



UMA NOVA VISÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA JURISDIÇÃO A PARTIR DA ARBITRAGEM

*Gilberto Notário Liger**

RESUMO

Estuda a natureza jurídica da jurisdição, partindo de uma análise de seu conceito clássico, focado no monopólio estatal. Analisa a instrumentalidade e a constitucionalização do processo como mecanismos que colaboram na reconstrução da jurisdição, como instituto essencial para a realização do Estado Democrático de Direito. Examina as formas alternativas de solução dos conflitos jurídicos de interesse, especialmente, a arbitragem, que também colaboram na quebra do paradigma da estatalidade jurisdicional. Finalmente, aponta um novo conceito de jurisdição, no qual tanto os juízes quanto os árbitros desempenham papel fundamental na realização da justiça.

Palavras-chave: jurisdição; monopólio estatal; instrumentalidade; constitucionalização; formas alternativas de solução dos conflitos; arbitragem; jurisdição privada.

ABSTRACT

It studies the juridical nature of the jurisdiction, starts with an analysis of its classic concept, focused in the state monopoly. It analyzes the instrumental and the constitutional capacity of the process as mechanisms that collaborate in the jurisdiction reconstruction, as essential institute for the accomplishment of the Democratic State of Right. It examines the alternative forms of solution of the juridical conflicts of interest, especially, the arbitration, which also contributes in the break of the paradigm of the jurisdictional statatily. Finally, it aims a new jurisdiction concept, in which the judges as the referees play fundamental part in the accomplishment of the justice.

Key words: jurisdiction; state monopoly; instrumental; constitutional; alternatives forms of conflicts solution; arbitration; private jurisdiction.

* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.

Professor da Faculdade de Direito de Presidente Prudente, mantida pela Associação Educacional Toledo e da Faculdade de Ciências Jurídicas de Presidente Prudente, mantida pela Unoeste.

SUMÁRIO: 1. Considerações Iniciais – 2. Conceito clássico de jurisdição - monopólio estatal – 3. A instrumentalidade e a constitucionalização do processo na construção de um novo conceito de jurisdição - 4. O papel da arbitragem na reformulação da jurisdição – 5. Considerações Finais. Referências.

1 Considerações iniciais

O presente artigo é fruto de uma pesquisa mais ampla, realizada por um grupo de pesquisa e que teve como tema principal o “papel do juiz no processo civil moderno, com vistas ao aprimoramento da prestação da tutela jurisdicional”¹. Para a obtenção dos resultados do grupo, referido tema foi subdividido, de maneira que pudessem ser abordadas as questões mais relevantes, tais como: a evolução histórica da função jurisdicional, o juiz e as influências ideológicas, o julgamento por equidade, o juiz e o acesso à ordem jurídica, o juiz e a efetividade do processo, todas elas procurando proporcionar um enfoque tanto filosófico quanto social sobre a função desempenhada pelo juiz na solução dos litígios.

Entre os temas citados, não poderia deixar de ser abordada a “visão atual da natureza jurídica da jurisdição”. Isso porque, é indispensável estudar, também, o meio em que o juiz está inserido, e este meio é a jurisdição.

Serão realizadas breves anotações sobre os conceitos clássicos de jurisdição e a influência constitucional na construção de um novo conceito de função jurisdicional.

Na esteira da proposta de estudo, pretende-se realizar uma “revisitação”² da jurisdição, isto é, conferir-lhe uma nova configuração diante do instituto da arbitragem, na qual a solução do conflito não cabe a um determinado órgão jurisdicional, mas a particulares (árbitros) escolhidos pelas pessoas envolvidas no conflito de interesses.

2 Conceito clássico de jurisdição – monopólio estatal

Jurisdição é palavra derivada do latim, mais precisamente da expressão *juris dictio* (dizer o direito), isto é, dizer o direito diante de um conflito de interesses.

1 Trata-se de grupo de pesquisa liderado pelo Professor Dr. João Batista Lopes, no Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste Paulista.

2 LOPES, J. B. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. p. 14-15 e BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e processo; influência do direito material sobre o processo**, p. 12-14.

A palavra “revisitação” representa a necessidade da revisão dos institutos processuais fundamentais à luz das tendências atuais. Eminentemente processualistas brasileiros utilizaram o termo citado.



Desde tempos remotos, mais precisamente com o aparecimento dos primeiros agrupamentos sociais, surgiram, também, os conflitos de interesses, comuns em qualquer sociedade.

Como não havia uma autoridade superior constituída, os homens resolviam as controvérsias segundo a jurisdição privada (justiça de mão própria). Os conflitantes se colocavam em posição de luta e aquele que demonstrasse mais força e mais inteligência vencia o litígio. Era a única forma conhecida de “dizer o direito”.

Com a evolução da sociedade, surgiu o Estado (sociedade política por excelência, na fala dos cientistas políticos), que, aos poucos, retirou das mãos dos próprios litigantes a função jurisdicional. Tal fato ficou bem delineado com a evolução do Estado Romano e do direito nele empregado³.

Foi no direito romano, após a fase da *cognitio extra ordinem*, século III d.C., que a jurisdição passou a ser desenvolvida exclusivamente pelo Estado, tornando-se monopólio estatal, retirando, uma vez por todas, dos particulares a possibilidade da justiça privada.

Sob os pilares da monopolização estatal, a natureza jurídica da jurisdição foi sendo construída. Tanto é que, nesse contexto monopolizador, processualistas de renome criaram conceitos clássicos sobre a função jurisdicional.

Um dos mais conhecidos é o de Chiovenda que enfocou, no conceito de jurisdição, a idéia da substitutividade, isto é, o Estado exercendo seu poder soberano, substituindo as partes e fazendo atuar a vontade concreta da lei⁴.

Giuseppe Chiovenda é, sempre, lembrado pela doutrina, não tanto por esse conceito, mas pela sua preocupação com um processo de resultados efetivos e práticos. É dele a máxima: “o processo deve dar, quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir.”⁵

3 CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO. **Teoria geral do processo**. 1999, p. 20-23. Confira, em breve relato, a evolução da jurisdição no Estado Romano.

4 A definição de Chiovenda para a jurisdição é: “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torna-la, praticamente, efetiva”.

5 CHIOVENDA, G. **Instituições de direito processual civil**. p. 67.

Baseado no seu conceito de jurisdição, referido processualista reforça o monopólio estatal da jurisdição e transforma o juiz em uma figura singular, pois aquilo que o agente jurisdicional disser sobre o caso concreto será atuação da vontade da lei e, assim, o direito estará dito (jurisdição).

As considerações e os conceitos acima tecidos ajudam a encerrar esse tópico com o entendimento de que a exclusividade estatal da jurisdição, aliada ao ideal liberal pós-revoluções dos séculos XVIII e XIX, fez do juiz uma figura monopolizadora também, absolutamente neutra, entrincheirado em seu gabinete, distante das partes e apegado às formas, principalmente à lei.

3 A Instrumentalidade e a Constitucionalização do Processo na Construção de um Novo Conceito de Jurisdição.

A jurisdição vista sob prisma exclusivamente monopolista, não passa de mero canal, mediante o qual o Estado faz valer o seu poder soberano (*imperium*) sobre os seus súditos, ditando tão somente aquilo que a lei encerra em si.

Essa visão centralizadora da jurisdição passou a não mais atender aos anseios do povo, uma vez que a mera aplicação da lei, por intermédio de juízes neutros, influenciados pelo idealismo liberal do século XIX, acabava por destoar de tão importante função, posto que seus resultados não estavam atingindo os conflitos oriundos dos novos direitos, sobretudo dos de segunda geração, conhecidos como “sociais”, surgidos na primeira metade do século XX.

Destarte, o processo, considerado como o meio pelo qual se realiza a jurisdição, transformou-se em um conjunto de atos processuais, uma simples técnica de trabalho, extremamente formalista, fruto da fase autonomista da evolução histórica do direito processual. O formalismo dos atos tomava lugar do resultado efetivo da jurisdição.

Para desmistificar o formalismo exacerbado, surgiu uma nova corrente de pensamento no direito processual, conhecida por teoria instrumentalista, que deixou de lado os aspectos técnicos do processo, para conferir-lhe uma feição mais crítica, analisando os resultados efetivos que o mesmo possivelmente poderá produzir na vida das pessoas.

Dessa forma, o processo transforma-se em um instrumento para a pacificação social, deixando de ter um escopo exclusivamente jurídico (i.e., apenas dizer o direito), devendo atingir, igualmente escopos sociais, políticos e, até mesmo, educacionais.

Na verdade, a instrumentalidade do processo tornou-se um método de estudo e mais do que isso uma nova “postura⁶, que envolve a ciência processual”.

Um dos fatores que favoreceram o nascimento dessa fase metodológica, bem como o seu desenvolvimento, foi a preocupação do cientista processual com os princípios constitucionais do processo, que passou a ser conhecido como direito processual constitucional.

Os Estados passaram a adotar, em suas Constituições, uma gama de princípios garantidores do devido processo legal, tais como o direito de ação, o contraditório e a ampla defesa, a motivação das decisões judiciais, a publicidade, a isonomia, entre outros.

Entre esses princípios constitucionais, a garantia do acesso à justiça foi eleita como o ponto nodal da instrumentalidade, e essa realidade é verificável na doutrina tanto estrangeira quanto nacional⁷.

Com o acesso à justiça, passou-se a pregar que a jurisdição deveria deixar de ser o tradicional e clássico “dizer o direito”, para transformar-se em um novo ideal democrático de proteção dos cidadãos, solucionando os conflitos de interesse para a pacificação social. É a preocupação com o social e com a solidariedade. Nesse ponto, os primeiros passos são dados para a construção de uma nova natureza jurídica da função jurisdicional.

A título de exemplo, a Constituição Italiana de 1947 consagrou o acesso à justiça, como garantia entre os princípios fundamentais, no artigo 24: “*Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi*”⁸.

Entre os processualistas italianos, ressalte-se o posicionamento de Giovanni Verde sobre o acolhimento, pela Constituição Italiana, dos princípios gerais do processo⁹, que começa tratando do tema, afirmando que quatro princípios dirigem o processo civil italiano diante da realidade vivida no continente europeu:

6 DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 23. O termo “postura” foi utilizado por Dinamarco, para demonstrar as manifestações da instrumentalidade no processo. Veja-se: “É a instrumentalidade o núcleo e a síntese dos movimentos pelo aprimoramento do sistema processual, sendo consciente ou inconscientemente tomada como premissa pelos que defendem o alargamento da via de acesso ao Judiciário e eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos, nos estudos e propostas pela inafastabilidade do controle jurisdicional e efetividade do processo, nas preocupações pela garantia da ampla defesa no processo criminal e pela igualdade em qualquer processo, no aumento da participação do juiz na instrução da causa e da sua liberdade na apreciação do resultado da instrução.”

7 CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. 1988; DINAMARCO, C. R. **Instrumentalidade do Processo**. 1999; MARINONI, L. G. **Novas linhas do processo civil**. 1.999.

8 “Todos podem agir em juízo para a tutela dos próprios direitos e interesses legítimos” (Tradução livre).

9 VERDE, G. **Profilli del processo civile**. 1. Parte generale. 4. ed. Napoli: Jovene Editore. 1994, p. 17-25.

- a) nenhum juiz pode decidir, se não for competente para conhecer a matéria que lhe foi determinada (*nemo iudex in re sua*);
- b) não é possível que o juiz inicie o processo por sua vontade, isto é, há a necessidade da iniciativa da parte para a movimentação do judiciário (*nemo iudex sine actore*);
- c) deve ser garantida, suficientemente, às partes do processo a possibilidade de se defenderem (*audiatur et altera pars*); e
- d) o juiz, ao resolver a controvérsia, não se utilizará de cânones por ele criados em relação ao caso concreto, mas deve-se referir aos cânones pré-constituídos (*jura novit curia*).

E continua dizendo que essa configuração do processo, por meio de princípios, foi sendo estruturada de acordo com uma lenta evolução histórica, que culminou, atualmente, com a previsão dos mesmos na Constituição em vigor.

Giovanni Verde traduz a importância da previsão constitucional de tais princípios da seguinte forma: “La prima conseguenza di questa elevazione al rango costituzionale dei principî che regono il processo sta nel fatto che le leggi processuali ordinarie devono essere in armonia con gli stessi e che eventuali contrasti possono essere denunciati alla Corte costituzionale, la quale – ove ne ravvisi la sussistenza – può dichiarare l’illegittimità delle leggi.”¹⁰⁻¹¹

Após demonstrar a importância dos princípios processuais consagrados na Constituição Italiana, o processualista peninsular faz uma análise dos princípios constitucionais do processo italiano. Nessa oportunidade, cita o artigo 24 da Constituição Italiana (anteriormente descrito), como sendo uma garantia mediante a qual não é possível criar-se uma norma que imponha aos cidadãos limitações ou obstáculos, para que possam defender, no processo, suas posições substanciais, sejam elas de direito subjetivo ou de interesses legítimos.

Ainda, ressalta que, além de garantir a tutela jurisdicional, igualmente impõe que aquele que afirma ser portador de uma situação substancial pode decidir se recorre ou não à tutela jurisdicional, considerando o direito de liberdade.

10 VERDE, Op. Cit., p. 17-18.

11 Tradução livre: “A primeira consequência desta elevação à categoria constitucional dos princípios que regem o processo está no fato que as leis processuais ordinárias devem estar em harmonia com os mesmos e que eventuais contradições podem ser denunciadas para a Corte constitucional, a qual pode declarar a ilegitimidade das leis.”

No Brasil, o acesso à justiça também está garantido entre os princípios fundamentais, no artigo 5º, inciso XXXV, que diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Verifica-se que, tanto na Itália quanto no Brasil, a garantia não é o “dizer o direito”, mas proporcionar justiça ampla a todos, um acesso efetivo dos cidadãos, sem nenhuma forma de discriminação.

Essa preocupação com o acesso efetivo à justiça é uma forma de reafirmação dos ideais democráticos do Estado, que somente poderá promover o *bem comum*, se contiver todo um aparato garantidor de direitos subjetivos.

No caso do Brasil, não é demais lembrar que o artigo 3º da Constituição Federal elenca os objetivos fundamentais da República:

- I. construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II. garantir o desenvolvimento nacional;
- III. erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tanto a construção de uma sociedade justa quanto a promoção do bem comum somente serão atingidos se forem criadas condições para que os cidadãos façam valer as suas garantias e tenham acesso à justiça. E isso está presente, de igual forma, com a garantia da assistência judiciária gratuita (Art. 5º, LXXIV), da concessão de mandado de segurança individual e coletivo (Art. 5º, incisos LXIX e LXX).

E talvez o maior avanço do legislador constituinte tenha sido desmistificar o monopólio estatal da jurisdição, com a previsão de alternativas à pacificação dos conflitos, como no caso dos juizados especiais (Art. 98, I, da CF) e com a possibilidade da participação direta do povo na administração da justiça, por meio da justiça de paz (Art. 98, II, da CF).

Mais uma vez, repete-se que o Estado brasileiro, em particular, se preocupou com o acesso à justiça, e não só com o “dizer o direito”, pois não se promove a democracia com a simples e pura aplicação da lei ao caso concreto.

A constitucionalização do processo, isto é, um processo garantido por princípios inculpidos entre os direitos e garantias individuais, tornou possível aumentar o campo de atuação da própria jurisdição, ou melhor, favoreceu a realização do bem comum, possibilitando o acesso dos cidadãos à justiça.

Esse quadro obrigou o legislador ordinário a realizar modificações legislativas, no intuito de adaptar o sistema processual à nova realidade constitucional. Tanto que na última década do século XX, foram editadas inúmeras leis, por meio das quais se introduziu no sistema processual brasileiro novos instrumentos de acesso à justiça, tais como a possibilidade de requerimento da antecipação dos efeitos da tutela e a ação monitória.

Nessa mesma ordem, foram revitalizadas as formas alternativas de solução dos conflitos de interesse, os quais atuam sem a necessidade de uma decisão jurisdicional, tais como as comissões de conciliação prévia da Justiça do Trabalho e a arbitragem, estatuída pela Lei 9.307/96.

Portanto, desde a instrumentalidade que criou uma nova mentalidade nos processualistas, passando pela constitucionalização do processo até a reformulação da legislação ordinária, a função jurisdicional deixou de ter como mera preocupação o “dizer o direito”, transformando-se em instrumento a serviço da paz social, capaz de proporcionar acesso dos cidadãos às formas de solução dos seus conflitos de interesses.

4 O Papel da Arbitragem na Reformulação da Jurisdição.

O modo pelo qual a Constituição Federal de 1.988 tratou o processo e a jurisdição, democratizando-os, abriu caminhos para que algumas formas alternativas de pacificação dos conflitos fossem revitalizadas, recebendo, tanto do legislador quanto da doutrina, uma atenção especial.

A arbitragem foi a forma alternativa de pacificação dos conflitos, que no Brasil, sofreu modificações substanciais e acabou por gerar repercussões importantes sobre o que se deve entender sobre a teoria e a prática da pacificação dos conflitos de interesses.

Partindo dessa premissa, antes da abordagem específica da arbitragem, serão analisados, de forma breve, algumas mudanças legislativas que também importam no que tange às alternativas dos conflitos de interesse, bem como considerações sobre a necessidade das mesmas na atualidade.

Mauro Cappelletti foi um dos maiores estudiosos no tema do acesso à justiça no mundo. No Simpósio Jurídico W.G. Hart, sobre Justiça Civil e suas alternativas, realizado em Londres, no *Institute of Legal Advanced Studies*, no ano de 1.992, o mencionado autor ficou com a responsabilidade de fazer o relatório de abertura, no qual disse que um dos obstáculos ao acesso à justiça é o *processual*, pois, em certas áreas ou espécies de litígios, o processo tradicional poderia não ser o melhor

caminho e que a ADR (*Alternative Dispute Resolution*), isto é, solução alternativa à disputa seria a saída mais viável¹².

Para Mauro Cappelletti, a conciliação, a arbitragem e a mediação, apesar de não serem novas, sempre foram alternativas à solução dos conflitos e, diante do movimento universal de acesso à justiça, ganharam força nova, como instrumentos de realização desse acesso¹³, porquanto o que importa é que a maioria possa ser beneficiada pela resolução da controvérsia.

No Brasil, o constituinte deixou o caminho aberto para a criação e utilização dos mecanismos alternativos de solução das controvérsias¹⁴.

Um dos primeiros passos do legislador brasileiro, no sentido de criar e aprimorar os meios alternativos ocorreu com a edição da Lei 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, por meio da qual o juiz passou a ter o dever de tentar conciliar as partes, a qualquer tempo, no processo (Art. 125, IV, do CPC) e, ainda, antes do despacho saneador, realizar uma audiência de conciliação, se a causa versasse sobre direitos disponíveis nos moldes do artigo 331 do CPC.

Referido artigo sofreu nova modificação, com a Lei n.º 10.444/02, em que a expressão “direitos disponíveis” foi mudada para “causas sobre direitos que admitam transação”, no intuito de aumentar, ainda mais, o leque de situações em que o juiz está autorizado a tentar a conciliação.

Outro passo importante foi a criação dos juizados especiais cíveis e criminais estaduais, por meio da Lei Federal n.º 9.099/95, que, no seu artigo 2º, é expressa: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (o grifo não pertence ao original). Na própria lei, o legislador fez questão de regulamentar a forma de conciliação, bem como a possibilidade de instituição de juízo arbitral, nos termos dos artigos de 21 a 26.

12 CAPPELLETTI, M. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Doutrina Internacional.** REPRO 74/82-97.

13 No relatório já mencionado, Cappelletti disse: “Essa idéia não é nova: a conciliação, a arbitragem, a mediação foram sempre elementos importantes em matéria de solução dos conflitos. Entretanto, há um *novo elemento* consistente em que as sociedades modernas descobriram novas razões para preferir tais alternativas. É importante acentuar que essas novas razões incluem a própria essência do movimento de acesso à Justiça, a saber, o fato de que o processo judicial agora é, ou deveria ser, acessível a segmentos cada vez maiores da população, aliás, ao menos teoricamente, a toda a população. Esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.” (REPRO 74/88).

14 Anote-se que meio alternativo de solução das controvérsias deve ser entendido, também, como todo o meio que dispensa um julgamento de mérito da demanda, ou seja, com o pronunciamento expresso do magistrado sobre a causa de pedir e o pedido proposto na demanda.

Ainda quanto às pequenas causas, o legislador também criou o juizado especial federal, com a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2.001, como mecanismo capaz de proporcionar acesso à justiça, principalmente aos mais pobres que dependem da previdência social, e tornar mais ágil a prestação da tutela jurisdicional no âmbito da justiça federal.

Nesse tópico, ganha especial destaque, como alternativa de solução dos conflitos de interesses, a arbitragem, que foi revitalizada no direito brasileiro, por meio da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1.996, que autorizou: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”.

A arbitragem é o instrumento alternativo de pacificação dos conflitos por excelência, pois, diante da nova sistemática, é realizada sem a participação do Estado-juiz, sendo que a sentença proferida pelos árbitros, escolhidos, livremente, pelas partes contratantes, não ficará sujeita a recurso, muito menos à homologação pelo Poder Judiciário (Art. 18 da Lei 9.307/96) e, também, produzirá, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida por um juiz, inclusive sendo considerada título executivo (Art. 31 da Lei 9.307/96 e 584, VI, do Código de Processo Civil)¹⁵.

Trata-se de um dos nossos maiores avanços em termos de acesso à justiça. É uma inovação importante que colocou o Brasil no mesmo patamar dos países desenvolvidos.

No sistema italiano, por exemplo, que é muito parecido com o sistema brasileiro, a arbitragem é uma forma alternativa de solução das controvérsias, que se desenvolve por intermédio de um processo judiciário, nos termos dos artigos 806 a 840 do Código de Processo Civil Italiano.¹⁶

15 SÁ D. M. R. de. **Considerações sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96**. REPRO 97/143-147. Confira, *in verbis*, o que disse a autora: “ Com o advento da Lei 9.307/96, deixou o juízo arbitral de ser atividade não-jurisdicional, aperfeiçoável pela força e autoridade do Estado através da homologação do laudo arbitral, para transformar-se em atividade jurisdicional. Adquiriu, portanto, natureza jurídica diversa e apresenta-se como jurisdição de caráter privado, instrumento de pacificação social que permite a aplicação do direito ao caso concreto, com resolução da lide relativa a direitos patrimoniais disponíveis através de sentença revestida do *status* de título executivo judicial e produtora dos efeitos da coisa julgada.”

16 COMOGLIO, L. P.; FERRI, C.; TARUFFO, M. *Lezioni sul processo civile*, p. 146.

Entre os doutrinadores italianos, a arbitragem é tida como uma forma alternativa, contudo, com natureza jurisdicional, uma vez que o laudo arbitral, da mesma forma que a sentença judicial soluciona a controvérsia. Esse é o posicionamento de Luigi Paolo Comoglio, Corrado Ferri e Michele Taruffo¹⁷.

Ainda entre os italianos, Sergio La China, que é um dos maiores estudiosos da arbitragem naquele país, defende a idéia da arbitragem como uma função jurisdicional.

Diz referido autor que um dos problemas teóricos da arbitragem e talvez o principal deles, é descobrir qual a verdadeira relação entre esta e a jurisdição.

Sergio La China coloca que, antes de 1.994, quando o laudo arbitral dependia da homologação do juiz de primeira instância (*decreto pretoriale*) para que produzisse efeitos, a arbitragem não tinha vida própria. Contudo, após a modificação, a orientação de fundo do Código de Processo Civil foi a de reconhecer valor imediato e incondicionado ao laudo arbitral como instrumento de decisão da controvérsia.¹⁸

A partir da experiência estrangeira e considerando o modo pelo qual está sistematizada a arbitragem no sistema brasileiro, não há também motivos para não considerá-la como verdadeira tarefa jurisdicional, pois é uma forma de acesso à justiça, garantida no artigo 5º, inciso XXXV, da CF.

Ainda, é bom lembrar que a arbitragem, como as demais formas alternativas, tem uma função social, sendo uma expressão da justiça participativa, na qual o cidadão atua diretamente, por meio da sua vontade, e não substituído pelo Estado, na composição do litígio.¹⁹

17 COMOGLIO, L. P. et. al. *Lezioni*, p. 146. "Como possibilidade alternativa mais importante para solução das controvérsias por meio do processo judiciário está a arbitragem. Em linhas muito gerais se tem a arbitragem todas as vezes que as partes, de comum acordo, destinam a decisão de uma controvérsia a um terceiro (ou a um colégio de três pessoas). Se trata de verdadeira e própria decisão, e não de conciliação ou mediação, por que o árbitro não tem a função de induzir as partes a um acordo, mas sim aquela de resolver a controvérsia fundamentando-a de acordo com a pretensão das partes." (Tradução livre).

18 CHINA, S. La. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, p. 12.

19 COSTA, N. C. A. da. *Poderes do árbitro*. p. 29).

O autor em recente obra tratando sobre os poderes do árbitro, disse: "A arbitragem, na forma instituída pela Lei 9.307/96, tem como função social básica: a) propiciar ao jurisdicionado uma opção a mais para a resolução adequada de determinados conflitos (acesso à justiça); b) garantir a participação do cidadão na administração da justiça; c) tendência de reduzir a sobrecarga do Poder Judiciário, no que diz respeito aos julgamentos de causas envolvendo direitos disponíveis e, com isso, fazer com que haja melhoria qualitativa nos julgamentos de alta relevância social (direitos indisponíveis) e d) modernizar o País no que diz respeito às relações internacionais, inserindo-o de maneira real no mercado internacional."

Joel Dias Figueira Júnior, que, ao lado de Carlos Alberto Carmona, é um estudioso da arbitragem no Brasil, ressaltou que, diante da crise vivida pela jurisdição estatal, representada pelo inchaço das funções e atribuições do Estado-juiz, entraves de natureza estrutural, inadequação das normas procedimentais, entre outras, a arbitragem e as demais formas representam não só alternativas à pacificação dos conflitos, mas também mecanismos capazes de minorar os efeitos da anunciada crise institucional.²⁰

Nessa ordem de idéias, a arbitragem está colocando fim ao mito do monopólio da jurisdição estatal, isto é, a solução dos conflitos pode ser realizada, independente de uma decisão (sentenças ou acórdãos) do Poder Judiciário, como também por uma sentença arbitral.

As tarefas de solucionar o conflito e trazer paz para a sociedade, com efetividade, não são mais exclusivas do Estado, uma vez que o juiz privado também está autorizado a julgar.

É certo que o novo contorno, conferido ao instituto da arbitragem, modernizou o direito brasileiro, equiparando-o às nações mais desenvolvidas, onde essa forma de solução de conflito é largamente utilizada, como já citado.

Porém, necessário considerar-se que essa forma alternativa de solução de conflito não foi tão bem recebida no meio jurídico brasileiro, em especial por parte daqueles que a consideram inconstitucional, por afrontar o princípio do acesso ao Judiciário.

No mais, encontrou alguns obstáculos, como: a não utilização da arbitragem em causas onde a União e equiparados sejam parte; igualmente os bancos não são alvo desse meio alternativo de solução de conflito; restando, como público alvo, pessoas comuns, parte quase insignificante no volume de processos nos Tribunais.

Talvez essas sejam algumas das razões, a fim de que essa modalidade de jurisdição (arbitragem) não tenha se intensificado no Brasil, como ocorreu em outros países.

O questionamento sobre a constitucionalidade do instituto foi o motivo que estremeceu as bases do instituto, trazendo insegurança transitória sobre o tema.

O argumento utilizado pelos defensores do posicionamento contrário à constitucionalidade da arbitragem fica em torno da eventual inobservância do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

20 FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. *Arbitragem, Legislação nacional e estrangeira e o monopólio estatal*. p. 14-16.

Saliente-se que a referida garantia constitucional não impõe ao cidadão a obrigatoriedade de buscar a tutela jurisdicional, isso porque predomina, no Estado Brasileiro, nesse aspecto, o princípio da liberdade do cidadão em fazer valer, também, as formas alternativas de solução dos conflitos.

A Lei de Arbitragem traduz-se numa dessas alternativas e privilegia o acesso à justiça, proporcionando ao cidadão a escolha dessa via. Utilizando a lição de Djanira Maria Radamés de Sá, fica clara a seguinte idéia: “Determinada a natureza jurídica da arbitragem a partir da possibilidade de delegação pelo Estado, a agentes privados, da capacidade de exercício da função jurisdicional, é de se interpretar o dispositivo constitucional nesses exatos limites, considerando garantido o acesso à jurisdição também pela via arbitral, como resultado do poder de escolha do jurisdicionado.”²¹

Ainda sobre a arbitragem e sua constitucionalidade, é relevante citar-se a decisão do pleno do Supremo Tribunal Federal no SE nº 5.206, que, após 6 (seis) anos de discussões, achou por bem considerar como constitucionais as disposições da Lei 9.307/96.²²

Assim, negar ao jurisdicionado a opção, a liberdade de escolha sobre a forma de tutela de seus direitos disponíveis significa irremediável retrocesso.

Esses argumentos favoráveis à constitucionalidade da arbitragem não representam uma tentativa de atacar o Poder Judiciário ou desprezar suas funções; ao contrário, proporcionar maior acesso dos cidadãos à justiça, como corolário do bem comum²³.

21 I SÁ, D. M. R. de. Considerações sobre a constitucionalidade da lei 9.307/96, p. 145.

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo para homologar a sentença arbitral, vencidos parcialmente os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, no que declaravam a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 6º; do artigo 7º e seus parágrafos; no artigo 41, das novas redações atribuídas ao artigo 267, inciso VII, e ao artigo 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; e do artigo 42, todos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1.996. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 12.12.2001. Sentença Estrangeira nº 5206. Requerente: MBV Commercial And Export Management Establishment. Requerido: Resil Industria e Comércio Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2.001. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>.

23 FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. Op. Cit., p. 23.

Prelecionou que: “[...] diante da facultatividade concedida aos jurisdicionados para buscarem a solução de seus conflitos de interesses de natureza patrimonial disponível através da jurisdição estatal ou privada, tende o Estado-juiz a fortalecer-se gradativamente, à medida que se for necessariamente provocado quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis, onde sua atuação é imprescindível em face da natureza da relação conflituosa no plano material.” Continuando, o autor disse: “Com a redução gradativa do acesso à jurisdição estatal para dirimir questões patrimoniais de maior complexidade, os Magistrados certamente encontrarão mais tempo para se dedicar às causas que, de fato e de direito, não prescindem de sua efetiva participação, como instrumentos de pacificação social.”

Joel Dias Figueira Júnior expôs a seguinte idéia, com a qual se encerra o presente tópico: “O mito do monopólio da jurisdição estatal há de ser quebrado e alardeado como a boa nova que os ventos trazem para os próximos tempos. A jurisdição privada, isto é, o juízo arbitral, ao lado de outras formas alternativas de solução dos conflitos, inspiram aos jurisdicionados e operadores do Direito a tão esperada bonança no recebimento da prestação das tutelas.”²⁴

Há pelo menos dois aspectos importantes que militam a favor da adoção da arbitragem como mecanismo de solução dos conflitos e colaboram diretamente na construção de uma nova visão sobre a função jurisdicional, que podem ser resumidos aos princípios da imparcialidade do julgador e o do dever de motivar as decisões.

No artigo 13, parágrafo 6º, da Lei de Arbitragem, o legislador deixou claro que: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição.”

O critério para determinar a função jurisdicional não pode ser o fato do agente julgador pertencer a um ou outro órgão estatal, mas sim a sua disposição e o seu compromisso para julgar com imparcialidade, isto é, acima e entre as partes, fazendo valer a verdade na solução do conflito.

A imparcialidade não é atributo exclusivo do juiz estatal, portanto, mas de todo aquele que está autorizado e se presta a solucionar os conflitos de interesse²⁵.

Por outro lado, no artigo 26, inciso II, da mesma Lei, há menção expressa para que o árbitro fundamente sua decisão, como requisito da sentença arbitral, sob pena de sua nulidade (Art. 32, III, da Lei de Arbitragem). É o dever de motivar as decisões, oriundo da garantia constitucional prevista no artigo 93, IX, da CF.

Nada mais natural, até mesmo como forma de afirmar a importância da alternativa jurisdicional da arbitragem, que as decisões emanadas dos árbitros também sejam fundamentadas, como forma de garantia das partes, que poderão saber quais foram os motivos que conduziram-nos a julgar.

24 Id Ibid. p. 24.

25 CAMBI, E. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica**, p. 123.

Eduardo Cambi, jovem processualista paranaense, em recente obra sobre a jurisdição, a partir de uma análise crítica, no capítulo intitulado à função social da jurisdição e do processo civil, disse: “Já a arbitragem é uma forma de privatização da justiça, uma vez que a solução da controvérsia é realizada por árbitros escolhidos pelas próprias partes, não pelo Judiciário, exceto quando não há acordo (Lei 9.307/96, art. 13). Isto contudo, não torna esta lei inconstitucional, não colidindo com o art. 5º, inc. XXXV, da CF, porque: a) essa lei não impõe a arbitragem, mas apenas a faculta; b) a atividade jurisdicional não é monopólio estatal, pois o que é imprescindível para dizer o direito nos casos concretos é a imparcialidade do julgador, que pode ser encontrada tanto nos juízes quanto nos árbitros.”

Após tais anotações, é possível demonstrar que a jurisdição deve ser encarada a partir de uma nova visão, com a ruptura de velhos paradigmas.

A função jurisdicional não é, como se viu, exclusividade do Estado, mas também e principalmente pela participação do povo na busca da solução dos conflitos, por intermédio da arbitragem, por exemplo, na qual a decisão da controvérsia se dá por ato de terceiros, que não juízes estatais, mas que se revestem da função de solucionar conflitos, de modo imparcial e motivando suas decisões. É a privatização da justiça.

5 Considerações finais.

Ao final, longe de esgotar o tema e com o intuito de trazer mais questões do que respostas em torno da discussão, busca-se agora tão somente criar uma nova conceituação para a jurisdição.

Considerando os fatores constitucionais citados, a instrumentalidade e a nova sistemática processual, bem como as formas alternativas de solução das controvérsias, em especial a arbitragem, a jurisdição pode ser conceituada, atualmente como sendo “a função mediante a qual os conflitos de interesses são solucionados com pacificação social, exercida tanto pela justiça pública quanto pela justiça privada”.

Trata-se de um novo conceito que vem reforçar a idéia de que um Estado Democrático de Direito somente pode ser construído tendo como base um sistema de distribuição de justiça capaz de solucionar os conflitos de interesses com mais rapidez, ou pelo menos no momento adequado, e com devida segurança.

O fato de alçar a arbitragem ou qualquer outra forma de solução das controvérsias como função jurisdicional, não representa a fórmula mágica para solução de todos os males institucionais.

Considerar a arbitragem como um mecanismo jurisdicional de solução das controvérsias, significa não só quebrar a barreira do monopólio do Judiciário na solução dos conflitos, mas criar novos paradigmas que devem ser levados em conta na pacificação dos conflitos.

Os meios alternativos somente poderão surtir os efeitos esperados pelo legislador e pela sociedade se realmente forem encarados e tratados de maneira que seus resultados possam modificar a vida das pessoas, pois essa modificação prática e efetiva é o mínimo que se espera de institutos voltados para o acesso à justiça.

Nesse contexto, tanto o juiz quanto o árbitro ganham especial relevância, pois ambos se tornam agentes da pacificação social, não só meros aplicadores da lei no caso concreto, mas figuras representativas capazes de promover o acesso em todos os sentidos, longe da neutralidade e do dogmatismo.



Portanto, o conjunto formado por juízes e árbitros deve ser chamado de grupo dos pacificadores sociais, ou melhor, agentes sociais, capazes de transformar a sociedade e as pessoas, educando-as para o exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, J. R. dos S. **Direito e Processo. A Influência do Direito Material sobre o Processo.** 1. ed. São Paulo: Malheiros. 1.995.
- CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** (Trad.) Ellen Gracie Northfleet. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris. 1988.
- _____. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo.** São Paulo, n. 74, p. 82-97, abr./jun./ 1.994.
- CAMBI, E. **Jurisdição no processo civil. Compreensão crítica.** 1. ed. Curitiba: Juruá. 2.003.
- CARMONA, C. A. **Arbitragem e Processo. Um comentário à lei 9.307/96.** 1. ed. São Paulo: Malheiros. 1998.
- CHIOVENDA, Guiseppe. *Instituições de Direito Processual Civil.* Vol I. 2ª Edição. Campinas : Bookseller. 2000.
- CINTRA, A. C. de A. et al. **Teoria Geral do Processo.** 15. Ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- COMOGLIO, L. P. et. al. *Lezioni Sul Processo Civile.* Bologna: Il Mulino. 1995.
- COSTA, N. C. A. da. **Poderes do árbitro. De acordo com a lei 9.307/96.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.
- DINAMARCO, C. R. **A Instrumentalidade do Processo.** 7. ed. rev. atual.. São Paulo: Malheiros. 1999.
- FIGUEIRA JÚNIOR. J. D. **Arbitragem, jurisdição e execução.** 2. ed. São Paulo: RT. 1.999.
- _____. **Arbitragem. Legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional.** 1. ed. São Paulo: LTr. 1999.
- LA CHINA, S. *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza.* Milano: Giuffrè. 1.995.
- LOPES, J. B. **Tutela Antecipada no processo civil brasileiro.** 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.
- MARINONI, L. G. **Novas Linhas do Processo Civil.** 3. ed. São Paulo: Malheiros. 1999.
- PAULA, J. L. M. de. **A jurisdição como elemento de inclusão social. Revitalizando as regras do jogo democrático.** 1. ed. Barueri: Manole. 2003.



SÁ, D M. R. de. Considerações sobre a lei 9.307/96. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 97, p. 143-148, jan./mar./2000.

YARSHELL, F. L. **Tutela Jurisdicional**. 1. ed. São Paulo: Atlas. 1999.

VERDE, G. **Profili del Processo Civile**. 1..Parte Generale. 4. ed. Napoli: Jovene. 1994.