado a tanto, instaurar um processo para o qual não tenha sido provocado pela parte¹⁴.

11 MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 255-259.

12 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 11. ed. Salvador: Podivm, 2009, v. 1, capítulo I, item 10, p. 56-58.

13 *Idem ibidem*: “Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com ideias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação, exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão”.

14 Esboça-se uma *aparente* alteração, nessa linha, que atenua a rigidez sempre imprimida ao princípio dispositivo, na medida em que há leis que admitem a imposição de multa (= multa diária), em hipóteses de decisão, cujos pressupostos tenham sido a urgência ou a possibilidade de perecimento do direito (v. art. 461, § 4º, acrescentado pela Lei n. 8.952/94,

3. ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO: FINALIDADE, TITULARIDADE E CARACTERÍSTICAS

Sistematizadas as características da função jurisdicional, apresenta-se a questão atinente à análise da arbitragem, das similitudes e distinções relativamente à jurisdição e, por fim, do enquadramento desta modalidade de solução de conflitos como atividade jurisdicional.

A matéria reveste-se de importância atual, na medida em que a disciplina da arbitragem instituída pela Lei n. 9.307/96 garantiu a este instituto maior autoridade e abrangência.

Dentre as principais inovações implementadas pela regulamentação da arbitragem contida na Lei n. 9.307/96 pode-se citar a competência do árbitro para decidir sobre a existência, validade e eficácia da cláusula compromissória e do contrato que contenha esta cláusula¹⁵; e, conseqüentemente, a competência do árbitro para decidir sobre o próprio cabimento da via arbitral¹⁶.

cuja inspiração está no art. 84, § 4º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor). O mesmo se diga em relação ao § 6º, acrescido a esse mesmo art. 461 do CPC pela Lei n. 10.444/2002, segundo o qual é dado ao juiz, de ofício, "modificar o valor ou a periodicidade da multa", julgando que ela tornou-se insuficiente ou excessiva. Todavia, afigura-se-nos que a alteração é apenas aparente, porquanto o pedido do autor, enquanto manifestação de conhecimento de fatos (= fatos constitutivos do pedido) e de vontade (o pedido em si mesmo) não resulta vulnerada pelo juiz, com a imposição de multa. Com a imposição da multa ou a sua alteração apenas objetiva-se proporcionar a tutela específica do direito que haja sido pedida, de acordo com as variáveis do caso em concreto.

- 15 É o que se extrai do art. 8º, parágrafo único, da citada Lei n. 9.307/96: "Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória".
- 16 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro bem analisou este ponto: "O juízo arbitral é o local adequado para nele se discutirem as questões relativas à nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). (...) Nem se diga que esta sistemática ofenderia ao princípio previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, pois a nova Lei não afasta a possibilidade de se discutir, em sede judicial, tais questões. Aqui, a opção do legislador foi a de privilegiar e prestigiar o juízo arbitral para dirimir, no primeiro momento e com exclusividade, estas questões, evitando o absoluto descrédito que poderia gerar, para a instituição de arbitragem e para seu próprio procedimento, uma ação judicial para discutir a validade da convenção" (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Aspectos processuais da Nova Lei de Arbitragem, in Paulo Borba Casella et al. (coords.), *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*, p. 144). Carlos Alberto Carmona comunga do mesmo entendimento: "Caberá, portanto, ao árbitro decidir se o ato das partes que estabelece sua própria competência tem ou não eficácia. Se o árbitro decidir pela nulidade da convenção de arbitragem, proferirá sentença terminativa (o laudo, portanto, terá conteúdo meramente processual)" (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 37). O Superior Tribunal de Justiça analisa o art. 8º sob idêntica perspectiva: "A câmara

A Lei de Arbitragem também estabeleceu a obrigatoriedade de se utilizar da via arbitral, se uma das partes assim preferir, sempre que houver cláusula compromissória previamente firmada para a solução de conflitos emanados daquela relação jurídica¹⁷.

Outra inovação trazida por esta lei diz respeito à desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 18), cuja eficácia é equiparada, por lei, a título executivo judicial (art. 31). Estes dispositivos constituem o ponto central da discussão acerca da natureza jurisdicional ou não da arbitragem, na justa medida em que atribuem à sentença do árbitro a mesma força executiva da sentença judicial, independentemente de homologação judicial.

Lembre-se, ainda, da rigidez das normas referentes à anulação da sentença arbitral, que somente pode ser desconstituída nas hipóteses excepcionais arroladas no art. 32 da Lei n. 9.307/96.

Algumas questões relevantes, controvertidas na doutrina e até então não reguladas pela Lei n. 9.307/96, são alvo da Lei n. 13.129, de 27 de maio de 2015. Entre elas, destaca-se a discussão acerca da possibilidade de concessão de tutelas de urgência em conflitos a serem dirimidos em sede arbitral. Prevê a Lei o acréscimo dos arts. 22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, que permitem ao Judiciário a concessão de tais medidas *antes* da instauração da arbitragem, subordinando sua eficácia à instauração da via arbitral no prazo de 30 dias. Ao árbitro, porém, é dado o poder de manter, revogar ou modificar a medida a partir da instauração da arbitragem. Também lhe é dado, obviamente, o poder de conceder a medida incidentalmente. Em suma, de acordo com tais

arbitral é competente para decidir a respeito de sua própria competência para a causa, conforme o princípio da Kompetenz-Kompetenz que informa o procedimento arbitral. Precedente" (STJ, MC 13274/SP, j. 20-9-2007, Decisão da Min. Nancy Andrighi); "16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o art. 18 da Lei n. 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência" (STJ, AgRg no MS 11308/DF, j. 14-8-2006, rel. Min. Luiz Fux).

- 17 É o que prevê o art. 7º, *caput*, da Lei n. 9.307/96: "Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim".

Tivemos a oportunidade de desenvolver estudo sobre o tema afeto a este dispositivo legal em ALVIM NETTO, José Manoel de. Exegese dos arts. 6º e 7º da Lei n. 9.307, de 1996. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002, v. 1.

alterações, o Judiciário só seria competente para conceder tutela de urgência acerca de matéria sobre a qual exista cláusula arbitral se tal concessão se der em caráter preparatório. Uma vez instaurada a arbitragem, prevalece a competência do árbitro para a tutela de urgência.

A nova Lei prevê, salutarmente, a interrupção do prazo prescricional pela instituição da arbitragem, ainda que esta venha a ser extinta por ausência de jurisdição (§ 2º do art. 19 da Lei n. 9.307/96, inserido pela Lei n. 13.129/2015).

A Lei n. 9.307/96 é um reflexo da mudança de paradigma nos estudos que envolvem os métodos de solução de conflitos, pois sinaliza novas possibilidades para a aplicação do direito aos litígios, alternativas à via judicial. O que se preconiza atualmente é que o Estado não é o único – e, algumas vezes, sequer é o mais adequado – ente vocacionado para esta função, que pode muito bem ser exercida por particulares, algumas vezes com resultados mais proveitosos do que aqueles obtidos no âmbito do Judiciário.

Não se trata de destituição do poder estatal para solucionar conflitos e, menos ainda, de inobservância ao princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional; o poder-dever do Estado remanesce, facultando-se às partes a utilização da arbitragem para os litígios patrimoniais que envolvam direitos disponíveis e entre partes que sejam maiores e capazes (“pessoas capazes de contratar”, art. 1º, da Lei n. 9.307/96).

A perspectiva de utilização da arbitragem, por seu caráter célere e informal, antes de reduzir, amplia o espectro do acesso à justiça, conforme já decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal¹⁸. É este – o acesso à justiça – a maior preocupação com a processualística dos dias atuais, dentro de cuja ideia é necessário que haja uma resposta aos que precisam resolver conflitos. Deste modo, parece-nos que o foco da finalidade da jurisdição – resolução de conflitos e aplicação do direito – deve se sobrepôr à titularidade para exercê-la. Supera-se, assim, a visão tradicional de que tal titularidade seria exclusivamente do Estado.

Nesse contexto, a maior parte da doutrina já faz alusão à arbitragem como modalidade jurisdicional¹⁹, ao argumento de que o instituto exerce idêntica

18 SE 5.206-AgR, j. 12-12-2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30-4-2004.

19 Nesse sentido: CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*, p. 45/46; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999, p. 21 e s.; COSTA, Nilton César Antunes da. *Poderes do árbitro – de acordo com a Lei n. 9.307/1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57 e s.; BULOS, Uadi Lammêgo e FURTADO, Paulo. *Lei da Arbitragem comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 14 e s.

função e produz os mesmos efeitos que a atividade jurisdicional do Estado. Desta sorte, o propagado “monopólio estatal” não poderia justificar a exclusão da arbitragem do conceito de jurisdição.

Sob esta ótica, o alargamento do conceito de jurisdição com o fim de albergar outros mecanismos de solução de conflitos é defendido por Carlos Alberto Salles, para quem “a assimilação pelo sistema jurídico brasileiro de mecanismos alternativos de solução de conflitos (...) leva a uma nova consideração do próprio conceito de jurisdição”²⁰. Conforme entende o autor, um conceito contemporâneo do instituto tende a ressaltar, na linha do que sustentamos, “suas características de função e atividade e abrandar sua consideração enquanto poder estatal”²¹. Desta forma, conclui, “o enfoque da jurisdição naturalmente recairá sobre sua função de pacificação social e atividade caracterizada enquanto método de solucionar disputas”²².

A propósito do “mito” da indelegabilidade da jurisdição, Joel Dias Figueira Jr. assinala a importância, sobretudo no âmbito internacional, de se refletir este princípio, que não pode ser erigido à condição de dogma, em detrimento dos objetivos da jurisdição e da interação entre os Estados²³. Anota o citado autor que “a concepção formada pelo binômio monopólio jurisdicional x soberania nacional já está sendo objeto de profunda análise, questionamento ou revisão pelos estudiosos da matéria, porquanto os Estados precisam indistintamente adequar as suas respectivas Cartas Constitucionais e começar a aprender a conviver com o fenômeno chamado ‘globalização’ e intercâmbio de grandes blocos econômicos, pois o nosso planeta lentamente vai se transformando numa grande aldeia, em que as primeiras linhas do chamado ‘direito comunitário’ já foram traçadas e há muito os tribunais internacionais deixaram de ser uma utopia para se transformar em realidade, como constatado na União Europeia, através da Corte de Luxemburgo”²⁴. Acrescenta, nesse passo, que “a magnitude do Estado-juiz deve residir na qualidade de suas decisões, na rapidez da prestação da tutela oferecida e na satisfação efetiva do direito subjetivo violado ou ameaçado do jurisdicionado”, sendo que o exercício desta função não depende do sufocamento da jurisdição paraestatal. Ao contrário, prossegue

20 SALLES, Carlos Alberto Salles. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias. FUX, Luiz, NERY JR., Nelson Jr. e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (orgs.), *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 784.

21 *Idem ibidem*.

22 *Idem ibidem*.

23 FIGUEIRA JR., Joel Dias, *op. cit.*, p. 29.

24 *Idem ibidem*.

o autor, a jurisdição paraestatal é forte aliada do Estado na solução dos mais diversos conflitos de ordem nacional e internacional. Cuida-se, na visão de Figueira Jr., do que se pode chamar de “reengenharia das jurisdições externa e interna”²⁵.

Havíamos manifestado, anteriormente à vigência da Lei n. 9.307/96 e com fundamento na visão ortodoxa, então vigente, da soberania estatal – atualmente questionada diante das transformações culturais que envolvem o fenômeno da globalização –, entendimento no sentido da natureza eminentemente contratual do instituto da arbitragem, diversamente do que ocorria com a jurisdição estatal, reflexo do poder soberano do Judiciário de dirimir conflitos²⁶. Dissemos, na ocasião, que “o juízo arbitral é um equivalente jurisdicional” e que o compromisso arbitral possuía natureza contratual. Entendíamos, ainda, que não havia litispendência entre juízo arbitral e processo judicial, uma vez que somente o órgão jurisdicional detinha a competência para decidir sobre a própria competência, que seria “expressão própria da jurisdição, radicada na soberania, sendo esta, como se sabe, por natureza, inalienável”²⁷.

Contudo, a partir das inovações trazidas pela Lei n. 9.307/96 que, no compasso de transformações jurídicas mais abrangentes, conferiu ao árbitro amplos poderes para proferir sentença com eficácia de sentença judicial (art. 31) e para decidir, inclusive, sobre a própria competência (art. 8º), parece-nos ter-se modificado profundamente o panorama em que expressamos tal opinião.

A atividade do árbitro, antes poderia considerada “equivalente” jurisdicional, pode, atualmente, inserir-se no próprio conceito de jurisdição, como espécie privada deste gênero.

Para essa conclusão contribuem, além da mudança de paradigma já assinalada, com enfoque na *finalidade* da jurisdição e na ampliação do acesso à justiça em detrimento da *titularidade estatal*, as demais características da jurisdição, cuja presença se detecta, em maior ou menor escala, no instituto da arbitragem.

Em primeiro lugar, pode ser dito que a arbitragem é revestida de *substitutividade*, já que o árbitro detém poderes para se sub-rogar à vontade das partes e, dessa forma, aplicar o direito.

25 FIGUEIRA JR., Joel Dias, *op. cit.*, p. 29.

26 ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Direito processual civil: teoria geral do processo de conhecimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. 2, p. 301-305.

27 *Idem ibidem*.

Outro aspecto que identifica a sentença arbitral à judicial consiste no fato de que também aquela produz coisa julgada, de molde que seus efeitos revestem-se da característica da *imutabilidade*, inerente à atividade jurisdicional, que é *definitiva* por natureza.

Veja-se, ainda, que o árbitro, assim como o juiz, atua na qualidade de terceiro desinteressado, satisfazendo o requisito da *imparcialidade*. Por outro lado, a despeito de não estar investido de um cargo público, o árbitro também está investido de *poderes decisórios* cuja eficácia equipara-se à sentença judicial.

É certo que a arbitragem deve ser exercida em *contraditório regular*, muito embora o procedimento arbitral não seja idêntico àquele estabelecido para o processo judicial.

Por fim, a atividade do árbitro, tanto como a do juiz, é *inerte*, pois depende de provocação dos interessados.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz daquilo que se pontuou sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, é importante compreender que a análise do tema só terá relevância se acompanhada da reflexão acerca do embasamento ideológico e dos efeitos práticos das modificações implementadas pela disciplina legal vigente.

E, ainda assim, é preciso que se tenha em mente que, mesmo se entendendo, como nós, pela natureza jurisdicional da arbitragem, cuida-se de espécie de jurisdição diversa daquela exercida pelos órgãos judiciais. Daí falar-se em jurisdição privada.

É que, conquanto se assemelhem nos pontos relevantes para o enquadramento no conceito de jurisdição, a arbitragem e o processo judicial possuem distinções que devem ser enfatizadas.

A disciplina da arbitragem sofre algumas limitações comparativamente à do processo judicial, em especial quanto à largueza da substitutividade. Apesar de ter função adjudicatória, o árbitro limita-se a *estabelecer* as providências coercitivas (v.g. multa diária, busca e apreensão, comparecimento de testemunha sob pena de condução coercitiva etc.) ao cumprimento de suas decisões. A *realização prática* (ou seja: a execução forçada) de tais providências em casos de descumprimento demanda, invariavelmente, a atuação judicial.

Em suma, o árbitro possui poderes para aplicar o direito ao caso concreto, mas, não, para praticar atos executivos que se destinem ao cumprimento forçado da sentença arbitral.

Além disso, a arbitragem é disciplinada pelo direito público, porquanto objetiva à resolução de conflitos e está inserida no direito processual civil, mas

a ela se aplicam também princípios e diretrizes privatistas, relativos à autonomia da vontade.

Assim, não há como negar a grande ingerência de tais princípios sobre o procedimento arbitral, diversamente do que ocorre no direito processual, onde se verifica, em maior medida, a presença de normas procedimentais de natureza cogente, cuja aplicação não pode ser derogada pelas partes, bem como a estrita observância das garantias *formais* atinentes ao processo. Na arbitragem, ao contrário, ressalvadas as disposições da Lei n. 9.307/96 acerca da validade da sentença, da cláusula compromissória e do compromisso arbitral, o procedimento é de livre escolha das partes, sendo que a própria lei dispensa formalidades tidas como fundamentais ao processo judicial (como é o caso, por exemplo, do direito de recurso).

Tendo em vista tais distinções, é comum se aludir à arbitragem como modalidade de jurisdição *privada* e ao processo judicial como jurisdição *estatal*, ou, simplesmente, jurisdição.