

**UM DIÁLOGO ENTRE O CONCEITO DE JURISDIÇÃO E A ARBITRAGEM NA PERSPECTIVA
DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

**A DIALOGUE BETWEEN THE CONCEPT OF JURISDICTION AND ARBITRATION ON
BRAZILIAN LEGAL PERSPECTIVE**

MATHEUS SOUSA RAMALHO¹

RESUMO: Artigo jurídico na área de direito processual civil que pretende analisar, por meio do método histórico-analítico, substanciado por pesquisa de cunho bibliográfica, a relação intrínseca entre o conceito de jurisdição e a arbitragem. Para tanto, o presente trabalho será dividido em três partes: (i) na primeira parte serão expostos os métodos primitivos de resolução de conflitos, entre os quais se inclui a arbitragem; (ii) na segunda etapa será abordado, em breves linhas, a evolução histórica da arbitragem a nível mundial e no Brasil; (iii) na terceira e derradeira etapa desta pesquisa serão analisadas as diferentes concepções acerca da natureza jurídica da arbitragem, além disso, nessa etapa, será apresentada a sinergia entre o conceito de jurisdição e arbitragem, âmbito da investigação científica.

Palavras-Chave: Processo Civil; Arbitragem; Jurisdição; Natureza Jurídica.

ABSTRACT: Civil procedure research which seeks to analyze, following to a historical-analytical method, substantiated by bibliographical research, the intrinsic relation between arbitration and the concept of jurisdiction. In order to do so, the present work will be divided into three sections: (i) the first part of this paper will expose the primitive methods of dispute resolution, which also includes arbitration; (ii) the second section of this article will be destined to, briefly, expose the historical evolution of arbitration around world and in Brazil; (iii) finally, the third and final piece of this research will be destined to expose the different conceptions towards the legal nature of arbitration; moreover, at this stage of the article, it will be exposed the synergy between the concept of jurisdiction and arbitration, which is the subject addressed on this research.

Keywords: Civil Procedure; Arbitration; Jurisdiction; Legal Nature.

¹ Advogado na cidade do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da UFRJ (2014).

INTRODUÇÃO

Na medida em que o processo de globalização avança, são derrubadas e construídas novas fronteiras entre os Estados. A concepção de Estados nacionais independentes se enfraquece porque o capital e o investimento dele decorrente não possuem vínculos com qualquer bandeira e sim o desejo incessante de maximização de lucros e gozo de oportunidades comerciais. Através da recente superação tecnológica experimentada pela humanidade, não subsistem mais barreiras geográficas ou políticas para o investimento. Mesmo regimes declarada e oficialmente comunistas, o que outrora pareceria uma fuga natural ao capital, são hoje considerados “economias de mercado”

Sociedades empresárias estatais expandem suas atividades para fora de seu território, bancos estaduais de fomento ao desenvolvimento financiam projetos de outras Estados em detrimento ao projeto de seus próprios nacionais, companhias que outrora seriam o bastião representativo de uma nação, desprendem-se de suas características locais para tornar-se sociedades globais. Um admirável mundo novo totalmente globalizado.

Em decorrência deste verdadeiro processo de internacionalização - ou melhor "universalização" - experimentado em escala global surgem tratados e convenções internacionais², criam-se órgãos para resolução de disputa internacionais³, surgem blocos econômicos⁴ e grupos internacionais⁵. É seguro dizer que nunca o planeta, desde a Pangeia, vislumbrou tamanho processo de unificação.

Neste diapasão reside o esboço do presente trabalho, haja vista que nesta pesquisa tratar-se-á acerca da relação entre o conceito de Jurisdição⁶ e sua relação com a

² A guisa de exemplificação, tem-se a CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). Em vernáculo: Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, celebrada em Viena em 11 de abril de 1980. A Convenção recentemente foi internalizada no Brasil em 1/4/2014, tendo sido aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 538, de 18 de outubro de 2012.

³ Como é o caso da ISCID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*). Em vernáculo: Centro Internacional de Resoluções de Disputa ligadas ao investimento. Trata-se de Câmara de arbitragem responsável por resolver problemas envolvendo investimentos.

⁴ Hipótese da União Europeia e do MERCOSUL (Tratado Comum do Sul).

⁵ Dentre eles pode-se citar os BRICS, acrônimo referente aos países Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul, que juntos formam um grupo político de cooperação. A adesão da África do Sul ao grupo ocorreu em 2011, sendo o acrônimo original “BRIC”.

⁶ Palavra derivada do latim, composta pelas palavras "*juris*" e "*dicere*", que postas em conjunto significa "dizer o direito". Um conceito comum de jurisdição consiste que ela é o poder individual que determinado Estado tem para aplicar o direito em um caso concreto cf.< <http://www.significados.com.br/jurisdicao/>>. Acesso 23/07/2014.

Arbitragem⁷. Dois objetos, aparentemente antagônicos, que na verdade não são, uma vez que aquele se aproxima do campo da soberania de uma nação, enquanto este remete à noção de um foro neutro para resolução de disputas. Por essa razão, o trabalho pretende propor um diálogo entre ambos os conceitos, por meio do método histórico-analítico, substanciado por pesquisa de cunho bibliográfica, a fim de comprovar a relação intrínseca entre o conceito de jurisdição e a arbitragem.

O tema está dividido em 3 (três) partes: (i) na primeira delineiam-se os métodos primitivos de resolução de conflito e o estágio embrionário de jurisdição; (ii) na segunda é realizada uma digressão histórica sobre a evolução da arbitragem, de forma panorâmica, tanto a nível mundial quanto nacional, de modo a demonstrar a antecedência deste método de resolução de controvérsias em todos os períodos da humanidade; (iii) e, por fim, na última parte, serão abordadas as diferentes concepções acerca da arbitragem bem como a sinergia deste método com o próprio conceito de jurisdição.

1. OS MÉTODOS PRIMITIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E O ESTÁGIO EMBRIONÁRIO DA JURISDIÇÃO

Desde os primórdios de sua formação, a sociedade deparou-se com dois grandes desafios: (i) criar mecanismos eficientes que fizessem seus membros cooperarem entre si e (ii) resolver e pacificar os eventuais conflitos surgidos entre eles.

Nada mais natural do que o apontamento desses dois desafios, considerando que a sociedade é, por excelência, o conjunto de indivíduos distintos pertencentes a diferentes grupos⁸ os quais precisam conviver de maneira harmônica em busca do (suposto) bem comum.

O fato de a sociedade ser um literal agrupamento de ânimos divergentes torna-a deverás complexa, pois sua essência é o resultado da fusão - ou tentativa de fusão - entre diferentes gêneros, etnias, hábitos e culturas das várias pessoas que a compõe. Sendo assim, mostra-se intrínseco à própria diversidade da estrutura social (i) a

⁷ Que consiste em método alternativo de resolução de litígios muito utilizado no âmbito internacional e que vem experimentado no Brasil grande crescimento em sua utilização nas duas últimas décadas.

⁸ O que se define por meio da expressão "grupos" pode ser lido como famílias, clãs, facções, agremiações e partidos políticos.

dificuldade em gerar uma cooperação efetiva entre tantas vontades e interesses e, ao mesmo tempo, (ii) ser propícia para o surgimento de conflitos.

Sem embargo, para que a sociedade em seu aspecto embrionário pudesse avançar era necessário que os homens criassem mecanismos que viabilizassem de certa maneira a sua cooperação em diversas frentes⁹, de modo que, ao menos em certa medida, fossem garantidas as expectativas de cada um dos cooperadores; além disso, era preciso conceber mecanismos de pacificação dos eventuais conflitos surgidos entre os homens.

Algo um tanto curioso relativo aos desafios apresentados no começo desta pesquisa - questão da cooperação e de resolução de conflitos - é que a solução para ambos os problemas surge com a criação de uma única figura: através do contrato.

O contrato é sem dúvida uma das mais primitivas e antigas instituições do homem e do direito. Neste passo, cumpre esclarecer que o conceito que aqui se refere de contrato não é o tradicional instrumento particular lavrado por duas partes nas quais são expostas pontos convergentes de interesses para execução de determinado propósito. O que aqui se refere como contrato, pelo menos nesta etapa, é o simples consenso esboçado por duas ou mais partes para a consecução de um fim comum. Percebe-se que se trata da essência do conceito de negócio jurídico¹⁰.

Coaduna com esta simples concepção do referido instituto Clóvis Beviláqua, o qual define contrato como “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito¹¹”. Nesta mesma linha, Washington de Barros Monteiro afirma que a “[d]efinição romana, formulada por Ulpiano, apesar de concisa, era extremamente correta: *es pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*, ou, em vernáculo, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”.¹²

⁹ Entenda-se também como empresa, jornadas, projetos, empreitadas, *ventures*, acordos, sociedade, empreendimentos.

¹⁰ Declaração volitiva do sujeito dirigida à obtenção de um resultado por ele pretendido, desejado (Rechtsgeschäft).

¹¹ BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. vol. 4, 5.ed. Rio de Janeiro: Editora Livraria Francisco Alves, 1938, p. 245.

¹² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 4.

É indiscutível que esta conceituação de contrato aqui trazida em muito evoluiu através dos séculos. Um exemplo nítido é a conceituação formulada por Caio Mario da Silva Pereira: contrato é o "acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar ou modificar direito"¹³.

A conceituação acima, que condiciona a eficácia do contrato ao império da lei, encontra respaldo na teoria do Estado desenvolvida por Thomas Hobbes, o qual reconhece na lei civil o papel limitador da vontade do homem, conforme se reproduz abaixo:

A lei civil e a lei natural não são diferentes espécies, mas diferentes partes da lei, uma das quais é escrita e se chama civil, e a outra não é escrita e se chama natural. Mas o direito de natureza, isto é, a liberdade natural do homem, pode ser limitado e restringido pela lei civil; mais, a finalidade das leis não é outra senão essa restrição, sem a qual não será possível haver paz. E a lei não foi trazida ao mundo para nada mais senão para limitar a liberdade natural dos indivíduos, de maneira tal que eles sejam impedidos de causar dano uns aos outros, e em vez disso se ajudem e unam contra o inimigo comum¹⁴

Contudo, é preciso sublinhar que num período pretérito à formação das leis e do próprio Estado, o mero acordo de vontades já ostentava as nuances de negócios jurídicos, hodiernamente condicionado ao império das leis civis, após exaustivo trabalho da doutrina alemã na formulação de seu conceito¹⁵. Neste passo, Arnaldo Rizzardo, ao analisar o surgimento da sociedade e o papel do contrato afirma que "pela circunstância do agrupamento em tribos dos seres humanos já se presume a verificação de uma concordância em um determinado comportamento, acatando os componentes do grupo certas regras comuns de convivência."¹⁶

Note-se o particular emprego do termo "concordância" pelo referido autor. Em consonância com aquilo que é extraído da citação, percebe-se que à medida que as pessoas concordavam, elas, de fato, *acordavam*, mesmo que inconscientemente, os termos em que seria erigido o Estado.

Neste diapasão, já apontava Thomas Hobbes que a formação do Estado moderno deu-se por meio da adesão de pactos recíprocos. Nas palavras do pensador e estadista, o Estado seria "[u]ma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros foi instituída por cada um como autora, de modo ela poder

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 13.ed. rev. e at. por Caitlin Mulholand. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.7.

¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4.ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988, p. 163.

¹⁵ Cf. ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. v. I - parte general. 2. ed. Trad. do alemão por Blás Perez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954, especificamente o § 136 da obra.

¹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. - *Contratos*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 7.

usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum." ¹⁷

Por todo exposto, é possível afirmar que: (i) o contrato é anterior a formação do Estado, sendo esse pedra fundamental deste e, ao mesmo tempo, um (ii) método primitivo e rudimentar de prevenção de conflitos.

Percebe-se, portanto, que em um estágio primitivo da humanidade, a jurisdição - neste caso, o poder legitimado para solucionar conflitos de interesse opostos - era na verdade um dos predicativos destes contratos primitivos, estando o conceito de jurisdição afastado da concepção de Estado.

Neste contexto, cumpre esclarecer que a ideia de contrato como elemento pacificador de conflitos surge, principalmente, com o "contrato de arbitramento" ou "contrato de arbitragem". O mencionado negócio jurídico consiste em instrumento primitivo, advindo em resposta a autotutela¹⁸ e a autocomposição¹⁹, como forma de resolução de conflitos. Nesta esteira, pondera o Ministro e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, Moacyr Amaral Santos:

O conflito de interesse pressupõe ao menos duas pessoas com interesse pelo mesmo bem. Existe quando à intensidade e do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe a intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma tendente à exclusão da outra quanto a este. A fim de desfazer o conflito surge uma primeira solução - a violência. É a forma primitiva, e ainda não totalmente extinta, de solução dos conflitos de interesses individuais ou coletivos. É o predomínio da força.

Substituindo a força pela razão, apresentam-se três modalidades de soluções pacíficas:

- a) Os antagonistas se conformam em limitar o seu interesse, inclusive renunciando-o. É a solução moral, concebível, numa sociedade espiritualmente desenvolvida e, mesmo assim, de modo excepcional.
- b) Ou, um temendo a força do outro, ambos se entendem e convencionam a composição do conflito: solução contratual.
- c) Ou, ainda, temendo-se, reciprocamente, confiam a uma terceira pessoa a função de resolver o desencontro dos seus interesses: solução arbitral, baseada no respeito à força do árbitro.²⁰

¹⁷ HOBBS, Thomas, op.cit , p.106.

¹⁸ A autotutela corresponde a uma modalidade de resolução de conflitos primitiva, na qual a parte mais forte impunha sua vontade sobre a mais fraca.

¹⁹ A autocomposição corresponde à modalidade de resolução de conflitos na qual ambas as partes fazem concessões recíprocas de suas vontades para solucionar o problema. Cf. art. 840 do Código Civil

²⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito processual civil*. v.1. 28.ed. rev. e at. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohlen. São Paulo: Saraiva, 2011.p 26-27.

Conferir a terceiro o poder de arbitrar o desencontro de interesses foi o método primitivo de resolução de conflito preferido em detrimento aos demais disponíveis. Quanto à ascensão deste método com relação aos demais:

Quando, pouco a pouco, os indivíduos foram-se apercebendo dos males desse sistema, eles começaram preferir ao invés de uma solução parcial dos seus conflitos (parcial = por atos das próprias partes), uma solução amigável e imparcial através de árbitros, pessoas de sua confiança mútua em quem as partes se louvam para que resolvam os conflitos. Essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados. E a decisão do árbitro pauta-se pelos padrões acolhidos pela convicção coletiva, inclusive dos costumes. Historicamente, pois, surge o juiz antes do legislador.²¹

Pelo exposto, é preciso reconhecer no contrato de arbitramento como uma das formas mais primitivas e naturais de resolução de conflitos. Aliás, é muito provável que a lógica empregada neste tipo contrato foi fonte de inspiração para o Estado organizar o exercício de sua função jurisdicional por meio de seus juízes togados, tendo em vista que a arbitragem é anterior ao surgimento do Estado e, conseqüentemente, ao conceito de Jurisdição. Em síntese:

[a]ntes de o Estado conquistar para si o poder declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática (jurisdição), houve três fases distintas: a) autotutela; b) arbitragem facultativa; c) arbitragem obrigatória. A autocomposição, forma de solução parcial de conflitos, é tão antiga quanto a autotutela. O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje). É claro que essa evolução não se deu assim linearmente, de maneira límpida e nítida; a história das instituições faz-se através de marchas e contramarchas, entrecortada frequentemente de retrocessos e estagnações, de modo que a descrição acima constitui apenas uma análise macroscópica no sentido de chegar ao Estado todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas.²²

Nesse sentido, em que pese o acordo de arbitramento possa ter perdido substancialmente sua importância com a formação do Estado e a investidura dos juízes, com o passar do tempo o referido instrumento foi evoluindo, incorporando novas roupagens, regulamentações legais e teóricas, até que finalmente ganhou novamente sua importância, deixando de ser estudado como um simples contrato para tornar-se um método - ou melhor, processo - assaz eficaz para resolução de conflitos complexos, a que se convencionou denominar apenas "arbitragem" e cuja evolução histórica passa-se a analisar.

²¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p 27-28.

²² Idem, p. 29.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM

De acordo com Pedro Batista Martins, a arbitragem foi "utilizada pelos povos desde a mais remota antiguidade, quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre os povos."²³

Complementando esta afirmativa, Tânia Lobo Muniz afirma que "a arbitragem foi utilizada pelos povos do Egito, Assíria, Babilônia, Kheta e pelos hebreus, sendo encontrada em suas doutrinas, tornando assim a arbitragem em um dos institutos jurídicos internacionais mais antigos."²⁴

Ademais, Sálvio de Figueiredo Teixeira²⁵ identifica a presença da arbitragem em três séculos distintos, quais sejam:

(i) Em um primeiro momento na Grécia, no "tratado firmado entre Esparta e Atenas, em 455 a. C., [que] já continha cláusula compromissória, o que evidencia a utilização desse instituto por aquele povo e, também, a sua eficácia como meio de solução pacífica dos conflitos de interesse;"²⁶

(ii) Em um segundo momento, em Roma, período este que a utilização da arbitragem foi caindo em desuso à medida que o Estado Romano no apogeu de seu império passou a concentrar gradativamente o poder para resolver os litígios²⁷. Neste sentido, compartilha-se as ponderações do ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça Sálvio de Figueiredo Teixeira quanto a arbitragem em Roma:

Historicamente, a arbitragem se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na *ordo judiciorum privatorum*: o processo das *legis actiones* e o processo *per formulas*. Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da *cognitio* extraordinária sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor, preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e, depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio, e, em seguida, o julgamento por um *iudex* ou *arbiter*, que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo, incumbido de julgar, como ocorreu com Quintiliano, gramático de profissão e inúmeras vezes nomeado *arbiter*, tanto que veio a contar, em obra clássica, as experiências do ofício.

²³ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil In GARCEZ, José Maria Rossini (Org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 35.

²⁴ MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999, p 21.

²⁵ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. Disponível <<http://www.reocities.com/CapitolHill/Senate/3827/artig110.html>>. Acesso 23/07/2014. Disponível também em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. In: *Revista dos Tribunais*, v. 735, ano 86. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Jan., 1997, p. 39-48

²⁶ MARTINS, Pedro A. Batista, op.cit., p 36.

²⁷ GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, op. cit., p. 27-29, *passim*.

Esse arbitramento clássico veio a perder força na medida em que o Estado romano se publicizava, instaurando a ditadura e depois assumindo, por longos anos, poder absoluto, em nova relação de forças na concentração do poder, que os romanos não mais abandonaram até o fim do Império.

Nesse novo Estado romano, passa a atividade de composição da lide a ser completamente estatal. Suprime-se o *iudex* ou arbiter, e as fases *in jure* e *apud iudicem* se enfeixam nas mãos do pretor, como detentor da *auctoritas* concedida do Imperador- donde a caracterização da *cognitio* como extraordinária, isto é, julgamento, pelo Imperador, por intermédio do pretor, em caráter extraordinário. Foi nesse contexto, como visto, que surgiu a figura do juiz como órgão estatal. E com ela a jurisdição em sua feição clássica, poder-dever de dizer o Direito na solução dos litígios.

A arbitragem, que em Roma se apresentava em sua modalidade obrigatória, antecedeu, assim, à própria solução estatal jurisdicionalizada.²⁸

(iii) em um terceiro momento, nas relações feudais e comerciais dos séculos XI e XII, quando os comerciantes buscavam dirimir entre si suas controvérsias à luz dos usos e dos costumes mercantis. Neste sentido, cabe trazer a lume os ensinamentos de Joel Dias Figueira Junior:

A verdade é que, a partir do séc. XII, a Idade Média está repleta de casos de arbitragem entre cavaleiros, entre barões, entre proprietários feudais e entre soberanos distintos, além de ter surgido nesta mesma época a arbitragem comercial, à medida que os comerciantes preferiam que seus conflitos fossem dirimidos por árbitros que eles indicassem, porquanto mais rápidos e eficientes em relação aos tribunais oficiais.²⁹

Durante os séculos seguintes a estes (três períodos destacados, a arbitragem experimentou períodos alternados entre a prática e um relativo ostracismo, especialmente nos séculos XII e XIII. Contudo, ainda no século XIII, conforme leciona Tânia Lobo Muniz, a arbitragem experimentou um novo período de reaparecimento a partir da criação de diversos organismos e a assinatura de tratados de reciprocidade, que almejaram encontrar a estabilidade dos Estados soberanos em âmbito internacional³⁰.

Imerso neste contexto, a arbitragem parecia ostentar os recursos hábeis para a solução de eventuais litígios e para a manutenção da paz e das relações entre Estados. Neste sentido, conclui:

[a] arbitragem se estabeleceu como mecanismo capaz, eficiente e prático para a manutenção do equilíbrio, estabilidade e desenvolvimento das relações internas e internacionais, quer entre particulares, quer entre entes públicos, quer entre estes e particulares. E, por tudo isso, é a arbitragem considerada pela maioria como o meio, por excelência, para o desenvolvimento das relações comerciais, principalmente no que se refere ao campo internacional.³¹

²⁸ TEIXEIRA, Op. cit.

²⁹ FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução*: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.30-31.

³⁰ MUNIZ, Tânia Lobo, op cit., p 22 *passim*.

³¹ Idem, 22.

Confirmando a análise feita pela autora, Pedro Batista Martins afirma que "[n]o final do século XIX o interesse pela arbitragem é renovado, e sua utilização plenamente revigorada no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais"³². Nesse contexto, a arbitragem passou a ser muito utilizada para dirimir litígios em âmbito internacional não é nenhuma novidade. Não por menos, Carmen Beatriz de Lemos Tibúrcio Rodrigues teceu as seguintes considerações:

Constatado um litígio entre pessoas físicas e/ou jurídicas de direito privado e não havendo possibilidade de autotutela ou autocomposição, duas alternativas são juridicamente possíveis. A primeira delas é a busca pela tutela jurisdicional promovida pelo Estado, recorrendo-se ao Judiciário, via tradicional para resolução desse tipo e conflito. A segunda, menos tradicional, é o recurso aos chamados meios alternativos de solução de disputas, dentre os quais se destaca a arbitragem. Nos litígios no âmbito do comércio internacional, desde há muito se constatou a preferência pela via arbitral, opção considerada mais apta a lidar com as necessidades e especificidades do setor. Não por outro motivo, diz-se que nesta área a arbitragem deixou de ser meio alternativo e tornou-se o principal mecanismo de solução de controvérsias.³³

Ocorre, contudo, que não foi apenas o florescimento das relações internacionais a única razão que levaram a arbitragem à evidência. Outro motivo que contribuiu decisivamente para o ressurgimento do instituto foi a impossibilidade do modelo estatal de resolução de litígios atender as expectativas de todas as demandas propostas, conforme afirma Fabiano Robalinho Cavalcanti:

Diversos fatores, contudo, fizeram com que o Estado não fosse mais capaz de atender à demanda da sociedade, gerando uma crise deste modelo: a globalização, que dinamizou as relações sociais, fazendo com que as normas jurídicas perdessem efetividade diante de casos concretos cada vez mais complexos; o processo de conscientização de direitos, sobretudo após a consolidação da ordem democrática, gerando uma demanda maior por justiça; o advento dos direitos sociais e dos direitos de 3ª geração, que exigem uma atuação positiva do Estado; a judicialização dos conflitos sociais; entre diversas outras razões.

Além desses, outros elementos decorrentes do próprio modelo estatal de solução de disputas também contribuíram para a falência do Estado como pacificador social, dentre os quais se destacam o excesso de formalismo, a falta de recursos e investimentos por parte dos governos, os elevados custos e a demora na entrega da prestação jurisdicional.³⁴

Em todos os países, a justiça estatal mostrava-se incapaz de gerir o grande volume de demandas. Processos, dos mais corriqueiros, levavam anos para serem

³² MARTINS, Op. cit., p 37.

³³ TIBÚRCIO, Carmen: Arbitragem no Brasil: Panorama dos Últimos 15 anos. In LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Cord). *Arbitragem. Temas contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p.75.

³⁴ CAVALCANTI, Fabio Robalinho. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora FGV-Rio, 2013, p11.

resolvidos. O desperdício de tempo para resolução de questões simples mostra-se algo sobremaneira incompatível com os atuais anseios de uma economia globalizada.

Deste modo, houve uma nova procura pela arbitragem e pelos demais métodos alternativos de resolução de litígios, tendo em vista sua maior celeridade em poder proferir sentenças que atendam aos anseios daqueles necessitados de respostas rápidas aos problemas apresentados. Apresentado este panorama quanto à evolução mundial da arbitragem, é preciso agora verificar a como ocorreu a evolução histórica deste instituto processual no Brasil.

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem no Brasil pode ser dividida em dois períodos: um anterior a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e outro posterior a ela:

2.1.1 PERÍODO ANTERIOR A LEI Nº 9.307/96

Apesar da sua utilização ter crescido vertiginosamente nas últimas décadas, a arbitragem é um instituto que acompanha o Brasil muito antes do seu descobrimento. A guisa de exemplificação, no Tratado de Tordesilhas celebrado entre Espanha e Portugal havia inserido clausula compromissória que nomeava o papa Alexandre VI como árbitro para dirimir a disputa³⁵.

Não obstante, a primeira legislação a regulamentar o método de resolução de litígios que aqui se estuda apareceu ainda durante a Idade Média durante o Reinado de D. Afonso III (1248-1279), em Portugal.

Neste ponto, é preciso fazer uma ressalva de que é divergente a doutrina quanto à plena vigência e aplicação das leis de Portugal no território das suas colônias, a partir do século XV. Por essa razão, muitos estudiosos da arbitragem apontam as Ordenações Filipinas³⁶, como a primeira legislação acerca da arbitragem que entrou em vigor no Brasil. Neste diapasão, explica Adriana S. Silva:

³⁵ Disponível em: <www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8403/A-evolucao-historica-da-arbitragem-internacional-e-do-Mercosul>. Acesso 23/04/2014.

³⁶ As Ordenações Filipinas constituem uma compilação das Ordenações Manuelinas e de leis extravagantes editadas após promulgação destas Ordenações. As Ordenações Manuelinas, por sua vez, foram resultantes do somatório das leis previstas nas Ordenações Afonsinas e das leis extravagantes promulgadas até a instituição das Ordenações Filipinas, em 1603. As Ordenações Afonsinas foram uma compilação de leis esparsas promulgadas desde Afonso II, das resoluções das cortes desde Afonso IV e das concordatas de D. Dinis, D. Pedro e D. João, com influência do direito canônico, da Lei das Sete

A arbitragem teve uma das primeiras manifestações no ordenamento jurídico lusitano no reinado de D. Afonso III, que publicou norma sob a epígrafe de *juyzes aluydores*. Essa norma veio a ser reeditada, com algumas melhoras, pelas Ordenações Afonsinas (cf. Livro II, Título 113), Manuelinas (cf. Livro III, Títulos 81 e 82) e Filipinas (cf. Livro III, Título 16 - Dos Juizes Árbítrós, e Título 17 - Dos Arbitradores).

As Ordenações Filipinas foram a primeira manifestação da arbitragem no Brasil e aqui vigoraram até em 1916, com o advento do Código Civil brasileiro. A matéria a respeito do juízo arbitral foi tratada em dois pontos específicos das Ordenações Filipinas, no Título XVI, Livro 3, denominada "Dos Juizes Árbítrós", e no Título XVII, do mesmo livro que disciplinava a atuação dos arbitradores. Ainda lhe foi reservada, no parágrafo 8º do Título XXXIII, disposição sobre ações e reconvenções³⁷

Com a proclamação da independência do Brasil, a arbitragem ganhou nova previsão legal com a Constituição Imperial de 1824, a qual em seu artigo 160 dispunha, *in verbis*: "Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear árbitros. Suas sentenças são executadas sem recursos, se assim convencionarem as partes".

Ademais, em 1850, o Código Comercial determinou em seu artigo 294³⁸ que a arbitragem fosse obrigatória em litígios envolvendo sócios de sociedades comerciais. Cinco meses após a promulgação do Código Comercial foi editado o Decreto nº 737, o qual dedicou 66 artigos à disciplina do juízo arbitral voluntário ou necessário (arts. 411-475)³⁹.

Quanto à arbitragem no Código Comercial, dispõe Pedro Batista Martins:

[...] o Código Comercial traz em seu bojo a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreve-o de modo obrigatório às questões (i) resultantes de contratos de locação mercantil, (ii) suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, (iii) de direito marítimo, no que toca a pagamento de salvados e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e (iv) relacionadas à quebra⁴⁰

A arbitragem obrigatória foi revogada pela Lei nº 1.350, de 14 de setembro de 1866, a qual estabeleceu em seu artigo 1º: "Fica derogado o Juízo Arbitral necessário,

Partidas, dos costumes e do uso. Cf. NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 9. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 185.

³⁷ SILVA, Adriana S. *Acesso à justiça e Arbitragem: um caminho para crise do Judiciário*. Barueri, SP: Editora Manole. 2005. p 19-20.

³⁸ Código Comercial de 1850, Artigo 294: Todas as questões sociais, que se suscitarem entre sócios durante a existência de sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

³⁹ LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Advocacia de Empresas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p.192.

⁴⁰ MARTINS, Op. cit., p. 40.

estabelecido pelo artigo vinte título único do Código Comercial" dispoendo ainda em seu §1º que o juízo arbitral "será sempre voluntário mediante o compromisso das partes"⁴¹.

Posteriormente, a arbitragem veio a ser regulada no Código Civil de 1916, em seus artigos 1.037 a 1.048. Interessante destacar a redação do art. 1.044, o qual conferia competência às "leis do processo" para regulamentar o procedimento arbitral, numa referência direta aos Códigos de Processo Civil estaduais⁴²⁻⁴³.

Ademais, o Brasil internalizou por meio da edição do Decreto nº 21.187/1932 o Protocolo de Genebra (1923), sendo este o primeiro diploma convencional de âmbito global a tratar da arbitragem. O referido Protocolo é de grande importância para o Brasil, tendo sido o único diploma legal ratificado sobre o tema até meados da década de 90 do século XX⁴⁴. Dentre suas disposições, destaca-se o artigo 1º⁴⁵, que equipara, para todos os fins, os efeitos do compromisso arbitral⁴⁶ ao da cláusula compromissória⁴⁷.

Ato contínuo, com a unificação da legislação processual civil a partir do Código de Processo Civil de 1939, o juízo arbitral veio a ser regulamentado no Livro IX, entre os artigos 1.031 a 1.046. De acordo com Carlos Augusto da Silveira Lobo o referido CPC de 1939 "inspirou-se na lei adjetiva baiana, então revogada como os demais códigos processuais dos Estados, pouco inovando com relação ao que já se havia estabelecido no Decreto nº 737 e no Decreto nº 3.900"⁴⁸,.

⁴¹ A referida lei foi regulamentada pelo Decreto nº 3.900, de 26 de Junho de 1867, o qual vigeu em âmbito federal até o advento do Código de Processo Civil de 1939, exceto nos Estados que regulamentaram a arbitragem em seus códigos de processo civil, Cf. LOBO, op cit., p. 193.

⁴² Nesta época não havia um código de processo civil unificado, por essa razão cada Estado tinha competência para editar o seu próprio Código de Processo Civil.

⁴³ Código Civil de 1916, Art. 1.044: Instituído, judicial ou extrajudicialmente o juízo arbitral, nele correrá o pleito os seus termos, segundo o estabelecido nas leis do processo.

⁴⁴ TIBURCIO, op. cit. p, 81.

⁴⁵ Decreto nº 21.187/1932 (Protocolo de Genebra), art. 1º. Cada um dos Estados contratantes reconhece a validade, entre partes submetidas respectivamente à jurisdição de Estados contratantes diferentes, de compromissos ou da cláusula compromissória pela qual as partes num contrato se obrigam, em matéria comercial ou em qualquer outra suscetível de ser resolvida por meio de arbitragem por compromisso, a submeter, no todo ou em parte, as divergências, que possam resultar de tal contrato, a uma arbitragem, ainda que esta arbitragem deva verificar-se num país diferente daquele a cuja jurisdição está sujeita qualquer das partes no contrato.

Cada Estado contratante se reserva a liberdade de limitar a obrigação acima mencionada aos contratos considerados como comerciais pela sua legislação nacional. O Estado contratante, que usar desta faculdade, avisará o Secretário Geral da Sociedade das Nações, afim de que os outros Estados contratantes sejam disso informados.

⁴⁶ O compromisso arbitral corresponde ao documento solene, lavrado por duas ou mais pessoas, no qual os signatários comprometem-se a submeter eventual controvérsia perante uma corte arbitral em detrimento ao seu eventual direito de se socorrer no poder judiciário estatal.

⁴⁷ Cláusula compromissória corresponde à cláusula de arbitragem inserida dentro de determinado contrato.

⁴⁸ LOBO, op. cit., p. 194.

Em 1973 promulgou-se o ainda vigente Código de Processo Civil, que à época de sua edição regulamentou a arbitragem entre os artigos 1.072 a 1.102, pouco inovando com relação à regulamentação do Código de Processo Civil anterior. Ressalte-se que as disposições dos artigos mencionados foram todas revogadas com o advento da atual lei de arbitragem.

Por fim, a arbitragem ainda foi tratada em território nacional por meio da internalização da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, (Panamá, 1975) por meio da edição do Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996, tendo a publicação ocorrido às vésperas da entrada em vigor da lei de arbitragem.

Isto posto, os principais motivos para este "relativo"⁴⁹ ostracismo que a arbitragem experimentou no Brasil antes da atual lei decorre dos seguintes fatores:

- (i) as antigas leis que regulamentavam a matéria faziam uma clara distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, podendo apenas o segundo instaurar um procedimento de arbitragem (art. 1.072 e 1.703 do CPC de 73);
- (ii) havia a obrigatoriedade de homologação dos laudos arbitrais eventualmente proferidos pelo poder judiciário (art. 1096 do CPC);
- (iii) as partes não se vinculavam ao compromisso de arbitragem eventualmente celebrado, de modo que a parte recalcitrante em participar do procedimento arbitral poderia, àquela época, recorrer ao poder judiciário para dirimir sua disputa, ficando resolvida a prejudicialidade do procedimento arbitral em perdas e danos em benefício da parte que se viu frustrada em dirimir a disputa pela arbitragem⁵⁰.

2.1.2 A ARBITRAGEM APÓS O ADVENTO DA LEI Nº 9.307/96

Muitos estudiosos encontravam-se desanimados com o tratamento que a arbitragem vinha recebendo em território nacional. A insatisfação não era apenas com a arbitragem em si, mas também com a incapacidade do poder judiciário apresentar uma solução minimamente satisfatória aos anseios por soluções mais rápidas e eficazes.

Neste contexto, no término do ano de 1991, por iniciativa do Instituto Liberal de Pernambuco, nasce a "*Operação Arbiter*", com o fito de revitalizar o instituto da arbitragem e apresentar uma solução aos problemas acima debatidos. Neste sentido, foi

⁴⁹ Fala-se em relativo, pois houve algumas arbitragens de grande repercussão neste período anterior à Lei Marco Maciel, como o caso Lage, "O butim de Lord Cochrane", caso Minas versus Verneck e o caso Ivarans. Cf.. LOBO, Idem, p. 193-212 *passim*.

⁵⁰ Idem, p. 213.

constituído um grupo de pesquisadores e estudiosos, do qual se destacam Carlos Alberto Carmona, Selma Lemes e Pedro Batista Martins, responsáveis pela redação do anteprojeto da atual lei de arbitragem brasileira.

Após a implementação das sugestões aprovadas, a redação final do anteprojeto foi aprovada em 1992, tendo este sido discutido e apresentado no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, realizado em Curitiba, em 27 de abril de 1992. A partir deste ponto, o projeto foi apresentado ao Senado Federal para tramitação, tendo na figura do então Senador Marco Maciel o patrono do projeto no Congresso Nacional⁵¹.

No dia 24 de setembro de 1996 a atual lei de arbitragem, conhecida como "Lei Marco Maciel", foi publicada no Diário Oficial da União. Em que pese o relativo ostracismo da arbitragem experimentado no passado, com o advento da Lei Marco Maciel, todo este cenário foi alterado, uma vez que:

- (i) foi equiparado o tratamento jurídico da cláusula compromissória ao compromisso arbitral, adotando-se o *nomen juris* "*convenção de arbitragem*", conforme o Capítulo II, art. 3º, da Lei de Arbitragem⁵²;
- (ii) foi criado procedimento próprio, previsto no art. 7º, para forçar a parte recalcitrante a submeter-se ao juízo arbitral⁵³, desaparecendo a sujeição da arbitragem à jurisdição estatal nas matérias que lhes forem próprias; e
- (iii) foram equiparados os efeitos do laudo arbitral aos de uma sentença proferida por um juiz togado, consoante a redação do art. 18 da Lei de Arbitragem⁵⁴, c/c Art. 475-N, IV, do Código de Processo Civil⁵⁵. Ademais, as decisões arbitrais proferidas em território nacional não mais precisam passar pelo processo de homologação para serem executadas.

Além disso, a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova Iorque (1958), foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.311, de 23/07/2002. No ano anterior, o Pleno do Supremo Tribunal Federal

⁵¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, p. 9-10.

⁵² Lei n. 9.307/96, art. 3º: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

⁵³ Lei n. 9.307/96, art. 7º: 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.

⁵⁴ Lei n. 9.307/96, 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.

⁵⁵ Código de Processo Civil, art. 475-N. São títulos executivos judiciais: [...] IV – a sentença arbitral;

declarou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5206⁵⁶.

Tais fatos colocaram o Brasil de maneira definitiva no cenário da arbitragem. A guisa de exemplificação, segundo estatísticas do ano de 2012, o Brasil é um dos países que mais utiliza a arbitragem, sendo o 4º país com maior número de arbitragens perante a Câmara de Comércio Internacional ("CCI"), estando atrás de EUA, Alemanha e França⁵⁷.

Atualmente, está sendo discutido no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS), nº 406/2013⁵⁸, o qual pretende introduzir uma série de mudanças pontuais na Lei n. 9.307/96 para ampliar ainda mais o âmbito de aplicação da arbitragem, bem como sua eficiência⁵⁹.

Feitas essas considerações quanto à formação e evolução histórica da arbitragem no globo e no Brasil, passa-se a analisar as diferentes concepções quanto a natureza jurídica deste instituto, bem como sua relação com a jurisdição.

3. A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONCEITO E NATUREZA

Embora extensivamente comentada ao longo deste artigo, ainda não foi feita uma conceituação do que seria arbitragem. Neste sentido, arbitragem consiste em método alternativo de resolução de litígio na qual um ou mais indivíduos decidem eleger terceiro(s) idôneo(s) e independente(s) para lhes dirimir eventuais controvérsias existentes. Nas palavras de Carlos Alberto Carmona:

⁵⁶ O julgamento da constitucionalidade da Lei de Arbitragem deu-se por apertada maioria 6 a 4. Posicionaram-se favoráveis à constitucionalidade da Lei os Ministros Nelson Jobim, Ilmar Galvão, Ellen Gracie, Maurício Corrêa, Marco Aurélio, Celso de Mello e Carlos Velloso; restando vencidos os ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira Moreira e Moreira Alves.

⁵⁷ LEMES, Selma. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>. Acesso 21/04/2014.

⁵⁸ Ementa do Projeto de Lei do Senado, nº 406 de 2013: Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem.

⁵⁹ Em 11 de fevereiro de 2014, o Ofício n. 177, do Presidente do Senado Federal, encaminhou ao Primeiro-Secretário da Câmara dos Deputados o PL 406/2013, a fim de ser submetido à revisão da Câmara dos Deputados, nos termos do art. 65 da Constituição Federal. Nesta Casa o projeto foi autuado sob o n. 7.108/2014. Em razão da distribuição a mais de três comissões de mérito, foi criada Comissão Especial para apreciar o projeto, na forma do art. 34, II, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Em 15/7/2014, a Comissão Especial aprovou o parecer favorável à aprovação o Projeto.

Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual, um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Essa característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser impostas às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes).⁶⁰

Quanto à natureza jurídica do referido instituto esta se mostra controvertida, estando a doutrina dividida em 3 correntes: (i) privatista ou contratual, (ii) publicista ou jurisdicional e a (iii) híbrida ou mista.

3.1. A CORRENTE PRIVATISTA

A primeira corrente enxerga a arbitragem como instituto de natureza unicamente contratual, de modo que a decisão do árbitro seria cogente apenas àqueles que participaram do procedimento arbitral e que o elegeram como método de resolução de controvérsia. Dentre os defensores desta corrente destacam-se os processualistas italianos Giuseppe Chiovenda e Salvatore Satta.

Para Giuseppe Chiovenda "*[i]l carattere giurisdizionale dovrebbe apparire durante l'arbitrato; ma è proprio durante l'arbitrato che la natura meramente privata dell'attività arbitrale si manifesta nel difetto d'ogni potere, che consenta agli arbitri d'escutare coattivamente testimoni, di eseguire coattivamente un'ispezione oculare e via dicendo.*"⁶¹

Salvatore Satta e Carmine Punzi afirmam que o poder dos árbitros julgar não "*[d]eriva loro dalla lege, sia pure attraverso la designazione delle parti: del potere giurisdizionale, con le sue naturali implicazione coercitive, gli arbitri non hanno alcun elemento, non possono neppure far giurare un testimoniaio, imporre un sequestro, emanare una ingiun.*"⁶²⁻⁶³

⁶⁰ Op. cit., p 31-32.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I, Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933, p 70-71.

⁶² SATTÀ, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*. 12.ed. Padova: Editora CEDAM, 1996, p.1054-1055.

⁶³ Os dois processualistas italianos acima citados afirmam que a autoridade do árbitro emana exclusivamente da designação das partes e não da lei. Ademais, afirmam que, em pese o poder decisório em que os árbitros são investidos assemelhar-se em muito a jurisdição, esta não pode ser confundida com aquele. Na concepção dos professores Italianos, careceriam os árbitros de poder coercitivo para fazer cumprir suas decisões, bem como aplicar medidas como arrolar testemunhas, impor medidas de sequestro

No Brasil, o advogado Sergio Bermudes é um dos defensores da corrente privatista. Em suas palavras:

A jurisdição só o Estado pode exercê-la. Trata-se de um atributo da sua soberania. Giuseppe Chiovenda a vê, corretamente, como uma atividade *substitutiva*. No exercício da jurisdição, o Estado substitui por sua vontade, coativamente imposta, a vontade das partes em lide ou – diga-se por extensão – a vontade do titular da pretensão concernente à matéria de relevância social. Pode acontecer, como acontece no mais das vezes, que a vontade do Estado coincida com a de um dos litigantes ou com a do titular do interesse não conflituoso. Todavia, não é a vontade deles que prevalece, senão a vontade do Estado, enunciada no ato pelo qual ele presta a jurisdição. A vontade jurisdicional do Estado é substitutiva da vontade das partes, ainda quando parte seja o próprio Estado por um dos componentes do seu imenso e formidável organismo.⁶⁴

3.2 A CORRENTE PUBLICISTA

A corrente publicista, a nosso ver a que exprime corretamente a natureza da arbitragem (cf. item 3.4), uma vez que esta vislumbra o instituto como atividade jurisdicional própria, diferentemente dos privatistas que a consideram contratual. Dos defensores desta corrente destacam-se Carlos Alberto Carmona, José Eduardo Carreira Alvim, Nelson Nery Junior, Humberto Theodoro Junior.

Para Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery:

A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existia entre as partes. A arbitragem é instrumento de pacificação social. Sua decisão é exteriorizada por meio de “sentença”, que tem qualidade de título executivo judicial (CPC 584 III), não havendo necessidade de ser homologada pela jurisdição estatal.⁶⁵

Ademais, quanto aos efeitos da sentença arbitral, afirma Humberto Theodoro Jr:

O juízo arbitral (Lei nº 9.307, de 23.09.96) importa renúncia à via judiciária, confiando às partes a solução da lide a pessoas desinteressadas, mas não integrantes do Poder judiciário. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder judiciário (art. 31 da citada Lei).⁶⁶

Neste mesmo sentido, dispõe Carlos Alberto Carmona:

sobre os bens e liminares. Situação esta oposta à vivenciada pelos juízes togados, os únicos investidos de Jurisdição no entendimento dos doutrinados italianos, aos quais é conferida ampla autoridade para garantir o cumprimento de suas decisões.

⁶⁴ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 21.

⁶⁵ NERY JÚNIOR, Néilson; NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.1.434.

⁶⁶ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v. I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.49.

O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuou a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual - e muito menos jurisdicional - fora do âmbito da tutela estatal estrita. [...]

O conceito de jurisdição, em crise já há muitos anos, deve receber novo enfoque, para que se possa adequar a técnica à realidade. É bem verdade que muitos estudiosos ainda continuam a debater a natureza jurídica da arbitragem, uns seguindo as velhas lições de Chiovenda para sustentar a ideia contratualista do instituto, outros preferindo seguir ideias mais modernas, defendendo a ampliação do conceito de jurisdição, de forma a encampar também a atividade dos árbitros; outros, por fim, tentam conciliar as duas outras correntes. [...]

O fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo legal e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial. Sirva, pois, esta evidência para mostrar que a escolha do legislador brasileiro certamente foi além das previsões de muitos ordenamentos estrangeiros mais evoluídos que o nosso no trato do tema, trazendo como resultado final o desejável robustecimento da arbitragem⁶⁷

Conforme pondera José Eduardo Carreira Alvim:

A primeira corrente relega o procedimento arbitral, por inteiro, à esfera contratual, e os árbitros só podem dispor o "material lógico" da sentença, que restaria na esfera da atividade privada, e que o juiz, através do decreto de exequibilidade, transforma numa sentença, consistente no somatório de um juízo lógico e de um comendo.⁶⁸

Em salutar síntese acerca das duas primeiras correntes até aqui apresentadas, dispõe João Roberto da Silva:

Os privatistas se apegam à natureza do ato que deu origem à arbitragem, que a seu ver é um ato de natureza privada, instituída através da cláusula arbitral, ou do compromisso de arbitragem, que é proveniente de um negócio jurídico de natureza privada. Por esse motivo a função do árbitro tem caráter privado e a eficácia de sua decisão depende, basicamente, de chancela estatal, pois equivale a um parecer ou laudo técnico. Os publicistas vêem o aspecto teleológico da função do árbitro, no seu aspecto finalista, sendo que a função, evidentemente, é pública e o ato é que é privado. Esta teoria adota o entendimento jurisdicional e atribui ao árbitro todas as funções inerentes a jurisdição, exceto o poder de império, privativo aos juízes togados.⁶⁹

⁶⁷ Op. cit., p 26-27.

⁶⁸ ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 3.ed. rev. e at. Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense. 2007, p 38.

⁶⁹ SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – Aspectos gerais da Lei 9307/96*. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2004, p 45-46.

3.3 A CORRENTE MISTA

José Eduardo Carreira Alvim, ao fazer sua exposição sobre as diferentes correntes acerca da natureza jurídica da arbitragem, define a corrente mista da seguinte maneira:

A terceira corrente sustenta de um lado, que a decisão do árbitro não é uma sentença, porquanto precisa do decreto de executoriedade (não só para ser executiva, mas também, para ser obrigatória), de outro o árbitro e o juiz concorrem para formação da decisão da controvérsia, o que evidencia que a sentença (e também o juízo) e é constituída pelo laudo como pelo decreto do juiz.⁷⁰

Entre os defensores desta vertente, destacam-se Francesco Carnelutti e Alexandre Freitas Câmara. De acordo com a concepção de Francesco Carnelutti:

Los árbitros son personas a quienes las partes encomiendan de común acuerdo la composición de una litis de pretensión discutida (controversia; art. 806; supra, n. 9). El proceso ante árbitros es, por tanto, un equivalente del proceso contencioso de cognición; se niega a los árbitros toda diversa función procesual, ejecutiva, cautelar (art. 818) o voluntaria.

Las razones por las cuales pueden las partes preferir la solución de la litis por medio de árbitros a la solución procesual ordinaria, son varias: ante todo, la naturaleza de las cuestiones, que exijan particular experiencia en quien tiene que resolverlas; la conveniencia de sustraer a la publicidad el proceso; la dificultad de servirse en el proceso ordinario de documentos que no se encuentren en regla con las prescripciones tributarias.

Antiguamente había que recurrir también a los árbitros cuando las partes preferían para la composición de la litis el juicio de equidad al juicio de derecho; entonces, sólo los árbitros podían, y no el juez ordinario, cuando las partes hubiesen convenido en ello, juzgar sin tomar en cuenta las reglas del derecho; en tal caso se los llamaba amigables componedores; hoy esta razón no cuenta, ya que también los jueces del Estado, al igual que los árbitros (art. 822), pueden ser dispensados de tal observancia (art. 114; supra, n. 31).

En cuanto el acuerdo de las partes se forme y la actividad de los árbitros se despliegue según la ley, la decisión pronunciada por éstos, que toma el nombre de laudo (art. 820), no ya equivale por sí sola a la decisión de los jueces (infra, ns. 78 y sigtes), sino que puede adquirir eficacia igual a ella si se agrega una providencia judicial (homologación; infra, n. 664), obtenida la cual pasa a ser una sentença (art.825').

La composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque pueda adquirirlo mediante el decreto de executoriedad del laudo pronunciado por pretor (infra, n. 664); por eso, el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal.

Se trata, sin embargo, de una heterocomposición, no de una autocomposición; la composición no la obtienen solas las partes, sino a través de la obra de uno o más terceros, análoga a la desplegada por el juez en el proceso.

[...] Por lo demás, tampoco de la conciliación se pasa directamente al arbitraje; hay otro instituto que cada vez se va afirmando más en la práctica (en gran parte a fin de evitar los riesgos fiscales inherentes, no sólo al proceso ante el juez estatal, sino también al proceso ante el juez privado), y es aquel al que se le da el nombre de arbitraje irritual; la irritualidad consiste en que la decisión es encomendada por las partes, al igual que en el arbitraje, a uno o más terceros, pero esa decisión no está destinada a adquirir, mediante el decreto de

⁷⁰ Op. cit., p 39.

*ejecutoriedad, la misma eficacia que una sentencia del juez estatal. Sin embargo, cómo el laudo irritual pueda determinar la composición de la litis, es un problema de gran interés y de no fácil solución, pero que no atañe al derecho procesal.*⁷¹

Interessantes são as considerações tecidas por José Eduardo Carreira Alvim acerca o posicionamento do processualista italiano acima apresentado:

Carnelutti vacilou ao tratar da natureza jurídica da arbitragem. Depois de situá-la, no seu "Sistema"⁷², no terreno processual, estimando que ela não devia ser incluída entre os equivalentes processuais veio a considerá-la, nas suas "Instituições"⁷³, como um equivalente do processo ou um sub-rogado processual. Coerente com o que expôs no seu "Sistema", sustentou que a função exercida pelo árbitro era uma função jurisdicional, não obstante a decisão arbitral necessitasse da homologação judicial, mas para manter-se coerente com as suas "Instituições", negou ao árbitro a função processual e à arbitragem o caráter público. Por isso, a sua posição, antes que contratualista ou processualista, pode ser denominada de intermediária.⁷⁴

Concluindo a apresentação dos defensores da corrente mista, Alexandre Freitas Câmara afirma:

Sendo a arbitragem um procedimento que se realiza obrigatoriamente em contraditório (o que, aliás, é determinado de forma cogente pela lei de arbitragem, que impõe a observância de tal princípio no procedimento arbitral), faz-se presente o 'módulo processual', devendo-se considerar, pois, que a arbitragem é um processo.

Não, porém, um processo jurisdicional, pois a jurisdição é monopólio do Estado, não podendo ser exercida pelo árbitro, o qual é um ente privado. Ademais, não se faz presente na arbitragem a relação jurídica processual jurisdicional, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca da pacificação social. Com isto, coloco-me numa posição publicista frente à arbitragem, negando a tese de quem vê neste instituto uma figura exclusivamente regulada pelo direito privado⁷⁵

Algo peculiar quanto o posicionamento adotado por Alexandre Freitas Câmara é que ele afirma aproximar-se da corrente publicista, ao passo em que reconhece na arbitragem características eminentemente processuais. Não obstante, nega o caráter jurisdicional do processo arbitral. Nesta feita, o referido autor encontra-se em dissonância daquilo que seria o posicionamento publicista tradicional acerca da

⁷¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. v. I. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editora: E.J.E.A (Edición Juridica Europa-America), 1956, p. 115-117.

⁷² Com o uso da expressão "Sistema" o autor refere-se à conceituação de arbitragem trazida por Francesco Carnelutti em sua obra *Sistema di derecho processuale civile*.

⁷³ Com o uso da expressão "Instituições", o autor refere-se ao primeiro volume do livro *Instituciones del Proceso Civil* também escrito por Francesco Carnelutti, do qual foi extraído o trecho acima transcrito.

⁷⁴ Op. cit., p. 41-42.

⁷⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei n° 9.307/96*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, p. 15.

arbitragem. Por essa razão, entende-se que o processualista seria um dos adeptos da corrente mista. Feita essas considerações, avança a parte final deste trabalho.

3.4 A INTRÍNSECA RELAÇÃO ENTRE A FUNÇÃO JURISDICIONAL E A ARBITRAGEM

Por todo exposto, faz-se necessário tecer as presentes considerações quanto à intrínseca relação entre arbitragem e a jurisdição, nos pontos a seguir.

3.4.1 A ESCOLHA PELA CORRENTE PUBLICISTA EM DETRIMENTO DAS DEMAIS

Foram apresentadas as diferentes concepções quanto à natureza jurídica da arbitragem, e, por isso mesmo, releva-se importante justificar a preferência do autor pela corrente publicista.

A priori, no Brasil é nítida a escolha do legislador por conferir a arbitragem um caráter jurisdicional, haja vista que a Lei de Arbitragem confere à sentença arbitral o mesmo prestígio da sentença de um juiz do Estado, havendo, portanto, uma equivalência entre a decisão proferida pelo árbitro e a decisão do juiz. Além disso, conforme o artigo 18 da Lei nº 9.307/96, o árbitro é juiz de fato e de direito.

No momento em que as partes celebram convenção de arbitragem, a Jurisdição Estatal é derogada dos juízes por força da lei e investida aos árbitros, sendo, portanto, a função dos árbitros fundamentalmente jurisdicional.

Além disso, o argumento utilizado pelos opositores ao caráter jurisdicional da arbitragem de que os árbitros não possuem poder coercitivo revela-se falacioso. Frise-se: os árbitros não possuem poder coercitivo *direto*; contudo, eles possuem poder de coerção *indireto*, ao passo que podem requerer aos juízes togados para fazer cumprir as medidas que estes porventura considerem necessárias.

Ressalte-se que o requerimento aqui mencionado emitido pelos árbitros ao juiz togado assemelha-se em muito à figura da carta precatória (arts. 200 e 202 do CPC)⁷⁶. Advirta-se que não compete ao juiz togado exercer qualquer tipo de juízo de valor ou admissibilidade quanto à medida solicitada pelo árbitro, salvo em patentes casos de

⁷⁶ Atualmente, está em trâmite na Câmara dos Deputados para revisão, nos termos do art. 65 da Constituição, o PLS n. 406/2013, que tomou o na Casa o número 7.108/2014. Tal projeto propõe alterar a Lei nº 9.307/96, e a Lei nº 6.404/76, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem; e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Uma das novidades trazidas por este projeto diz respeito à criação da "Carta Arbitral" (art. 22-C), que funcionará como uma carta precatória expedida pelos juízos arbitrais.

irregularidade. O magistrado cabe cumprir as medidas pelo árbitro deferidas que estejam dentro de sua jurisdição conferida pela cláusula de arbitragem.

Por último, é preciso afirmar que a natureza jurídica da arbitragem é processual e não contratual. A afirmação que aqui se faz é de fácil comprovação: tanto a arbitragem como o processo civil procuram dirimir uma lide por uma sucessão de atos coordenados, produzindo ao término destes uma sentença que irá pacificar o conflito, sendo inegável a natureza processual deste método de resolução de disputa. Neste contexto, há, portanto, (a) o processo civil constitucional e o (b) processo arbitral constitucional. Neste sentido, a lição de Cândido Rangel Dinamarco:

Essa expressiva aproximação entre o processo arbitral e o estatal é suficiente para abrigá-lo sob o manto do direito processual constitucional, o que importa considerar seus institutos à luz dos superiores princípios e garantias endereçadas pela Constituição da República aos institutos processuais. Isso implica também, conseqüentemente, incluir o processo arbitral no círculo da teoria geral do processo, entendida esta muito amplamente como legítima condensação metodológica dos princípios e normas regentes do exercício do poder.

A doutrina especializada esmera-se em fazer essa atração da arbitragem ao sistema de regras destinadas ao processo civil comum, o que constitui valiosa premissa metodológica indispensável ao seu bom entendimento e à correta solução dos problemas que lhe são inerentes. Assim está precioso estudo no qual Vincenzo Vigoriti destaca, em relação ao juízo arbitral, a necessidade "*do respeito às regras fundamentais dos juízos cíveis, tradicionalmente resumidas na fórmula do procedural due process*". Na doutrina brasileira, Selma Ferreira Lemes refere-se à doutrina francesa e afirma que o enunciado de princípios no Código de Processo Civil constitui uma "*parte de onde se originam os princípios que se aplicam a todas as ordem de jurisdição, dos quais grande parte ressoa na instância da arbitragem, tais como o princípio dispositivo, o princípio do contraditório, liberdade de defesa, direito de ser ouvido, conciliação etc*".

O primeiro pilar do presente estudo é, portanto, representado pela afirmação da plena incidência, sobre o processo arbitral, dos princípios e garantias constitucionais inerentes à tutela constitucional do processo. Quando se pensa no acesso à justiça, que é a magna condensação de todas as garantias do processo, hoje é imperioso incluir nesse pensamento as aberturas para a tutela jurisdicional pela via da arbitragem, como alternativa às vias estatais. Quando se pensa no contraditório e na ampla defesa, deve-se pensar na participação dos sujeitos processuais no processo estatal e no arbitral também. Quando, enfim, se pensa no *due process of law* como princípio tutelar da observância de todos os demais princípios, não se pode excluir o devido processo legal arbitral, como fonte de tutelas jurisdicionais justas e instrumento institucionalizado de pacificação de conflito.⁷⁷

Os privatistas ao entenderem pela natureza contratual da arbitragem parecem confundir (i) a natureza jurídica da arbitragem em si, com a (ii) natureza da convenção

⁷⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites de sentença arbitral e de seu controle jurisdicional In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. (Org.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 327-328.

de arbitragem⁷⁸. Explica-se: enquanto a primeira possui natureza jurídica processual, a segunda possui natureza jurídica contratual, na medida em que esta é submetida às leis que regem os vícios dos negócios jurídicos, como o dolo, o erro ou a lesão, por exemplo. Ressalta-se: embora a convenção de arbitragem seja pedra fundamental da arbitragem, é deveras importante não confundir a natureza desta com aquela.

3.4.2 ANTERIORIDADE DA ARBITRAGEM ANTE A JURISDIÇÃO ESTATAL

Conforme foi tratado no início deste artigo, o Estado é o fruto dos pactos recíprocos celebrados pelos concidadãos. Após sua constituição, o Estado gradativamente foi avocando o poder para solucionar conflitos. Contudo, é preciso asseverar que antes mesmo do nascimento do Estado, o homem já havia criado através do contrato mecanismos um instrumento rudimentar para dirimir e organizar seus projetos e conflitos.

Neste passo, parece um verdadeiro contrasenso reconhecer a função jurisdicional como poder privativo que emana do Estado para solucionar conflitos, afinal o homem já possuía um meio legítimo de resolver suas controvérsias antes mesmo do advento desse e das leis positivas.

Ademais, revela-se salutar recordar que o poderio do Estado, e, por consequência, a Jurisdição, é derivado da vontade dos homens, independentemente do fato de o Estado existir ou não sem o consentimento de alguns.

Negar às partes o poder de eleger a jurisdição a que se submetem em determinadas hipóteses, como ocorre em um procedimento de arbitragem, seria o mesmo que, *mutatis mutantis*, negar o *animus* dos homens primitivos que conferiu ao Estado o primado da função jurisdicional. Impende asseverar que, a priori, todo poder do Estado emana dos homens que legitimam sua existência e não do próprio Estado. Lembre-se: o Estado foi criado para servir aos homens e não o contrário.

Além disso, atualmente, o poder jurisdicional da arbitragem deriva também do Estado, eis que o próprio Estado é quem permite às partes a eleição do método de resolução de litígios por meio da lei de arbitragem e dispõe sobre seus limites. Não

⁷⁸ A convenção de arbitragem é um contrato de poderes especiais que quando regularmente celebrada tem o poder de impor efeitos positivos e negativos na jurisdição, tornando-se inclusive, autônoma ao contrato em que esta inserida (princípio da autonomia da cláusula compromissória. Em que pese a excepcionalidade deste contrato, a natureza deste não deve ser vista como a natureza da arbitragem em si.

obstante, em que pese a arbitragem estar revestida de jurisdição, esta não é plena como ocorre com a jurisdição estatal, conforme verificar-se-á a seguir.

3.4.3 LIMITES À JURISDIÇÃO ARBITRAL E O ACESSO À JUSTIÇA

O primeiro passo para se compreender a limitação da jurisdição arbitral em relação à jurisdição estatal perpassa pelo conceito de *arbitrabilidade*. Arbitrabilidade, em uma tradução livre as palavras de Emmanuel Gaillard, é "exclusivamente a possibilidade de solucionar disputas por meio da arbitragem"⁷⁹.

O conceito de arbitrabilidade pode ser dividido em *arbitrabilidade objetiva* - quais matérias são sujeitas à arbitragem, ou seja, a jurisdição arbitral - e *arbitrabilidade subjetiva* - quem pode contratar uma arbitragem ou quem pode optar pela jurisdição estatal. A Lei nº 9.307/96 disciplina em seu art. 1º o referido conceito, ao dispor que "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

O artigo acima mencionado contém em sua redação tanto o conceito de (i) arbitrabilidade subjetiva - "as pessoas capazes de contratar" - como (ii) arbitrabilidade objetiva - "litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" .

Neste diapasão, a capacidade para contratar - *arbitrabilidade subjetiva* - e a consequente limitação subjetiva para eleição da jurisdição estatal, encontra-se regulada no Código Civil (arts. 104, I, 166, I, e 171, I). da mesma forma que todos os negócios jurídicos⁸⁰⁻⁸¹⁻⁸². Deste modo, aqueles que não podem celebrar negócios jurídicos por incapacidade não podem eleger a via arbitral para dirimir seus conflitos.

Naquilo que concerne à *arbitrabilidade subjetiva*, mostra-se salutar a presente ressalva: é preciso que seja feita uma leitura técnica do vocábulo "pessoa" empregado no art. 1º da Lei de Arbitragem, não se caindo na ilação de que o termo refere-se exclusivamente a pessoas físicas. Conforme bem pontua José Emilio Nunes Pinto:

O sentido da palavra "pessoas", na forma utilizada pela lei, abrange, com recurso às disposições contidas no Código Civil, inclusive e além das pessoas físicas e

⁷⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John - *Fouchard Gaillard Goldman - International commercial arbitration*. The Hague; Boston; London; Editora Kluwer Law International, 1999, p. 312.

⁸⁰ Código Civil, art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; [...].

⁸¹ Código Civil, art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; [...].

⁸² Código Civil, art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; [...].

jurídicas de direito privado, as pessoas jurídicas de direito público interno e, em especial, o Estado (União, Estados e Municípios), as autarquias, assim como as empresas estatais. Portanto, o Estado e empresas por ele controladas estão devidamente autorizados a utilizar-se da arbitragem, sendo que essa autorização tem caráter geral e está inserida no texto legal que regula, no Brasil, o instituto da arbitragem⁸³

Neste sentido não haveria empecilho para o próprio Estado submeter-se à jurisdição arbitral por meio da celebração de convenção de arbitragem com os participantes em eventuais procedimentos licitatórios, como também, em quaisquer outras hipóteses em que a via arbitral mostrar-se mais eficiente do que a adoção pela via estatal⁸⁴. Destaca-se: o próprio Estado reconhece e submete-se à restrita jurisdição arbitral.

Em relação aos direitos patrimoniais disponíveis, *arbitrabilidade objetiva*, esses são a única espécie de direitos que pode ser dirimida por arbitragem. Quanto a definição deste conceito, salutar é a definição trazida por Pedro Batista Martins, que define direitos patrimoniais disponíveis como "aqueles passíveis de conversão monetária e que se encontrem na livre disposição do titular."⁸⁵

Feitas essas considerações quanto às limitações da jurisdição arbitral, percebe-se que a arbitragem é de fato uma válvula de escape para ineficiência do modelo exclusivo de jurisdição estatal. A arbitragem é, portanto, mas uma importante ferramenta que pode ser utilizada para concretização do princípio de acesso à justiça insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988. Neste sentido, o ex-Ministro José Augusto Delgado comenta:

O juízo arbitral, na forma concebida pela Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, não vai de encontro aos princípios da jurisdição única ou da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), da essencialidade do juiz natural, com banimento do juízo ou tribunal de exceção (CF, art. 5º, XXXVII) e da ampla defesa (CF, art. 5º, LIV e LV).

⁸³ PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2843,71043-A+arbitrabilidade+de+controversias+nos+contratos+com+o+Estado+e>. Acesso em 21/04/2014.

⁸⁴ O PLS 406/2013 propõe alterações nos arts. 1º e 2º da Lei de Arbitragem para estabelecer regras sobre a arbitragem envolvendo a administração pública, *in verbis*:

“Art. 1º [...] § 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

“Art. 2º [...] § 3º As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.”

⁸⁵ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos Sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 03

Tais direitos e garantias são fundamentais para o cidadão. Eles continuam sendo respeitados pela arbitragem em sua total integridade, haja vista que ela é, apenas, caminho encontrado, com apoio na lei, pela vontade das partes, expressando com liberdade o seu querer de solucionar os conflitos. Não se pode deixar sem consideração que a solução dos conflitos é o objetivo maior a ser alcançado pelo Estado brasileiro, conforme disposto está no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, ao assim dispor: [...]

Ora, no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, está a síntese dos objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado brasileiro, entre eles o de proporcionar aos administrados uma convivência baseada na harmonia social e na solução pacífica das controvérsias.

Evidente que, em face de tal posicionamento do constituinte brasileiro, não se entregou, de modo exclusivo, ao Poder Judiciário a entrega da prestação jurisdicional.

O art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, não invalida o disposto no art. 1º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, ao determinar que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se de arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. No dispositivo em apreço, há uma faculdade outorgada ao cidadão capaz de contratar e de dispor a respeito do seu patrimônio.

Não consta qualquer impedimento de o litígio deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário. O artigo comentado respeita, conseqüentemente, à manifestação da vontade do cidadão, valorizando a sua dignidade humana, em face do que dispõe o art. 1º, incisos II e III, da Constituição Federal, cuja redação transcrevo: [...]

A solução dos conflitos por meios alternativos processuais, como é o caso da arbitragem, que atua, apenas, no campo patrimonial, constitui, portanto, um direito subjetivo fundamental do cidadão e que merece o apoio de toda a comunidade jurídica. Esse entendimento decorre da interpretação sistêmica da Constituição Federal, quando vincula-se a mensagem contida em seu Preâmbulo, na parte que prega a harmonia social e a solução pacífica dos conflitos, com os arts. 1º, II e III, e 5º, inciso XXXV, da mesma Carta Magna.

Há plena liberdade de o Homem em situação de conflito patrimonial optar pela solução via arbitragem. Esta, por sua vez, se ofender, na sua prática, a quaisquer princípios garantidores dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, poderá ser anulada, pela via do Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 33 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A arbitragem, na forma instituída no Brasil, atende, conseqüentemente, aos propósitos fundamentais veiculados na Carta Magna e se aproxima dos anseios do povo de conviver com uma justiça rápida, segura, desburocratizada e de fácil acesso, especialmente por não exigir maiores despesas financeiras.⁸⁶

Portanto, a arbitragem revela-se não só como uma das vertentes da jurisdição, mas também como uma importante ferramenta contributiva para concretização dos direitos fundamentais de todos os cidadãos. Ato contínuo, passa-se a conclusão desta pesquisa.

CONCLUSÃO

A guisa de conclusão verifica-se que a arbitragem é um dos mais antigos métodos de resolução de conflitos e sua utilização remonta a períodos imemoráveis da

⁸⁶ DELGADO, José Augusto - *A arbitragem: direito processual da cidadania*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>>. Acesso 28/07/2014.

história do homem. Ademais, por meio da digressão histórica feita ao longo deste artigo, foi possível demonstrar que a arbitragem sempre se fez presente no desenvolver da humanidade – embora em algumas épocas de maneira mais ativa e em outras menos.

Na atualidade, a arbitragem ganha grande relevância não apenas pela impossibilidade do modelo Estatal de gerir as demandas que lhe são submetidas e, também, pelo crescente processo de integração global que se vem experimentando nas últimas décadas. Assim, revelam-se indispensáveis foros imparciais para dirimir controvérsias internacionais.

Envolvido neste contexto, é preciso que cada vez mais o instituto da arbitragem seja fortalecido, pois a crença em mecanismos eficazes na pacificação de conflitos é essencial para manutenção da própria estrutura social. A sociedade clama por uma resposta às suas demandas e compete ao Estado atender de maneira satisfatória tal expectativa.

Além disso, a eficiência na resolução de conflitos e a segurança jurídica são fatores preponderantemente na tomada de decisões de investimento. Nesta feita, apostar em um método célere, flexível, especializado, eficaz, sigiloso e neutro parece, sem dúvida, um acerto. Por essa razão, revela-se indispensável o presente diálogo entre a arbitragem e o conceito de jurisdição, haja vista o anacronismo e defasagem do conceito de Jurisdição, vinculado exclusivamente à autoridade de um Estado específico.

A jurisdição, portanto, deve ser entendida não apenas como a extensão da soberania de um único Estado, mas, na realidade, como o poder oriundo de uma autoridade legitimada para pacificar conflitos e tornar suas decisões eficientes. E a arbitragem, por outro lado, não deve ser vista como senão outro braço do aparato jurisdicional, ao passo que ambos os conceitos complementam-se de maneira sinérgica. Isto posto, encerra-se o presente diálogo entre o conceito de jurisdição e a arbitragem.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Direito Arbitral*. 3.ed. rev. e at. por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. v. 4. 5.ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1938.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um Comentário à Lei 9.307/96*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. v. I. Tradução da 5ª edição italiana por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Editora: E.J.E.A (Edicione Juridica Europa-America). 1956.

CAVALCANTI, Fabio Robalinho. *Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora FGV-Rio, 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzioni di Diritto Processuale Civile*. v. I. Napoli: Nicola Jovene & C. Editori, 1933.

DELGADO, José Augusto - *A arbitragem: direito processual da cidadania*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29760-29776-1-PB.pdf>>. Acesso 28/07/2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites de sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani. (Org.). *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima*. São Paulo: LTr, 2002, p. 327-343.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. v. I - parte general. 2. ed. Trad. do alemão por Blás Perez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1954

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John - *Fouchard Gaillard Goldman - International commercial arbitration*. The Hague; Boston; London; Editora Kluwer Law International, 1999, p. 312.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 25.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 4.ed. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1988.

LEMES, Selma. *Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil>>. Acesso 21/04/2014.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. *Advocacia de Empresas*. Rio de Janeiro: Renovar. 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil. In GARCEZ, José Maria Rossini (Org.). *A Arbitragem na Era da Globalização*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p 35-67.

_____. *Apontamentos Sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a lei 9.307/96*. Curitiba: Juruá, 1999.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. 9.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY JÚNIOR, Néelson; NERY, Rosa Maria A. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 13.ed. rev. e at. por Caitlin Mulholand. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI2843,71043-A+arbitrabilidade+de+controversias+nos+contratos+com+o+Estado+e>. Acesso em 21/04/2014.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito processual civil*. v.1. 28.ed .rev. e at. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto Processuale Civile*, 12.ed. Padova: Editora CEDAM, 1996.

SILVA, Adriana S. *Acesso à justiça e Arbitragem: um caminho para crise do Judiciário*. Barueri: Editora Manole, 2005.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem. Aspectos gerais da Lei 9307/96*. São Paulo: Editora JH Mizuno, 2004.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*.. Disponível< <http://www.reocities.com/CapitolHill/Senate/3827/artig110.html>>. Acesso 23/07/2014. Disponível também em TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo - A arbitragem no sistema jurídico brasileiro IN: *Revista dos Tribunais* , v. 735, ano 86. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, Jan., 1997, p. 39-48

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. I. 51.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TIBÚRCIO, Carmen. Arbitragem no Brasil: Panorama dos Últimos 15 anos. In LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (Coord.). *Arbitragem. Temas contemporâneos*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012, p. 73-101.