

RÁPIDAS OBSERVAÇÕES SOBRE ARBITRAGEM E JURISDIÇÃO

Luiz Guilherme Marinoni

Titular de Processo Civil da UFPR. Advogado.

Há poucos anos, frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, surgiu a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário aos chamados tribunais arbitrais.

Essa tendência foi sedimentada através da Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), que afirma, logo no seu art. 1.º, que “as pessoas *capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Esses litígios, segundo essa lei, podem ser julgados por “*qualquer* pessoa capaz e que tenha a *confiança* das partes” (art. 13). Diz essa mesma lei, ainda, que “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” (art. 3.º). Além disso, tal lei deixou claro que a decisão do árbitro não precisa ser homologada pelo Judiciário e não pode ser nele novamente posta em discussão.

Afirmou-se, logo após a publicação da referida lei, que não é possível excluir da jurisdição (entendida como o Poder Judiciário) o julgamento de um conflito e, portanto, que tal lei era inconstitucional. Em resposta, foi dito que a atividade do árbitro também é jurisdicional e, assim, que as dimensões da jurisdição teriam sido ampliadas, o que daria legitimidade constitucional ao julgamento do árbitro.

Ocorre que a outorga do julgamento de um conflito a um árbitro e o

afastamento do Poder Judiciário em relação a ele não obrigam a que se aceite a atividade de um órgão privado – como o tribunal arbitral – como jurisdicional. Contudo, em razão de uma primária falta de percepção da essência da jurisdição e do fundamento da arbitragem, a doutrina, após a publicação da mencionada lei, *passou a imaginar que a legitimidade da exclusão do Judiciário em relação aos conflitos dirimidos pelo árbitro fosse a atribuição de natureza jurisdicional à sua atividade.*

A discussão em torno da constitucionalidade da arbitragem – isto é, da idéia de excluir o Judiciário do julgamento dos conflitos levados ao árbitro – foi completamente desvirtuada, uma vez que a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da *autonomia da vontade*, sendo correto se dizer que a Lei da Arbitragem teve *apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem.*

O princípio da inafastabilidade, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, XXXV, da CF), evidentemente não proíbe que pessoas capazes possam excluir a possibilidade de o Poder Judiciário rever conflitos que digam respeito a direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, não há qualquer cabimento em pensar em lesão ao princípio da inafastabilidade quando as partes, usando livremente da vontade, optam pela arbitragem. Nesse caso, como é óbvio, não se exclui direito algum do cidadão ou se retira qualquer poder do Estado, pois os litigantes, quando se definem pela arbitragem, *exercem uma faculdade que está em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade.*¹

¹ Como reconhece Lluís Caballol Angelats, professor da Universidade de Barcelona, “los árbitros nunca han ejercido una potestad estatal. Al legislar sobre el arbitraje no se delega nada a los particulares, sino que se regula el ejercicio de una facultad que ya ostentan los ciudadanos en méritos de la

Porém, como é evidente, não é porque a escolha do árbitro não viola a Constituição que a sua atividade possui natureza jurisdicional.² Aliás, é até risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada.

Na verdade, faltaram a essa discussão as lembranças da essência da jurisdição e do princípio da “unidade da jurisdição”. Esse princípio se funda na incontestável idéia de que a jurisdição não admite divisões – e por isso não é correto, nessa linha, nem mesmo falar de justiça civil e de justiça penal –, pois isso seria o mesmo que dizer que o Estado pode ter várias soberanias. Contudo, quando se alude a esse elementar princípio, aceita-se, como premissa, que a jurisdição é uma manifestação do poder estatal.

Portanto, não há como deixar de destacar a diferença qualitativa entre a jurisdição e a arbitragem. Se a arbitragem pode ser preferida

autonomía de la voluntad” (*El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 26).

² Juan Monroy Palacios pensa exatamente nesse mesmo sentido, advertindo que “el arbitraje no necesita ser jurisdicción para lograr sua autonomia”, uma vez que o seu fundamento se encontra, precisamente, “en la autonomía privada de quienes, renunciando a la jurisdicción, deciden acudir a un juzgador privado” (*Arbitraje, jurisdicción y proceso, Revista de Direito Processual Civil*, v. 36).

por contar com árbitros conhecedores de técnicas específicas relacionadas a determinados conflitos, além de ser sigilosa e mais rápida, não há como esquecer que a jurisdição é marcada, além de outros, pelos princípios da investidura, da indelegabilidade e do juiz natural.

A jurisdição somente pode ser exercida por uma pessoa *investida* na autoridade de juiz, após concurso público de provas e títulos. Nesse sentido, diz o art. 93, I, da Constituição Federal, que “lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, *mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases*, exigindo-se do bacharel em direito, *no mínimo, 3 (três) anos de atividade jurídica* e obedecendo-se, nas nomeações, *à ordem de classificação*”.

A jurisdição é *indelegável*, pois nenhum dos “Poderes”, como é óbvio, pode delegar os poderes que lhe foram atribuídos pela Constituição. Ademais, o poder outorgado a um determinado juiz nada tem a ver com a sua conveniência pessoal, mas sim com a otimização e efetividade da prestação da justiça. Aliás, se fosse possível ao juiz tratar dos seus poderes segundo a sua própria conveniência, utilizando-se deles ao seu bel-prazer, *não só de nada adiantaria o princípio da investidura, como não seria possível garantir ao cidadão o direito a um juiz natural*.

Uma das mais importantes garantias constitucionais do cidadão frente à jurisdição é aquela que lhe confere um *juiz natural* – ou pré-definido pela Constituição e pela lei –, o qual, por sua vez, também possui garantias (art. 95, I, II e III da CF) e impedimentos (art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V, da CF) que objetivam a sua

independência e imparcialidade.³ Isso significa que o cidadão não apenas tem a garantia de um juiz legalmente pré-definido, como ainda garantias para ter um juiz independente (art. 95, I, II e III da CF) e imparcial (art. 95, parágrafo único, I, II, III, IV e V, da CF).⁴

³ A capacidade dos juízes “de dar contribuições especiais para a nossa vida social deriva não de traços da sua personalidade ou de seu conhecimento, mas da definição da função em que eles se encontram e por meio da qual eles exercem poder. Essa função é estruturada tanto por fatores institucionais quanto ideológicos que capacitam e até mesmo forçam o juiz a ser objetivo – a não expressar suas preferências ou crenças pessoais, ou as dos demais cidadãos, sobre o que é correto e justo, mas a empenhar-se na busca constante do verdadeiro sentido do valor constitucional. Dois aspectos da função judicial dão a ela este molde especial: um é a obrigação do juiz de participar de um diálogo e a segunda é a sua independência” (Owen Fiss, *The forms of justice, Harvard Law Review*, p. 12). “Do juiz é exigido que ele ouça e fale, e que fale de certas formas. É também requerido que ele seja independente. Isto significa, por um lado, que ele não se identifica com os litigantes particulares e nem está, de qualquer modo, conectado com eles. Ele deve ser imparcial, distante, separado dos litigantes, ampliando-se assim a probabilidade de que a sua decisão não venha a ser uma expressão de interesses (ou preferências) pessoais dos litigantes, o que é a antítese da decisão correta ou justa. A norma da imparcialidade também requer que o juiz seja independente da política, entendida como processo de expressão das preferências do povo. O juiz não deve enxergar seu ofício como o de registrar aquelas preferências” (Owen Fiss, *The forms of justice, Harvard Law Review*, p. 14).

⁴ No direito italiano, sobre as garantias de um juiz natural, independente e imparcial, ver Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 24-44; Ferruccio Tommaseo, *Appunti di diritto processuale civile*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 133-148.

O art. 95 da Constituição Federal garante aos juízes: “I – *vitaliciedade*, que, no primeiro grau, só será adquirida após 2 (dois) anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado; II – *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII; III – *irredutibilidade de subsídio*, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4.º, 150, II, 153, III, e 153, § 2.º, I”. O *caput* do art. 95 da Constituição Federal trata de garantias de independência: (i) vitaliciedade no cargo; (ii) impossibilidade de remoção injustificada do juiz; e (iii) impossibilidade de redução dos seus vencimentos.

O parágrafo único do art. 95, por sua vez, estabelece proibições ao juiz, consideradas garantias da sua imparcialidade. Afirma que aos juízes é vedado: “I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; III – dedicar-se à atividade político-partidária; IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos 3 (três) anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração”.

Além disso, não se pode esquecer que, através da Emenda Constitucional 45/2004, criou-se o Conselho Nacional de Justiça (art. 92, I-A, e art. 103-B, § 4.º, da CF), cuja competência abrange a de controlar o “cumprimento dos deveres funcionais dos juízes” (art. 103-B, § 4.º, da CF), o que logicamente assegura ainda mais o direito do cidadão a um juiz imparcial.

Como a arbitragem se funda no princípio da autonomia da vontade, e a sua própria lei teve o simples intuito de regular uma forma de

manifestação da vontade, é claro que a opção pelo árbitro implica *em abrir mão* de uma série de garantias e, assim, em uma escolha entre *duas formas distintas* de resolução de conflitos.⁵ Tanto é verdade que tal *escolha* apenas pode ser feita por pessoas “capazes de contratar” diante de “direitos patrimoniais disponíveis”.

Frise-se que a jurisdição, como já foi dito, não pode ser caracterizada a partir da “pacificação social”. Isso não apenas porque a pacificação social não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e que ninguém jamais ousou qualificá-las como jurisdicionais somente por esse motivo.

A jurisdição, no Estado contemporâneo, além de ter uma dignidade que advém do fato de ter o dever de proteger os direitos, especialmente os direitos fundamentais materiais – seja na sua proteção propriamente dita, como preservação da sua integridade, seja na implementação dos

⁵ Perfeita, portanto, a conclusão de Juan Monroy Palacios: “El arbitraje es un proceso (privado, no jurisdiccional o como quiera llamársele) que constituye una alternativa (y esto sirve para sumar, no para restar su valor) a la justicia estatal a través de la cual los ciudadanos, en base al ejercicio de su autonomía privada, renuncian a la jurisdicción, poniendo en manos de un juzgador privado la solución de sus controversias. Es una alternativa porque contiene un *mecanismo diverso* (proceso arbitral) para conseguir – bajo los límites impuestos por la Ley – exactamente lo mismo que puede otorgar la justicia estatal (proceso judicial). Más allá de la defectuosa redacción constitucional, unidad de la jurisdicción y autonomía del arbitraje constituyen principios fundamentales que *cierran la posibilidad de identificar a la justicia privada con la jurisdicción, pero a la vez, y esto es lo más relevante, permiten que la justicia estatal y la justicia privada se desarrollen plenamente y sin interferencias* (que no es lo mismo que negar las necesarias coordinaciones entre sí)” (Arbitraje, jurisdicción y proceso cit.).

direitos fundamentais sociais –, não mais se resume a um poder de mera afirmação das leis, haja vista que, depois de compreender os casos concretos a partir dos valores da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais, fazendo valer os nortes da organização do Estado e da sociedade proclamados pela Constituição.

A arbitragem, além de voltada apenas para direitos patrimoniais disponíveis, é idealizada para direitos pertencentes a uma *classe bastante restrita da população – que pode pagar pelos seus custos –*, preocupada com a solução de controvérsias que dizem respeito a um mundo particular, em que avultam os grandes negócios, marcados por *peculiaridades próprias*, geralmente desconhecidas pelo juiz estatal, mas plenamente conhecidas por profissionais particulares a elas acostumados. De modo que a arbitragem não é apenas preocupada com direitos patrimoniais disponíveis relativos aos negócios dos grandes empresários, como também trata de conflitos que dependem, para sua solução, *do simples manejo de conhecimentos técnicos específicos*.

Ora, não é preciso dizer que a solução de conflitos desse porte, preocupada especialmente com a afirmação de regras técnicas relativas a atividades empresariais, *está muito longe de poder ser comparada com a substância do que dá forma à jurisdição no Estado constitucional*.

A mistura da atividade do árbitro com a atividade da jurisdição, ou o superdimensionamento do conceito de jurisdição, *além de desqualificar a essência da jurisdição no quadro do Estado constitucional*, coloca no mesmo patamar *objetivos que nada têm em comum*, pois não há como relacionar o dever estatal de proteção dos direitos com a necessidade de se conferir a determinados conflitos julgadores dotados de conhecimentos técnicos particulares.

Nesse sentido, Owen Fiss, talvez o teórico americano mais

respeitado na atualidade em relação à temática da “jurisdição”, faz importantes observações em trabalho publicado na *Harvard Law Review*: “A arbitragem assemelha-se à jurisdição pelo fato de também procurar um julgamento correto, justo, verdadeiro. Há, no entanto, uma diferença importante nos dois processos decorrente da natureza do órgão decisor – um privado, o outro público. Árbitros são pagos pelas partes; *escolhidos pelas partes; e influenciados por uma série de práticas (como uma relutância em redigir opiniões ou gerar precedentes) que localizam ou privatizam a decisão.* A função do árbitro é resolver uma disputa. A função do juiz, por outro lado, *deve ser compreendida em termos inteiramente diferentes: ele é um agente público, não é escolhido pelas partes mas pelo público ou seus representantes [ou por outros processos públicos, como o concurso público de provas e títulos], e investido pelos órgãos políticos [no Brasil, exceto no primeiro grau de jurisdição] para criar e impor normas de amplitude social (...) como um meio de dar sentido aos nossos valores públicos*”.⁶

De modo que não há qualquer motivo para equiparar a jurisdição com a atividade do árbitro. Na verdade, tal equiparação somente é forçada para permitir a conclusão de que a lei de arbitragem é constitucional. Não obstante, como demonstrado atrás, não é preciso afirmar que a atividade do árbitro é jurisdicional para aceitar que o Poder Judiciário não pode rever as decisões por ele proferidas.

Isso para não falar que a instituição da arbitragem revela uma inocultável exclusão de parte relevante dos conflitos privados do controle do Estado, exatamente dos conflitos sensíveis a uma classe social muito privilegiada, o que pode significar a intenção de afastar o Estado do controle de certos interesses e relações jurídicas.

⁶ Owen Fiss, *The forms of justice*, *Harvard Law Review*, p. 30-31.

Perceba-se que, embora a afirmação do Estado se imponha especialmente quando se pensa na necessidade de uma força superior (estatal) para dar solução aos conflitos entre os particulares – e isso seja aceito pelos partidários da idéia de Estado mínimo⁷ –, determinados sujeitos particulares não desejam que o Estado interfira nos seus negócios e nos seus conflitos e, sob o argumento da necessidade de encontro de uma pessoa (árbitro) especialmente capacitada para lidar com eles, na verdade pretendem excluir a jurisdição do seu controle.⁸

A ausência de controle estatal, até mesmo sobre a regulação dos conflitos, caracteriza o projeto neoliberal. Ou melhor: o projeto neoliberal deseja a mínima interferência possível do Estado e, assim, certamente pressupõe as idéias de auto-regulação e auto-resolução dos

⁷ V. Robert Nozick, *Anarquia, Estado e utopia.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

⁸ Segundo Commaille, os métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR) podem ser vistos como uma aplicação nova do liberalismo contratualista. Diz ele: “Este movimento institui-se sustentado por forças sociopolíticas e culturais com motivações extremamente diferentes. Certamente, encontra-se aí uma concepção comunitária, percebendo-se essa forma de justiça como um retorno ao tratamento dos conflitos o mais perto possível dos cidadãos, de maneira relativamente desprofissionalizada e desinstitucionalizada. Contudo, os partidários de um certo contratualismo liberal também encontram no movimento ADR uma oportunidade para fazer avançar sua posição no âmbito da justiça. A contratualização que tais formas de justiça supõe, pode [com efeito] encontrar sustentação em posições anti-oficiais, que contemplam mais ou menos o modelo de Estado ‘mínimo’ e uma sociedade civil concebida como uma sociedade atomizada, ligada por intercâmbios livres e voluntários” (*Territoire de justice – Une sociologie politique de la carte judiciaire*, Paris, PUF, 2000, p. 38).

conflitos,⁹ tendo a arbitragem como mecanismo próprio para tanto, e, dessa maneira, como parte da engrenagem para o desenvolvimento livre do mercado.

Acontece que a construção de um lugar próprio à solução dos conflitos faz surgir, como consequência natural, o desinteresse dos donos desses conflitos pela efetividade do Poder Judiciário, especialmente quando se percebe que os litigantes dos casos entregues à arbitragem podem ser os réus nas demandas propostas pelos particulares e pelo próprio Estado perante a jurisdição. E essa lógica pode fazer surgir duas classes de justiça – a “justiça privada” e a “justiça pública” –, ambas igualmente servindo à mesma classe social, em um local preocupada com a efetividade e com a tempestividade e no outro apostando na inefetividade e na demora.

Além do mais, o perigo de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devida atenção à justiça estatal, mas também em permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.

⁹ V. Karl-Heinz Ladeur, Post-modern constitutional theory: a prospect for the self-organising society, *The Modern Law Review*, v. 60, n. 5, p. 617-629.