

O JUÍZO ARBITRAL E SEU NOVO FORMATO

Gustavo Augusto de Ataíde Souza

Mestrando em Direito Empresarial
Faculdade de Direito Milton Campos

Sumário:

1. Introdução. 2. Raízes históricas da arbitragem. 3. Natureza jurídica da arbitragem. 4. Cláusula compromissória e compromisso arbitral. 5. Constitucionalidade da arbitragem. 6. A arbitragem e os princípios gerais do direito processual. 7. Conclusão. Bibliográficas.

1- INTRODUÇÃO

A arbitragem é forma de solução de conflitos de interesses prevista em nosso ordenamento jurídico desde a Constituição de 1824.

Inobstante, a remota previsão constitucional, este instituto não foi utilizado a contento durante os séculos XIX e XX. Raríssimos eram os conflitos de interesses levados a conhecimento do árbitro para solução. A jurisdição do Estado continuava a ser a forma, além de oficial, a preferida das partes.

Há, no entanto, que se mencionar, que a demanda sempre crescente de processos, associada às falhas estruturais em nosso sistema processual, por exemplo excesso de recursos e outras, levou o judiciário a beira do caos. Juízes e tribunais assoberbados não conseguiam esgotar o procedimento em prazo satisfatório, fazendo com que a prestação jurisdicional fosse mais e mais retardada e os conflitos eternizados, gerando insegurança e insatisfação para todos. Eles se encontravam em uma terrível encruzilhada, deviam proferir suas sentenças em tempo hábil e satisfatório, mas em prejuízo da qualidade destas, ou optar pelo contrário, levando assim muito tempo para que pudessem proferir seu provimento final, mas com expectativa de terem executado um melhor trabalho.

Houve então para o Estado a necessidade premente de fomentar formas alternativas de solução de conflitos de interesse e a arbitragem é uma delas.

Ocorre que se o formato deste instituto não fosse reformulado, continuaria ele à margem do ordenamento jurídico, sendo letra morta. Diante disto surgiu a lei 9.307/96 que deu nova roupagem ao instituto, por exemplo trouxe a imprescindibilidade de homologação pelo judiciário, a validade da sentença arbitral proferida no estrangeiro quando devidamente homologada pelo Supremo Tribunal Federal e mais a previsão de demanda de substituição de vontade, a qual ocorrerá sempre que a parte que acordou a cláusula compromissória se negar a prestar o compromisso.

O presente trabalho pretende fazer uma abordagem histórica do instituto, além de traçar o perfil contemporâneo da arbitragem no direito pátrio.

2- RAÍZES HISTÓRICAS DA ARBITRAGEM

A arbitragem é forma paraestatal de solução dos conflitos de interesses que consiste na contratação de árbitros pelas partes, indicados ou não por estas, para conhecer e julgar suas controvérsias.

Tal instituto, por demais antigo, surgiu com o escopo de evitar os males da autotutela ou autodefesa, onde prevalecia o interesse da parte que fosse mais astuta e forte em detrimento do tímido e fraco. Fazia-se mister uma forma de composição de litígios, dotada do caráter de imparcialidade, o que definitivamente não estava presente nas já conhecidas autotutela e autocomposição.

A utilização da arbitragem de maneira civilizada, nos remete a Roma onde o instituto foi inicialmente utilizado sem a concorrência da jurisdição estatal e em um segundo estágio, como alternativa a esta.

No princípio, como o Estado não era suficientemente forte e capaz de conter os ímpetos individualistas dos indivíduos, os conflitos de interesse eram solucionados pelos próprios litigantes, ou pelos grupos a que pertenciam, sendo que a transformação da justiça privada em pública decorreu de um processo lento e gradativo.

Assevera o eminente Moreira Alves (ALVES, 1971, p. 203-204), com base em indícios históricos que essa evolução se fez em etapas:

- "a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado - então incipiente intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima;
- b) na segunda, surge o arbitramento facultativo: a vítima, em vez de usar a vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la;
- c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso o Estado não só passou a

obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença se, porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e

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

No entanto, mesmo nesta última fase, a arbitragem figurava como alternativa às partes.

Anota Oliveira Filho que o compromisso arbitral encontra-se na lei das Doze Tábuas, no direito romano, no direito canônico e em quase todos os estatutos da idade Média (OLIVEIRA FILHO, 1938, p. 318).

O grande mestre Carreira Alvim (ALVIM, 2000, p. 16), em seu Tratado Geral da Arbitragem remete-se a Foustoucos ao tratar da notícia histórica da arbitragem:

"Foustoucos, diz Jarrosson, estima que a arbitragem teria aparecido na Grécia Clássica (século VI a IV a.C), tendo inumeráveis arbitragens tido lugar nas cidades gregas a partir do século IV a.C. Solon introduziu-as nas suas reformas, e Aristóteles distinguiu o juiz do árbitro: "O árbitro visa" à equidade, o juiz à lei: a arbitragem foi inventada para que a equidade fosse aplicada"

O insigne processualista nacional (ALVIM, 2000, p. 16-17) acrescenta que a arbitragem era conhecida mesmo na mais alta antiguidade Romana: no período arcaico (século VII a VI a.C), conhecia-se o *arbitrium liti aestimandae*, pelo qual o árbitro era responsável pela fixação do quantum da reparação devida pelo culpado, uma vez que previamente, o juiz (*iudex*) pronunciara acerca de sua culpabilidade.

Fomentada pelo imperador Constantino a arbitragem foi de grande aplicação no baixo-império quando os bispos arbitravam as diferenças entre os membros da comunidade cristã.

A arbitragem não é um instituto presente apenas da cultura greco-Romana, mas que se encontra também em livros religiosos como a Bíblia e o Corão, neste último exista a nítida distinção entre o *hakam* (árbitro) e o *gadi* (juiz).

A solução de controvérsias através de árbitros não passou despercebida na idade média, onde na França foi freqüentemente notada nos foros.

Novamente o ilustre Carreiro Alvim (ALVIM, 2000, p. 17), em sua já citada obra, nos informa que em Portugal a arbitragem desde o século XIII era faculdade das partes, tendo figurado em inúmeros dispositivos do direito luso:

"Em Portugal, relata ainda Oliveira Filho invocando Mello Freire (Inst., liv.I, T. 2, d 21, nota), já era admitido o uso de recorrer-se aos amigáveis compositores ou compromissários do direito romano no séc. XIII; recebido esse direito e o canônico nas escolas e no foro, suas disposições sobre o juízo arbitral foram coordenadas no livro 3º, título 118, das Ordenanças Affonsinas; título 81 das Ordenações Manuelinas; e título 18 das Ordenações Filipinas legislação esta que passou a viger no Brasil em virtude da carta de lei de 20 de outubro de 1823."

No direito brasileiro a disciplina normativa mais remota é a Constituição de 1824, onde normatizava:

"Art.160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionarem as partes".

Inobstante a previsão legal feita no primeiro quartel do séc. XIX, não seria despiciendo atentarmos para o fato de que atualmente a arbitragem encontra-se expressamente prevista na C.F/88, nos dd 1º e 2º do art. 114 (seção V- Dos Tribunais e juízes do Trabalho, do Capítulo III- Do Poder Judiciário, do título IV- Da Organização dos Poderes)

Finalmente, com o objetivo claro de fomentar a prática da arbitragem editou-se a lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, disciplinando, em nível infraconstitucional, a arbitragem. Como conseqüência, o instituto sofreu inúmeras alterações, passando a não mais vigorar as normas existentes no C.C e no CPC, que tratavam da matéria respectivamente sob o título "Do Compromisso" e "do Juízo Arbitral".

3- NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM

A arbitragem, como já dito, é forma alternativa na solução de conflito de interesses que consiste na nomeação de um ou mais árbitros, os quais recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base no estatuído nesta, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

Assim como o meio estatal de solução de conflitos (jurisdição) é a arbitragem uma heterocomposição. Tal característica lhe é imputada pelo fato da solução dos conflitos partir de pessoa que não está diretamente interessada no resultado da disputa, o que teoricamente lhe confere a sempre almejada imparcialidade. Desta forma caracteriza-se a arbitragem por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-la, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para proferir tal decisão.

Investigando propriamente a natureza jurídica do presente instituto notamos que inúmeras correntes disputam a supremacia, no entanto, podem ser agrupadas em dois grandes grupos. O primeiro defende o caráter privado da arbitragem, conhecida como teoria privatista ou contratualista. Seus adeptos relegam o procedimento arbitral, por inteiro a esfera contratual. A nós, não nos parece correta essa elucubração, pois temos a mesma opinião do professor Alexandre Freitas Câmara (CÂMARA, 1997, p. 10), ou seja que o árbitro exerce função pública, pois é um colaborador do Estado na árdua tarefa de pacificação social e realização do bem comum. Ademais, não se deve confundir a convenção arbitral ato evidentemente privado, com o próprio procedimento arbitral.

O segundo grupo, sem dúvida de maior peso, defende a natureza jurisdicional da arbitragem. "a convenção arbitral-que é um negócio jurídico privado-a fonte dos poderes dos árbitros, ou, antes, da vontade das partes, mas é a vontade da lei que lhes permite celebrá-la. Sobrelevam o aspecto processual do contrato de compromisso, cujo principal efeito seria a derrogação das regras de competência estatais, acentuando a identidade entre o laudo proferido pelo árbitro e a sentença emanada pelo juiz. Aqui, outra vez, nos parece correto o que doutrina o ilustre processualista carioca Alexandre Câmara (CÂMARA, 1997, p. 10), ou seja, a função do árbitro é pública, mas de forma alguma jurisdicional, se isto fosse possível, estaríamos infringindo o monopólio jurisdicional, o que não é possível. Seguindo esta linha de raciocínio o brilhante autor assevera que o Estado não possui o monopólio da justiça a qual pode ser alcançada através de outros formas, no entanto a jurisdição é sim exclusividade deste.

Já Carnelutti, nos informa o mestre Carreira Alvim (ALVIM, 1999, p. 62-63), possui uma posição intermediária, com relação as duas teorias apresentadas, senão vejamos:

"Carnelutti vacilou ao tratar da natureza jurídica da arbitragem. Depois de situá-la, no seu 'Sistema', no terreno processual, estimando que ela não devia ser incluída entre os equivalentes jurisdicionais, veio a considerá-la, nas suas "Instituições", como um equivalente do processo ou um subrogado 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 com as 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,..."

Não nos parece correto, com a devida vênia negar que o árbitro exerce função processual. A arbitragem é sim exercício de direito processual. Não existe mais a concepção obsoleta de que a noção de processo só exista com relação ao processo jurisdicional. O processo é tido modernamente dentro da visão Fazzalariana, ou seja, como qualquer procedimento realizado em contraditório. Há no direito uma série de procedimentos, entendidos estes como seqüência ordenada de atos destinados a elaboração de um provimento. Deste modo sempre que houver um procedimento onde o contraditório é exigido, isto é, toda vez que em um procedimento qualquer for assegurada a participação das partes na formação do provimento, temos um processo. Em razão do exposto, fica difícil defender posição contrária ao caráter processualístico da arbitragem. Acrescente-se que o processo jurisdicional só se distinguiria dos demais processos por ter como elemento intrínseco a chamada relação processual a qual se estabelece entre Estado-Juiz, autor e réu (além de alguns outros sujeitos que porventura possam se incorporar a tal relação como é o caso do assistente).

O processo jurisdicional, portanto, é processo como os outros (o administrativo, por exemplo), por ser um procedimento realizado em contraditório, mas se distingue dos demais por ter intrínseca uma relação jurídica que não se apresenta nos demais tipos de processo. Pode-se, assim afirmar que o procedimento em contraditório é um "módulo processual", onde a presença é capaz de atribuir a determinado instituto natureza processual, mas para que tal processo seja jurisdicional é necessário que exista além deste "módulo processual", forme-se a relação jurídica processual. A arbitragem possui obrigatoriamente o módulo processual do contraditório, possuindo em razão disto natureza processual, mas não de um processo jurisdicional onde se encontra presente relação jurídica processual, qual seja, aquela que se estabelece entre as partes e o Estado-Juiz. Ademais a jurisdição continua sendo um monopólio do Estado, não havendo portanto, exercício de jurisdição na arbitragem, pois a solução da querela é feita por um ente privado.

Consideramos a arbitragem como um exercício privado de função pública, posição que mais uma vez, de encontro ao que preleciona o professor Alexandre Câmara (CÂMARA, 1997, p.10) que nos ensina que: "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."

No estudo também da natureza jurídica da arbitragem o sempre citado Carreira Alvim (ALVIM, 2000, p. 63-64) nos informa que:

"No âmbito publicista, afirma Amar, o processo arbitral é um verdadeiro e próprio juízo, e os árbitros são juízes. Para Codovilla, deve-se falar de uma jurisdição arbitral. Fedozzi considera a decisão dos árbitros uma sentença de mero acerto, que o pretor transforma em uma sentença de condenação. Para Ghirardini, o laudo é ato jurisdicional em potência."

No âmbito privatista, Calamandrei tece encômios á doutrina que em vez de considerar os árbitros como encarregados de funções jurisdicionais, os considera como substitutivos da jurisdição ou equivalentes do processo ou meios de defesa extrajudicial; mas prefere, ele próprio, considerá-los verdadeiros auxiliares da justiça, que desenvolvem a sua atividade sobre controvérsias sujeitas à jurisdição dos Estados, e sobre as quais os órgãos jurisdicionais continuam sendo competentes no momento essencial da jurisdição, que é o mandato.

...No Brasil, Hamilton de Moraes e Barros vê o juízo arbitral como um dos substitutivos da jurisdição, mas o ilustre jurista escreveu á luz da legislação pretérita, que exigia, a homologação do laudo arbitral.

Humberto Theodoro Júnior, incluía, igualmente, o juízo arbitral nesta categoria, entendendo, na esteira da doutrina então majoritária, que ele importava em renúncia a via judiciária. Após a nova lei porém afirma:

"Se, no regime anterior à lei 9307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística. Para o eminente professor da Universidade Federal de Minas Gerais, a nossa lei atual 'abraçou a teoria publicista da natureza jurídica da arbitragem', ao imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário, inclusive condenatório', e "a última e mais enérgica demonstração da teoria jurisdicional ou publicística da arbitragem, pelo no direito brasileiro, está na inovação introduzida no art. 584, n.III, do Código de Processo Civil, que passou a qualificar como título executivo judicial ' a sentença arbitral', independente de cláusula de homologação em juízo"."

O professor Carmona (CARMONA, 1993, p. 37) considera a arbitragem verdadeiro exercício de jurisdição, alicerçando esta posição na tendência universal de ampliar o conceito de jurisdição, decorrente do aumento do interesse popular de administração da justiça.

César Fiúza (FIUZA, 1995, p.42) enxerga a arbitragem como equivalente jurisdicional.

Em que pese todas estas importantes opiniões, manteremos nossa opinião já expressa.

4- CLAUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

Como já dito anteriormente, é a lei 9.307/96 que rege a arbitragem no Brasil. Tal instrumento normativo tratou a cláusula compromissória e do compromisso arbitral consoante a doutrina de vanguarda do direito processual.

Antes de justificarmos esta afirmação, faz mister ressaltar que há duas espécies de convenção de arbitragem: o compromisso arbitral, o qual será instituído posteriormente ao conflito de interesses e a cláusula compromissória necessariamente prévia.

O artigo 4º da lei de arbitragem define a cláusula compromissória como "a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

A grande inovação legislativa porém, se encontra acomodada no art. 7º da mesma lei, que prevê demanda de substituição de declaração de vontade. Consistiu desta forma, a nova lei no abandono a idéia de que o descumprimento da cláusula compromissória, só é capaz de gerar indenização. O legislador nada mais fez que corroborar o que a doutrina mais abalizada já preconizava, ou seja, assegurar uma tutela jurisdicional adequada para cada posição jurídica de vantagem. A tendência moderna de busca da efetividade do processo não podia se contentar com uma situação em que um direito assegurado por via negocial, desapareça simplesmente porque o devedor se recusou a cumprir a obrigação, inexistindo qualquer meio capaz de garantir ao credor uma tutela específica de sua posição jurídica de vantagem.

A ação de substituição de declaração de vontade, necessariamente conterà o instrumento onde consta a cláusula compromissória, Na audiência haverá um ponto importante, segundo nos informa Alexandre Freitas Câmara :

"O juiz deverá tentar conciliar as partes quanto ao litígio existente, e que gerou a intenção de uma das partes de instaurar a arbitragem. É extremamente

inteligente a previsão legal, já que se pode aproveitar o fato de haver um processo instaurado para se tentar pôr fim ao litígio por conciliação. Obtida esta, deverá o juiz tomá-la por termo e homologá-la por sentença, a qual tem eficácia de título executivo judicial. Não sendo alcançada a conciliação acerca do litígio de fundo deverá o juiz incentivar as partes a firmarem, de comum acordo, o compromisso arbitral. Também não havendo acordo, deverá o juiz, após ouvir o demandado, proferir sentença, a qual será prolatada na própria audiência ou num prazo de dez dias" (CÂMARA, 1997, p. 25).

A outra espécie de convenção de arbitragem prevista é o compromisso arbitral, que tal qual a cláusula compromissória foi expressamente definido na legislação pertinente, senão vejamos:

"O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial".

A definição do legislador reflete exatamente ao propagado pela doutrina de relevo. Tem, portanto este instituto como pressuposto a existência de querela entre as partes, o que obviamente o diferencia da cláusula compromissória que se vincula a evento futuro e incerto.

O compromisso arbitral é, pois, um contrato de direito privado, cujo efeito é a instauração de um processo arbitral, no qual haverá a heterocomposição do conflito de interesses que originou o compromisso.

O compromisso pode ser celebrado em juízo, tanto nas hipóteses em que as partes assim o decidam fazer no processo instaurado em razão da demanda de substituição de declaração de vontade, (art. 7º da lei de Arbitragem), como nas hipóteses em que as partes decidem optar pela arbitragem, mesmo sem jamais ter sido pactuada a cláusula compromissória. Nessa última hipótese, fala-se em compromisso judicial (art. 9º§1º), devendo o mesmo ser celebrado por termo nos autos.

O compromisso, no entanto, pode ser extrajudicial. Para que ocorra tal hipótese, a lei exige que seja feito por escrito e faculta o instrumento público ou particular, neste último caso é imprescindível a assinatura de duas testemunhas.

5- CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM

Ao Estado-legislador cabe a disciplina dos bens e interesses existentes na sociedade. Para isto, edita normas gerais e abstratas. Ocorre que tal normatização, não impede que surjam conflitos. Tais conflitos decorrem principalmente, da

dúvida na aplicação de determinado instrumento normativo ou relacionada com a sua interpretação.

Para então dirimir as controvérsias, criou-se o Estado-Juiz com a responsabilidade de indicar o preceito adequado a ser aplicado no caso concreto. Em que pese tamanha responsabilidade, tomou também o Estado esta atividade como um monopólio seu. Por muitos anos, contentaram-se os processualistas com este formato, mas exigências como celeridade, efetividade da prestação, além de outras, fizeram com que estes reivindicassem ao legislador o fomento e a viabilização de formas modernas de se solucionar tais conflitos. O judiciário encontrava-se assoberbado de processos, colocando seus juizes em uma encruzilhada, proferir uma sentença rápida, em detrimento da qualidade, mas em favor da celeridade, ou preferível o inverso. Definitivamente não há justiça, quando os conflitos se eternizam no tempo. Faz-se mister ressaltar que para nós ainda continua sendo a jurisdição monopólio do Estado, no entanto não tem este como dito anteriormente o direito exclusivo de fazer justiça.

É neste cenário que surge a nova lei de arbitragem que trouxe como grande inovação, a precindibilidade de homologação judicial da sentença proferida pelo árbitro, indicado pelas partes, para valer como título executivo judicial.

À luz da disciplina dada pelo Código de Processo Civil, pouco se questionava acerca da Constitucionalidade de tal instituto, embora existissem vozes que a defendiam vigorosamente. O laudo do árbitro sempre deveria ser homologado por um juiz de direito, para valer como título, nos termos do art. 1097 do citado instrumento normativo.

A nova disciplina normativa dada, repercutiu de maneira acentuada no cenário jurídico nacional. Inúmeras vozes se levantaram para argüir a eventual inconstitucionalidade da lei 9.307/96.

Como se não bastasse, a nova lei além de considerar despicienda a chancela judicial para conferir força executiva a sentença arbitral, consagrou a cláusula compromissória e a sua exectoriedade, se uma das partes recusar-se a firmar o compromisso a que se obrigou.(art. 7º, caput, LA)

Em defesa da constitucionalidade da arbitragem Guido Soares (SOARES, Arbitragem..., p. 31) assenta que:

"A interpretação falaciosa de que a arbitragem reduziria a abrangência do Poder Judiciário, pelos efeitos de impedir o exame pelo juiz das demandas a ela submetidas, levou o Brasil, a sustentar-se a tese que a arbitragem seria inconstitucional, por ferir a norma tradicional no direito

Brasileiro de que " a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV). Ora, a prevalecer tal entendimento, qualquer ato de resolução de controvérsia (uma renegociação, uma transação extrajudicial, uma confissão.) somente seria válido se validado pelo juiz! Na verdade a jurisprudência do STF já admitiu, conforme examinado no presente trabalho, que a solução pela via arbitral de pendências de caráter patrimonial e transigíveis não representa qualquer violação da norma constitucional".

O eminente Sálvio de Figueiredo Teixeira (TEIXEIRA, 1997, p. 46-47) nos traz argumentos irrefutáveis, sobre a validade do instituto em estudo, senão vejamos:

"Tenho não justificar-se, contudo, esse temor, mais que inquietação, na medida em que o modelo de arbitragem adotado pela lei 9307/96 dele não exclui o Judiciário. E isso por múltiplas razões. A uma, porque a nova lei é explícita (art. 33) em assegurar aos interessados o acesso ao Judiciário para a declaração de nulidade da sentença arbitral nos casos que elenca, em procedimento hábil, técnico e de maior alcance do que o criticado procedimento homologatório do sistema anterior. A duas, pela igual possibilidade de argüir-se nulidade em embargos á execução (art.33, c/c art. 741, CPC). A três, porque a execução coativa da decisão arbitral somente poderá ocorrer perante o judiciário, constituindo a sentença título executivo judicial, assim declarado na nova redação dada (pelo art.41) ao inciso III do art. 584 do CPC. De igual forma, a efetivação de eventual medida cautelar deferida pelo árbitro reclamará a atuação do juiz togado, toda vez que se fizerem necessárias a coertio e a executio. A quatro, porque, para ser reconhecida ou executada no Brasil (art. 35), a sentença arbitral estrangeira se sujeitará a homologação do Supremo Tribunal Federal (ou de outro órgão jurisdicional estatal - v.g., o Superior Tribunal de Justiça-se a Constituição, reformada assim vier a determinar. A cinco, porque do Judiciário é o controle sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não dependerá o julgamento. A seis, porque também caberá ao judiciário decidir por sentença acerca da instituição da arbitragem na hipótese de resistência de uma das partes signatárias da cláusula compromissória (art. 7º)"

Em seu tratado geral da arbitragem, Carreira Alvim (ALVIM, 2000, v. I, p. 45-48) defende a Constitucionalidade da lei 9.307/96, asseverando que devemos interpretar o art. 5º, XXXV da Constituição sem extremismo, para não correremos o risco de reconhecer a inconstitucionalidade de muitos instrumentos normativos nacionais:

"Relativamente ao mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF), por exemplo, não foram poucos os obstáculos opostos pela lei ao seu eficaz exercício, como v.g., a suspensão da execução da liminar e da sentença (lei n. 4348/64; a limitação da extensão da sentença apenas às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial (Lei n. 5021/66); a suspensão temporária de liminares (lei n 8076/90).

Igualmente, no âmbito das ações de qualquer natureza inclusive as cautelares, proíbem-se liminares na liberação de bens, mercadorias ou coisas de procedência estrangeira (lei n.2770/56), chegando-se a ponto de proibir a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude da vedação legal (lei n. 8437/92).

Isso sem se falar no truculento Decreto-lei n. 70, de 21 de novembro de 1966, que ao autorizar o funcionamento de associações de poupança e empréstimo e instituir a cédula hipotecária, criou uma execução extrajudicial em favor do credor dessa cédula, autorizando inclusive a execução da dívida pelo agente fiduciário (arts. 31 a 38), com direito a honorários de até 5% (cinco por cento) do valor do crédito (art. 39), além de gerar em favor do arrematante (extrajudicial, com carta de arrematação transcrita no Registro Geral de Imóveis), o direito à imissão liminar na posse (art. 37, § 2º), que só pode ser negada se, no prazo de 48 horas o devedor comprovar que resgatou ou consignou judicialmente o valor do débito (art. 37, §3º). Também o agente fiduciário é legalmente "eleito" no contrato hipotecário; aliás eleito entre aspas, porque configura autêntico contrato de adesão. Apesar de dizer o inciso XXXV do art. 5º da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu não padecer esse draconiano decreto-lei de qualquer inconstitucionalidade. Registre-se por oportuno, que esse decreto-lei prevê que, se o agente fiduciário eleito no contrato hipotecário não puder continuar no exercício da função, deve comunicar imediatamente o fato ao credor e devedor, que, se não chegarem a um acordo para eleger outro, em aditamento ao mesmo contrato, poderão pedir ao juízo competente a nomeação de substituto. Esse preceito nunca foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, embora se bem analisado, não guarde muita diferença com o disposto no art. 7º, § 3º, da lei de Arbitragem (aplicável por remissão do art. 6º, parágrafo único, L.A), nestes termos: §3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria

audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta lei. A única diferença é que, na lei de Arbitragem, trata-se de instituir um compromisso, que viabilizará uma sentença, a cargo do árbitro, num processo de conhecimento; e no Decreto-lei 70/66 trata-se de promover a liquidação extrajudicial do imóvel, a cargo do agente fiduciário. Se houvesse inconstitucionalidade na resolução por particulares, de negócios privados por certo este último afrontaria mais o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, do que a instituição judicial da arbitragem; também na liquidação extrajudicial, o juiz togado, em vez de resolver ele próprio sobre o conflito, nomeia um particular (agente fiduciário) que o faça".

Nos parece não padecer de constitucionalidade alguma a lei 9.307/96, pois não se trata de suprimir matéria do conhecimento e do julgamento do Poder Judiciário, mas de conceder às partes interessadas a opção de ver seus conflitos dirimidos conforme o instrumento normativo que julgarem adequado ou mesmo por equidade, por árbitros de sua escolha.

Mesmo existindo norma constitucional preceituando a inafastabilidade do poder judiciário diante de qualquer lesão ou ameaça de direito, todavia ela é opção das partes que a preferem do que a solução Estatal. A experiência nos mostra que em julgamentos de natureza técnica, são melhor resolvidos por especialistas da área do que pelo Poder Judiciário. Tanto do ponto de vista qualitativo, quanto de celeridade, a decisão do árbitro, parece-nos mais adequada, pois não tem que se valer de peritos para informá-los.

Ao dizer-se, na lei, que o árbitro é juiz de fato e de direito, não significa que este esteja usurpando uma função jurisdicional, ademais, como já dito para nós o Estado continua possuindo o monopólio da jurisdição, porém não detém, como já dito em outros tópicos, a exclusividade da distribuição da justiça. Realiza, portanto, o árbitro, uma atividade privada no exercício de uma função pública.

É verdade que as partes sempre resolveram melhor as suas controvérsias, através da negociação, compondo-se amigavelmente.

Assim agora ou os litigantes resolvem sua pendência perante o poder judiciário, ou realizam uma transação, ou elegem terceiros para conhecer e julgar seus conflitos de maneira independente.

Inobstante, por detrás de tudo está o Estado-Juiz para evitar lesões e descumprimento da convenção arbitral.

Definitivamente o legislador na confecção da lei 9.307 não afastou a participação do judiciário que continua competente para julgar a demanda de

substituição de declaração de vontade, havendo resistência de uma das partes, e existindo cláusula compromissória; para nomear árbitro desempatador, quando os árbitros forem em número par, sem acordo nesse sentido; para nomear árbitro substituto, se as partes tiverem dele prescindido em sua convenção arbitral; para substituição do árbitro em caso de acolhimento de argüição de sua suspeição ou impedimento, de sua competência, bem como de nulidade, invalidade ou eficácia da convenção arbitral; para ouvir judicialmente depoimentos das partes, ou de testemunhas, quando desatendida a convocação arbitral; para obtenção de medidas coercitivas ou cautelares, quando necessárias, para dirimir controvérsia acerca de direitos indisponíveis questionados no juízo arbitral, para decreto de nulidade de decisão arbitral; como, ainda, no caso de homologação, pelo STF, ou pelo STJ, caso queira no futuro a Constituição, para reconhecimento ou execução, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira.

Ao poder judiciário, na arbitragem, não cabe a apreciação do mérito das controvérsias, mas a intervenção, para coibir abusos, nos casos indispensáveis, previstos na lei.

6- A ARBITRAGEM E OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL

Princípios do direito processual são preceitos fundamentais, fixados pela ciência processual, que conferem forma e caráter aos sistemas processuais. Alguns destes princípios devido a sua importância e para melhor atingirem seus objetivos, são encontrados não apenas nas legislações federais processuais, mas também em nossa Carta Magna, recebendo o nome de princípios constitucionais do processo.

Com relação a análise da aplicabilidade de tais princípios processuais ao juízo arbitral, torna-se imprescindível citarmos o ilustre professor Carreira Alvim (ALVIM, 2000, p. 140-143), que nos brindou com sua magnífica obra "Tratado Geral de Arbitragem" onde preleciona:

"Tais princípios não colorem com a mesma tonalidade a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral; não porque tenham natureza ou finalidade diversa, porque não têm, mas devido à própria estrutura de seus órgãos e a forma como se constituem (uma é permanente, a outra, transitória), e ao procedimento que, num caso, é necessariamente legal, e, noutro, convencional.

Os princípios jurisdicionais arbitrais são:

- a) da investidura;
- b) da aderência ao território;
- c) da indelegabilidade ;

- d) da indeclinabilidade;
- e) do juiz natural;
- f) da inércia

a) O princípio da investidura significa que a arbitragem só pode ser exercida por quem tenha sido nomeado pelas partes, se houver acordo, ou, não havendo, pelo juiz, na eventual ação de lavratura de compromisso. A investidura, na jurisdição arbitral, obedece às regras expressas na lei 9.307/96, e cuja inobservância compromete a validade da sentença. O árbitro deve ser nomeado no compromisso arbitral, (art. 10, II, LA), instituindo-se a arbitragem quando aceita a nomeação(art.19, caput, LA).Com a aceitação da nomeação, o árbitro, está legitimamente investido da jurisdição arbitral, só a perdendo nas hipóteses previstas na lei (arts. 14 e 12, III, LA)

b) O princípio da aderência ao território tem grande significação na arbitragem tanto quanto na jurisdição, estatal. A jurisdição arbitral adere ao território, se assim se convencionou, caso em que deve desenvolver-se toda ela num determinado território (sede da arbitragem), ou em mais de um (art. 11, I, LA), devendo as partes indicar, necessariamente, o lugar onde será proferida a sentença arbitral (art.10, IV, LA). O território adquire tal importância, na arbitragem, que a lei n.9307/96 considera sentença arbitral estrangeira a proferida fora do território nacional (art. 34, parágrafo único). O local onde deve desenvolver-se a arbitragem é requisito facultativo do compromisso (art. 11, I, LA), mas o lugar em que será proferida a sentença é requisito obrigatório (art. 10,V,LA), podendo a sua falta comprometer a eficácia do julgado. Se as partes convencionarem que a sentença será proferida no território nacional, não poderá ser proferida no estrangeiro. Pode-se dizer que, na arbitragem, a jurisdição adere ao território nos limites da convenção das partes.

c) O princípio da indelegabilidade significa que o árbitro deve exercer a sua função pessoalmente, não podendo delegá-la a terceiro. Tendo recebido o encargo (que é ao mesmo tempo uma função) dos compromitentes, por força do compromisso é defeso ao árbitro confiar a outrem a prática de atos arbitrais; se algum ato tiver de ser praticado fora do local da arbitragem, deve o árbitro dirigir-se àquele local para praticá-lo, salvo se o contrário, tiver sido convencionado pelas partes.

d) O princípio da indeclinabilidade é bastante rarefeito, na jurisdição arbitral, mas não de todo ausente. O árbitro pode escusar-se do encargo antes de aceitar a nomeação, com o que se extingue o compromisso (art.12, I, LA), não lhe podendo ser imposta a nomeação contra a sua vontade. Mas, após aceita a nomeação, não pode, sob pena de responsabilidade, declinar do seu ofício, salvo na hipótese de suspeição superveniente no curso da arbitragem. Na jurisdição arbitral, pode também o árbitro declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo.

e) O princípio do juiz natural, doutrina Leonardo Greco, é uma das mais sagradas garantias constitucionais dos direitos fundamentais, e significa que todo cidadão tem o direito de ser julgado por órgão jurisdicional instituído como competente antes do surgimento da lide, circunstância que reveste o juiz-pessoa física da presunção da imparcialidade necessária a um julgamento independente. É o que a doutrina italiana denomina preconstituição legislativa do juiz, segundo a qual não se conciliam com esse princípio as normas que conferem a órgãos não-legislativos poderes discricionários, capazes de influir na determinação in concreto das competências jurisdicionais, com aquelas que conferem tal poder a órgãos judiciais. A escolha discricionária post litem do órgão julgador compromete o órgão escolhido com a presunção absoluta de parcialidade.

Ao celebrarem a convenção de arbitragem, as partes não estão abrindo mão do seu juiz natural, senão valendo-se dele, pois também o juízo arbitral é um juízo constitucional (previsto na Constituição, art. 114, §§ 1º e 2º, organizado pela lei n. 9.307/96; nem poderiam as partes se socorrer de um órgão capaz de emitir uma sentença com a mesma eficácia da sentença, não fosse o juízo arbitral também um juízo natural ou constitucional. Após a nova Lei de Arbitragem, com o alcance que tem o seu art. 18, o juízo natural foi duplamente direcionado: a) no sentido da jurisdição legal (estatal) e b) no sentido da jurisdição convencional(arbitral).

f) O princípio da inércia significa que a jurisdição arbitral não é auto-movimentada, dependendo de provocação da parte. A imparcialidade que caracteriza seus órgãos jurisdicionais (órgãos-pessoa) impede-os de exercer suas funções, senão a pedido de quem alegue uma lesão ou ameaça de lesão a um direito. Considerando que os direitos subjetivos são, em princípio, disponíveis, também o acesso à jurisdição arbitral fica entregue ao poder dispositivo das partes. A jurisdição arbitral depende sempre da celebração do compromisso e, ao contrário da jurisdição estatal, que admite exceções ao princípio da inércia não admite nenhuma exceção, com o que prestigia, em toda a sua plenitude, o princípio da demanda."

Para nossa modesta opinião, falou com a sobriedade e a profundidade de sempre, o eminente jurista citado. Contudo não podemos deixar de ressaltar que apesar de considerarmos a arbitragem como exercício de uma função pública, não é função Estatal, e por isso não pode ser considerada jurisdicional. Pensar de outra forma a nosso ver, seria infringir o monopólio estatal da jurisdição, o que não nos parece possível. O Estado possui o monopólio da jurisdição, mas não o da distribuição da justiça, como já dito anteriormente. Ademais é importante lembrar que a jurisdição tem como característica peculiar, sua inevitabilidade, ou seja, ao réu não se pergunta se ele quer ou não submeter a apreciação de seus interesses ao Estado, mas com relação a arbitragem o elemento volitivo é imprescindível. Tal consentimento deve ser dado antes do surgimento do conflito, através da cláusula compromissória ou mesmo a posteriori, pela celebração do compromisso.

Em outro item, emitimos nossa opinião, no sentido de considerar a arbitragem como legítimo exercício de direito processual, em virtude da presença obrigatória do módulo processual do contraditório, apesar de não considerarmos pelos motivos já expostos, a sentença arbitral como exercício de jurisdição. Esta assertiva, nos obriga a incluir entre os princípios aplicáveis a arbitragem o próprio contraditório, a igualdade das partes e a imparcialidade do árbitro, sem os quais não se pode falar de um processo legítimo.

7- CONCLUSÃO

O Estado visando ordenar a vida das pessoas em sociedade, cuida de traçar preceitos gerais e abstratos dispondo acerca de bens e interesses existentes. Contudo, a disciplina destes, não é suficiente para se alcançar a paz social. Dúvidas acerca da aplicação de determinado preceito ao caso concreto, ou mesmo relativas à interpretação do mesmo, são comuns, está então instaurado o conflito. Em razão disto, e com o escopo de pacificar, o Estado intervém entre os particulares de modo a concretizar a predisposta vontade do legislador.

Registre-se, entretanto, que nossos juízes e tribunais estão assoberbados com o grande volume de processos provocados pela crescente demanda e por falhas do sistema, por exemplo, o excessivo número de recursos, fazendo com que a prestação jurisdicional seja retardada e os conflitos eternizados, gerando insegurança e insatisfação para todos.

Em decorrência do exposto, há necessidade premente para o Estado de fomentar, formas alternativas de solução de conflitos de interesse, e a arbitragem é uma delas.

A arbitragem representa, a realização mais rápida de justiça para aqueles que necessitam da pronta solução de seus conflitos, na continuidade de seus negócios, utilizando-se de árbitros, diretamente capacitados ao julgamento dessas lides, no mais das vezes deduzidas no poder judiciário.

A celeridade do procedimento arbitral é acentuada em inúmeros dispositivos da nova legislação. Exemplo disso é a estipulação de prazo para o árbitro proferir a sentença arbitral, caso em que descumprido o lapso temporal considerar-se-á inválida. Outro fator de prestígio a segurança jurídica com vistas, também a rapidez de uma decisão que seja definitiva, reside no fato da decisão arbitral não ser atacável por recurso e prescindir de homologação do poder judiciário para ter validade e força executória.

A lei 9307/96 não deixou de cuidar da sempre aspirada efetividade da prestação jurisdicional. Não havia em nosso ordenamento jurídico, pelo menos no que tange ao juízo arbitral, nada parecido com a demanda de substituição de

vontade, a qual têm ensejo sempre que o contratante da cláusula compromissória se nega a prestar o compromisso arbitral.

No exercício de seu mister, os árbitros exercem função pública, sem no entanto macularem o monopólio Estatal da jurisdição. Para nós o poder judiciário detém ainda o monopólio da jurisdição, mas não a exclusividade na distribuição da justiça. Inobstante, o árbitro exerce nitidamente atividade processual em razão da presença constante do módulo do contraditório.

Não se pode questionar a constitucionalidade da arbitragem, não só por estar amparada na Constituição, mas sobretudo, porque o poder judiciário está por detrás de todo o procedimento arbitral para evitar lesão e o descumprimento da cláusula arbitral.

Existem dois sistemas de solução de divergências entre as partes, contando ambos como o respaldo do devido processo legal. Dessa forma, existe a opção para as partes de se compor através da arbitragem ou mesmo recorrendo ao modo ortodoxo, a jurisdição.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1971, v.1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Arbitragem. Tese de Doutorado UFMG, 1999.

_____. Tratado geral da arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v. I.

AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues. O art. 18 da Lei de Arbitragem e a Constituição Federal. Revista Literária de Direito, nov./dez. 1996.

AZEVEDO, Álvaro .Villça. Teoria Geral das Obrigações. 9ª.ed. rev. e atual. - São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.200-218.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem. 1ª ed., Rio de Janeiro. Lumen juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. Arbitragem e processo; um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CASELLA, Paulo Borba et al. Arbitragem - a nova lei brasileira (9.307/96 e a praxe internacional). Editora LTR., 1997.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 5ª ed., Padova, 1989.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem, jurisdição e Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2ª ed., 1999.

FIÚZA, César. Direito Civil Curso Completo. Del Rey. 2ª ed., 1999.

FURTADO, Paulo e BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da arbitragem comentada. Ed. Saraiva, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4ª ed., 1999.

OLIVEIRA FILHO, Cândido de. Curso de prática do processo. Rio de Janeiro: Candido de Oliveira Filho, 1938, v.1.

SOARES, Guido F. S. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil, vicissitudes. Revista dos Tribunais, v. 641.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Nº 03, 1997.

WALTER, Mujalli Brasil. A Nova Lei de Arbitragem. Editora de Direito, 1997.