



‘Judiciário não tem exclusividade para a jurisdição’.

Muito se tem debatido na doutrina nacional a respeito da natureza jurídica da arbitragem após o advento da Lei 9.307/96. Opiniões de peso afirmam que se trata de natureza jurídica contratual(1). Outros, com igual autoridade, propugnam pelo caráter jurisdicional da arbitragem(2). Por fim, ainda há aqueles que sustentam pela natureza jurídica mista(3) (contratual e jurisdicional). Porém, apesar destas diferentes opiniões, cresce hoje no Brasil a corrente filiada à jurisdicionalidade, e não poderia ser de outra forma.

Questão fundamental para se definir se algum instituto é jurisdicional ou não, é se ter o exato conceito do que é jurisdição. Jurisdição é uma das formas de heterocomposição de litígios. A heterocomposição, por sua vez, acontece quando a solução é determinada por um terceiro alheio ao conflito. Ao lado da jurisdição, aparecem como forma de heterocomposição a mediação e o *arbitramento*.

A jurisdição caracteriza-se especialmente pela composição da lide através do Estado, que faz às vezes do terceiro alheio às partes. Este, através de pessoas especialmente autorizadas para agir em seu nome, diz qual é a solução mais adequada para a resolução do problema instaurado, sempre se pautando no seu próprio direito objetivo, visando manter a paz social, única capaz de assegurar sua existência e a convivência mútua dos seres humanos.

O surgimento da jurisdição foi uma necessidade. Antes do seu surgimento, uma disputa de interesses havida entre homens resolvia-se, como lembra HÉLIO TORNAGHI(4), por uma *solução puramente física ou caritativa* (consistente na renúncia do próprio interesse), que, “nem sempre assegura a justiça” e somente induz ao caos social. Por isso, o homem, pelo seu senso natural de auto-preservação, rapidamente, tendeu a procurar um modo mais utilitário de resolver seus conflitos. A transação, em que há concessões recíprocas, assim como a mediação, “em que se usa a intermediação de um agente, não para ditar e impor a solução autoritária do conflito, mas para conduzir negocialmente os litigantes e a reduzirem suas divergências e a encontrarem, por eles mesmos, um ponto de entendimento”, como diz o mesmo autor, são líricas, anódinas, quando desrespeitadas, pois “a simples solução teórica dos antagonismos, ainda quando perfeitamente justa, será inócua se não for imposta coativamente. Por isso, o Estado, fiador da segurança comum, chamou a si a função de declarar e de impor o Direito, isto é, a *jurisdição*“(5).

Inicialmente, como se vê, a jurisdição foi concebida como monopólio do Estado, pois somente seus órgãos diretos a exerciam. Porém, tempos houve em que este a concedeu a particulares ou a outras instituições(6), como era o caso da jurisdição feudal e da eclesiástica, vigente no Brasil durante o período monárquico(7). Nestes casos, o poder jurisdicional exercido era reconhecido pelo Estado como válido, como se o mesmo fosse.

Daqueles dias até hoje, muita coisa mudou. O mundo se globalizou e a organização do Estado evoluiu e se complicou. Diante da ineficiência prática das diversas tentativas deste em manter a paz social e aplicar o direito objetivo, o mesmo se viu obrigado a deixar de reconhecer a jurisdição exercida pelos particulares e pelas outras instituições, e chamou este encargo unicamente para si.

Dentre as várias maneiras teorizadas para, então, cumprir as suas precípuas funções, destacou-se o



modelo da separação dos poderes concebido por Montesquieu, na obra “O espírito das Leis”, “que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade”(8).

Com a instalação deste modelo de organização, o poder soberano estatal destina a função jurisdicional ao Poder Judiciário; como é o caso do Brasil. A Constituição atribui o “dizer o direito” unicamente a determinados órgãos pertencentes ao Judiciário, cercando-os de várias garantias e, ao mesmo tempo, exigindo-lhes uma série de comportamentos (imparcialidade, preparo técnico, exclusividade etc.), para que realmente impere a vontade da lei, última expressão do próprio povo.

Entretanto, casos há em que o próprio poder soberano, pela Constituição, permite que outros poderes, também representantes do Estado, exerçam a função jurisdicional, ou mesmo que, o poder judiciário exerça, por exemplo, função legislativa. São exemplos disto o julgamento pelo Senado dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (artigo 52, I, CF), a elaboração dos regimentos internos pelos próprios Tribunais (artigo 96, CF), dentre outros. É o que ALEXANDRE DE MORAES(9) conceitua como funções típicas e funções atípicas dos poderes.

Disto se conclui que, no modelo nacional, não há uma exclusividade absoluta do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição, uma vez que foi o próprio legislador constituinte que também a atribuiu a outros “órgãos” do Estado.

Somente após termos claros todas estas considerações da organização do Estado, poderemos focar a questão principal deste trabalho, qual seja de se comprovar a jurisdicionalidade da Arbitragem, instituída pela Lei 9.307/96.

Jurisdição, como já exposto, é a composição de um conflito através de um terceiro desinteressado; este necessariamente sendo representante do Estado e aplicando o ordenamento jurídico por ele criado. A participação do Estado é a sua característica fundamental, pois, dentre as formas de heterocomposição, o arbitramento(10) (em que um particular, não representante do Estado, decide) também pressupõe a aplicação das regras adotadas pela sociedade. Porém, *arbitramento* não é sinônimo de *arbitragem*, uma vez que, nesta, nos moldes da Lei 9.307/96, o terceiro a impor a decisão está autorizado pelo Estado e representa sua vontade, por isso exerce função jurisdicional.

Ora, existe uma lei, regularmente criada, aprovada e emanada pelo poder soberano competente, a instituir a arbitragem. Nestas condições, seguindo os exatos termos deste ordenamento jurídico, o árbitro escolhido pelas partes segundo as regras instituídas e que preenche os requisitos exigidos (arts. 13 a 18) pode julgar, através de sentença (arts. 23 a 34), irrecorrível, o conflito de interesses lhe apresentado. Este árbitro está autorizado pelo Estado a julgar, através de uma Lei, manifestação perfeitamente apta de sua vontade e que traduz também a vontade do seu povo. A autorização deferida pelo Estado implica no seu consentimento e reconhecimento das decisões proferidas como justas e perfeitamente úteis ao desígnio maior de manter a paz social.

É certo que a arbitragem, para ser reconhecida pelo Estado, deve ser exatamente instalada nas formas



prescritas pela lei que a autorizou e pelas demais normas que compõem o ordenamento jurídico. Somente nestes termos recebe validade. Assim, se o próprio Estado a reconhece e a autoriza, a função jurisdicional, que continua sendo monopólio seu, está sendo exercida, pois há a participação de um terceiro, e que é o próprio Estado, pois o árbitro para atuar validamente, como exige a Lei de Arbitragem, tem que agir aplicando o mesmo ordenamento jurídico adotado e aceito pelo poder soberano (equidade, leis, convenções etc).

Se há um terceiro a compor o conflito e este atua como se o Estado fosse, há jurisdição. Por conseguinte, partindo do conceito primário de jurisdição, o árbitro da Lei Marco Maciel age jurisdicionalmente.

Poder-se-ia indagar ainda que a jurisdição é função soberana, a qual nenhuma Lei Ordinária poderia atribuir ou autorizar a outro, indo além daqueles expressamente definidos na Constituição Federal. O Poder Judiciário é o que tipicamente foi investido da jurisdição pelo Poder Constituinte Originário e as exceções à esta regra foram claramente mencionadas na própria Carta Magna, das quais nenhuma é a arbitragem. Porém, há nesta afirmação certa impropriedade, pois disse o **Poder Constituinte Originário** no Preâmbulo da Constituição Federal:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, **destinado a assegurar** o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida**, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (sem grifos no original)

O poder constituinte disse que a sociedade brasileira está comprometida interna e internacionalmente com a solução pacífica das controvérsias. A arbitragem é uma solução pacífica das controvérsias. Portanto, também tem o aval do Poder Constituinte Originário (11), suprema força de qualquer Estado. Assim, também atua em nome daquele, pois que lhe encampa expressamente. Logo, não pode ser negada como forma jurisdicional pública de solução de conflitos entre os homens deste país.

Supera esta colocação, por mais difícil que seja, ainda não se poderia dizer que a Constituição Federal só permite o exercício atípico da jurisdição naqueles casos em que expressamente dispõe (v.g.

juízo pelo Senado, etc.). Como lembra o eminente **Vicente Ráo**, na sua clássica obra “O direito e a vida dos direitos”(12), existem diversos casos não expressos na Constituição em que a suposta unicidade de jurisdição estatal é esquecida, e mesmo assim são reconhecidas como válidas e perfeitamente em sintonia com todo o ordenamento jurídico. São exemplos citados pelo autor: 1) a oposição e mesmo a resistência contra as imposições não resultantes de lei; 2) a legítima defesa; 3) os atos de defesa inerentes ao exercício regular dos direitos; 4) os atos praticados em estado de necessidade; 5) os atos de desforço imediato; 6) a retenção; 7) a apropriação das arras; 8) a recusa ao cumprimento da obrigação; 9) a recusa da prestação a ser cumprida em primeiro lugar. A arbitragem, apesar de não ser literalmente autorizada pela Constituição Federal, pode ser colocada a par destes exemplos, contando com o reforço, maior, contido no Preâmbulo da Constituição.



Em conclusão, tem-se que a arbitragem instituída pela Lei 9.307/96 constitui uma forma jurisdicional de composição dos conflitos, pois que o árbitro julga obrigatoriamente aplicando o ordenamento jurídico aceito, assim como o órgão estadual investido na jurisdição, além do que conta com a chancela expressa do Poder Constituinte Originário, no Preâmbulo da Constituição, capaz de coagir tudo e todos, exceto opiniões e pensamentos.

Bibliografia

Câmara, Alexandre Freitas, Arbitragem, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

Carmona, Carlos Alberto, “Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, *in* Revista do Advogado, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, 1997.

Carvalho, Kildare Gonçalves, Direito constitucional didático, 7ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Cintra, Antônio Carlos de Araújo, Teoria geral do processo / Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dianamarco, 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

Delgado, José Augusto, “A arbitragem: direito processual da cidadania”, Revista Jurídica, ano 49, n. 282, abril de 2001.

Dinamarco, Cândido Rangel, A instrumentalidade do processo, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

Figueira Júnior, Joel Dias, “Arbitragem: da constitucionalidade dos arts. 6º, 7º, 41 e 42 da lei da arbitragem (9.307/96) – a questão da inafastabilidade do controle jurisdicional”, Revista Jurídica, ano 46, nº 245, março de 1998.

Grego Filho, Vicente, Direito Processual Civil Brasileiro, vol 1, São Paulo: Saraiva, 1995.

Marques, José Frederico, Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1966.

Marques, José Frederico, Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1974.

Martins, Pedro A Batista, “Apontamentos sobre a arbitragem no brasil”, *in* Revista do Advogado, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, 1997.

Martins, Sérgio Pinto, Direito Processual do Trabalho, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2001.

Moraes, Alexandre de, Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.



Nery Júnior, Nelson e Nery, Rosa Maria Andrade, Código de processo civil comentado e leg. Procurador Regional Eleitoral. Civ. Extravagante em vigor, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Nogueira, Antônio de Pádua Soubhie, “Considerações sobre os limites da vinculação da arbitragem (Lei 9.307/96): breve análise de pontos controvertidos”, Revista Jurídica, ano 48, n. 281, março, 2001.

Queiroz, Ari Ferreira de, Direito Processual Civil, 5ªed., Goiânia: Editora Jurídica IEPC, 1997.

Rão, Vicente, O direito e a vida dos direitos, 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

Salles, Marcos Paulo de Almeida, “Da coisa julgada na arbitragem”, in Revista do Advogado, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, 1997.

Santos, Moacyr Amaral, “Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1968.

Santos, Ernane Fidélis dos, Manual de direito processual civil, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

Silva, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

Teixeira, Sálvio de Figueiredo, “Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária”, in Revista Jurídica, ano XLV, n. 236, junho de 1997, Editora Síntese, 1997.

Theodoro Júnior, Humberto, “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 2, Nov.-Dez, 1999.

Wambier, Luiz Rodrigues, e outros, Curso avançado de processo civil, vol. 1, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

Notas de Rodapé

1- Como descreve CARLOS ALBERTO CARMONA (“Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, in Revista do Advogado, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, pág. 18) sustentam pela natureza privada da arbitragem, reservando a jurisdição unicamente ao Estado, dentre outros: SÉRGIO BERMUDEZ (Introdução ao Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 21); VICENTE GRECO FILHO (Dir. Processual Civil Brasileiro, vol 1, São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 170); CELSO NEVES (Estrutura Fundamental do Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 19); JOSÉ FREDERICO MARQUES (Instituições de Direito Processual Civil, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, 1966, pág. 215). Também com esta opinião: ALEXANDRE FREITAS CÂMARA (“Arbitragem”, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, pág. 87).



2- São exemplos que acompanham este entendimento: CARLOS ALBERTO CARMONA (“Das boas relações entre os juízes e os árbitros”, in Revista do Advogado, n. 5, outubro de 1997, São Paulo: ASSP, pág. 18); SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, (“Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do mercosul e a imprescindibilidade da corte comunitária”, in Revista Jurídica, ano XLV, n. 236, junho de 1997, Editora Síntese, pág. 24); HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 2, Nov.-Dez/1999, pág. 5), NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY (Código de processo civil comentado e leg. Procurador Regional Eleitoral. Civ. Extravagante em vigor, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, pág. 1300); LUIZ RODRIGUES WAMBIER e outros (Curso avançado de processo civil, vol. 1, 3ª ed, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 37).

3 – Defende esta opinião SÉGIO PINTO MARTINS (Direito Processual do Trabalho, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, pág. 85): “Na verdade, a natureza jurídica da arbitragem é mista, envolvendo o contrato e a jurisdição. A primeira fase é contratual, tendo por base a cláusula compromissória, que decorre do acordo de vontade. A segunda fase é jurisdicional, em que o árbitro irá dizer o direito aplicável à espécie”.

4 – Compêndio de Processo Penal, tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, pág. 5.

5 – HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, “A arbitragem como meio de solução de controvérsias”, in Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, n. 2, Nov.-Dez/1999, pág. 5.

6 – MOACYR AMARAL SANTOS (in “Primeiras linhas de direito processual civil, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1968, pág. 93/94) ressalta que “entre os povos germânicos, ao conquistarem Roma e ainda por largo tempo, a jurisdição pertencia ao povo, que deliberava nas assembléias populares”; “que na Idade Média, dispunham de poder jurisdicional os senhores feudais”. E por fim, conclui: “Fragmentava-se a jurisdição em conseqüência das deformações da soberania, que não deixava, entretanto, de ser a força de que emanava.”

7 – Como ensina JOSÉ AFONSO DA SILVA in “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 475.

8 – ALEXANDRE DE MORAES, Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pág. 340.

9 – ALEXANDRE DE MORAES, Direito Constitucional, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pág. 346.

10 – HÉLIO TORNAGHI, Compêndio de Processo Penal, tomo I, Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, pág.5

11- O Ministro JOSÉ AUGUSTO DELGADO (in “A arbitragem: direito processual da cidadania”, Revista Jurídica, ano 49, n. 282, abril de 2001, pág. 15) afirma que a arbitragem constitui, além de um direito processual de quarta geração, um direito subjetivo fundamental do cidadão, entendimento que “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”.

12- RÁO, VICENTE, O direito e a vida dos direitos, 5ª ed. Anotada e atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pag. 858.

Date Created

03/07/2001