

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM PROCESSO CIVIL

RICARDO RANZOLIN

**COEXISTÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E DO JUÍZO ESTATAL:
O ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre

2008

RICARDO RANZOLIN

**COEXISTÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E DO JUÍZO ESTATAL:
O ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Processo Civil, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Araken de Assis

Porto Alegre

2008

RICARDO RANZOLIN

**COEXISTÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL E DO JUÍZO ESTATAL:
O ENFOQUE CONSTITUCIONAL**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Processo Civil, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 07 de julho de 2008.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Araken de Assis - Orientador

Prof. Dr. Sérgio Gilberto Porto

Prof. Dr. Teori Albino Zavaschi

RESUMO

O trabalho foca a arbitragem interna, a partir da atualização legislativa preconizada pela nova Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 –, visando reconhecer os fundamentos da coexistência entre o juízo arbitral e o juízo estatal. Principia-se pelo reconhecimento da nova teleologia da arbitragem alinhada à categoria das *Alternative Dispute Resolution* e pelo exame da problemática da sua natureza jurídica, a partir do contraste com conceito de jurisdição compatível com o sistema jurídico vigente, sobretudo diante das peculiaridades da Constituição Federal. É brevemente historiada e contextualizada a evolução legislativa da arbitragem no Brasil, bem como esquadrihadas suas distinções em relação a institutos afins. São examinados, a seguir, os fundamentos pelo qual se estabelece o direito à utilização do microsistema privado da arbitragem como *via* institucional adicional de solução de conflitos. Para fins de organização da exposição, tal exame é dividido na investigação da eficácia negativa da convenção arbitral – como o Direito brasileiro comporta a renúncia à via judicial de modo que se evite a sua concomitância com o processo arbitral – e na investigação de sua eficácia positiva – como o Direito brasileiro comporta a imposição vinculativa da convenção arbitral às partes contratantes, de modo que o processo arbitral e sua decisão se impõem a elas. Por fim, são estudados princípios e conceitos diretamente pertinentes às relações entre o juízo arbitral e juízo estatal, os quais auxiliam na aplicação prática da *ratio* do sistema, que exige harmonia entre eles. São apreciados o princípio competência-competência, o *separability concept*, a condição jurídica dos árbitros, o princípio da máxima equiparação possível da decisão arbitral à sentença judicial, o alcance da decisão arbitral frente às tutelas executiva e mandamental, a peculiaridade das tutelas cominatória e de urgência na órbita arbitral, a aplicação das instâncias revisionais e do instituto da coisa julgada à arbitragem, a forma e os limites do controle jurisdicional sobre a decisão arbitral, a incidência dos efeitos da decisão arbitral frente aos terceiros, bem como a aplicação a ela dos *efeitos anexos* à sentença judicial.

Palavras-Chave: Arbitragem : Arbitragem interna : Direito processual civil : Brasil. Juízo arbitral. Jurisdição estatal. Sentença arbitral. Convenção arbitral : Eficácia. Lei de Arbitragem : Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 : Brasil.

ABSTRACT

This thesis focuses on Brazilian domestic arbitration based on the new Brazilian Arbitration Act – Act number 9.307 of September 23rd, 1996 – aiming to recognize the fundamentals of the coexistence of arbitration and state court systems. Firstly, the new teleology of arbitration in light of the category of “Alternative Dispute Resolution” is examined as well as the problems concerning its juridical nature in contrast with the concept of “jurisdiction” compatible with the current legal system, especially in face of the peculiarities of the Brazilian Federal Constitution. The legislation evolution of arbitration in Brazil is briefly narrated and contextualized and its distinctions in relation to similar institutes are clarified. Next, the grounds for the right to choose arbitration as a form of resolving disputes are analyzed. For didactic purposes, such examination is divided into: investigation of the negative aspect of enforceability of the arbitration agreement – how the Brazilian Law conciliates the waiver of the right to have disputes resolved before the state court system so as to avoid its concomitance with the arbitration proceedings – and the investigation of the positive aspect of its enforceability – how the Brazilian Law provides a means for enforcing an agreement to arbitrate so that the arbitration proceedings and its decisions bind the parties. Lastly, principles and concepts pertaining directly to the relations between arbitration and state court realms are studied, which help to apply the harmony between them provided by the Law, such as the competence/competence principle, the separability concept, the juridical qualification of arbitrators, the principle of “maximum possible equality of the arbitration award in comparison with the judicial sentence”, the range of the enforceability of the arbitration award, the peculiarity of comminatory and urgent measures of protection in the arbitration orbit, the application of revisional instances and the concept of res judicata to arbitration, the form and limits of state court control over the arbitration award, the incidence of the effects of the arbitration award on third parties, as well as the comprehensive application of the effects imposed by statutory Law on judicial sentences to arbitration award are examined.

Keywords: Arbitration : Brazilian domestic arbitration : Procedural Law : Brazil. Jurisdiction. Arbitral award. Arbitration agreement : Enforceability. Brazilian Arbitration Act. Act n. 9.307 of September 23th, 1996 : Brazil.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
1.1 DELIMITAÇÃO DA TEMÁTICA	8
1.2 OBJETIVOS DO TRABALHO	9
1.3 METODOLOGIA	10
2 FEIÇÃO CONTEMPORÂNEA DA ARBITRAGEM. PROJEÇÃO DA CATEGORIA JURÍDICA DAS <i>ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION</i>	14
3 NATUREZA JURÍDICA DA ARBITRAGEM	24
3.1 PRINCIPAIS PROPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A NATUREZA DA ARBITRAGEM	26
3.2 EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE JURISDIÇÃO	32
3.2.1 CONCEITO CLÁSSICO DE JURISDIÇÃO	32
3.2.2 INTERDEPENDÊNCIA ENTRE PROCESSO E JURISDIÇÃO. CONCEPÇÃO ATUAL DA UNIDADE JURISDICIONAL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS	35
3.3 NOÇÃO DE JURISDIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. A RÍGIDA DELIMITAÇÃO DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS E A NOVA LEI DE ARBITRAGEM	39
3.4 COMPARAÇÃO ENTRE A NATUREZA DO PROCESSO JUDICIAL E A DA ARBITRAGEM	44
3.4.1 A TEORIA DO DIREITO ABSTRATO DE AÇÃO. O CARÁTER PÚBLICO E A FORMA ANGULAR	45
3.4.2 VISÃO GERAL DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO À ARBITRAGEM E OS TRAÇOS DISTINTIVOS EM RELAÇÃO AO PROCESSO JUDICIAL	50
3.5 POSICIONAMENTO DA ARBITRAGEM DIANTE DA AUTOTUTELA, DA AUTODEFESA E DA AUTOCOMPOSIÇÃO	53
4 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA ARBITRAGEM	57
4.1 O EMBRIÃO DA ARBITRAGEM	57
4.2 BREVES REGISTROS HISTÓRICOS DA LEGISLAÇÃO SOBRE ARBITRAGEM NO BRASIL	59
4.3 CONTEXTO DA NOVA LEI BRASILEIRA. A DISSEMINAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS PAÍSES DESENVOLVIDOS	64
4.4 INSUFICIÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ANTECEDENTE E AS LINHAS GERAIS DA NOVA LEI DE ARBITRAGEM BRASILEIRA	71
5 INSTITUTOS AFINS: DISTINÇÕES EM RELAÇÃO À ARBITRAGEM	76
5.1 ARBITRAGEM DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO	76
5.2 ARBITRAMENTO	76
5.3 ARBITRAGEM IRRITUAL E PACTO DE ARBITRAMENTO	78
5.3.1 ARBITRAGEM IRRITUAL	78
5.3.2 PACTO DE ARBITRAMENTO	81
6 FUNDAMENTOS DO DIREITO À ARBITRAGEM. A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	83
6.1 EFICÁCIA NEGATIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	83
6.1.1 RENÚNCIA AO EXERCÍCIO DA PRETENSÃO PROCESSUAL ÍNSITA À CONVENÇÃO ARBITRAL	83
6.1.2 O DIREITO AO PROCESSO COMO DIREITO SUBJETIVO	87
6.1.3 APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DA DEMANDA EM FACE DA CONVENÇÃO ARBITRAL	89

6.1.3.1 Breve Identificação da Categoria dos Princípios no Ordenamento Jurídico	90
6.1.3.2 Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário	92
6.1.3.3 Princípio da Demanda.....	94
6.1.3.4 Ponderação Entre os Princípios da Inafastabilidade do Poder Judiciário e da Demanda e os Limites da Renúncia ao Exercício da Pretensão Processual	95
6.1.4 EFICÁCIA DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	97
6.1.5 EXCEÇÃO PROCESSUAL DE CONVENÇÃO ARBITRAL. INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DA ELEIÇÃO DE FORO, DA EXCEÇÃO DE COMPETÊNCIA E DA LITISPENDÊNCIA EM FACE DA CONVENÇÃO ARBITRAL	102
6.1.6 CLASSIFICAÇÃO DA EXCEÇÃO PROCESSUAL DE CONVENÇÃO ARBITRAL. A CATEGORIA DOS IMPEDIMENTOS PROCESSUAIS	105
6.2 EFICÁCIA POSITIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL.....	108
6.2.1 PANORAMA DAS TEORIAS DA AUTONOMIA PRIVADA E DO NEGÓCIO JURÍDICO. FUNDAMENTOS DA EFICÁCIA POSITIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL.....	108
6.2.2 CLASSIFICAÇÃO E OBJETO DA CONVENÇÃO ARBITRAL. O NEGÓCIO JURÍDICO <i>AD FINIENDAM LITEM</i>	113
6.2.3 CONVENÇÃO ARBITRAL COMO NEGÓCIO JURÍDICO DE DIREITO PROCESSUAL E MATERIAL.....	116
6.2.4 EXUBERANTE REGULAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM. NORMAS DE ORDEM PÚBLICA COMO FUNDAMENTO COMPLEMENTAR DA EFICÁCIA POSITIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	119
6.2.5 AÇÕES PARA IMPOSIÇÃO DA CONVENÇÃO ARBITRAL	123
7 RELAÇÕES ENTRE JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO ESTATAL.....	127
7.1 PRINCÍPIO COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA.....	127
7.2 <i>SEPARABILITY CONCEPT</i>	130
7.3 CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ÁRBITROS	131
7.4 PRINCÍPIO DA MÁXIMA EQUIPARAÇÃO POSSÍVEL DA DECISÃO ARBITRAL À SENTENÇA JUDICIAL	132
7.5 DECISÃO ARBITRAL E AS TUTELAS EXECUTIVA E MANDAMENTAL	134
7.6 MEDIDAS COERCITIVAS APLICADAS DIRETAMENTE PELO ÁRBITRO	137
7.7 DECISÃO ARBITRAL E A TUTELA DE URGÊNCIA	138
7.7.1 ARBITRABILIDADE DA TUTELA DE URGÊNCIA	139
7.7.2 PRESSUPOSTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DA EFICÁCIA NEGATIVA DA CONVENÇÃO ARBITRAL	143
7.7.3 ARBITRAGEM E A TUTELA ANTECIPATÓRIA.....	149
7.7.4 CABIMENTO DA SOLICITAÇÃO DA EXECUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA FORMULADA DE OFÍCIO PELO ÁRBITRO	151
7.7.5 PROCEDIMENTO DA SOLICITAÇÃO DA EXECUÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA.....	152
7.8 DECISÃO ARBITRAL, INSTÂNCIAS REVISIONAIS E COISA JULGADA	155
7.9 CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A DECISÃO ARBITRAL.....	161
7.9.1 FUNDAMENTOS E LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL	161
7.9.2 AÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO ARBITRAL	165
7.9.3 IMPUGNAÇÃO DA EXECUÇÃO DA DECISÃO ARBITRAL	168
7.9.4 DECISÃO ARBITRAL E AÇÃO RESCISÓRIA	174
7.9.5 DECISÃO ARBITRAL E <i>QUERELA NULLITATIS INSANABILIS</i>	175
7.9.6 DECISÃO ARBITRAL E <i>PRETENSÃO DE QUEBRA ATÍPICA DA COISA JULGADA</i>	177
7.10 EFEITOS DA DECISÃO ARBITRAL FRENTE AOS TERCEIROS	178
7.11 <i>EFEITOS ANEXOS À DECISÃO ARBITRAL</i>	186
8 CONCLUSÕES (articuladas por capítulo)	189
REFERÊNCIAS	201

1 INTRODUÇÃO

1.1 DELIMITAÇÃO DA TEMÁTICA

A delimitação do tema do trabalho exige que se decline, antes de tudo, que se estará a tratar da arbitragem *de direito privado*, tipicamente destinada à solução de causas cíveis, a qual, exceto pela polissemia, distingue-se totalmente da arbitragem das hostes do Direito Internacional Público – esta dedicada ao processamento de conflitos entre países envolvendo aspectos de suas soberanias.

Outra delimitação precípua da temática em estudo é o seu foco estrito sobre a arbitragem *nacional*, dita também *interna* ou *doméstica*. Tal especificidade tem em conta o fato de a nova Lei de Arbitragem – Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 –, além de ter preconizado ampla reforma que repercutiu sobre a estrutura, a funcionalidade, a teleologia e a própria natureza do instituto, também ter estabelecido corte profundo entre a regulação da arbitragem nacional e da arbitragem estrangeira. A esta última foi mantido o controle jurisdicional prévio, através de sua submissão ao mesmo ritual de homologação pelo STJ a que estão sujeitas as sentenças judiciais estrangeiras. É claro que, após a expedição do *exequatur*, o exame de eventuais invalidades já se processou na própria demanda homologatória. Já a decisão arbitral nacional foi totalmente autonomizada, galgando eficácia plena *per se* desde seu proferimento, incondicionada por qualquer ato jurisdicional confirmatório, e sofrendo controle jurisdicional especial somente *a posteriori*.

Embora a arbitragem estrangeira não seja de menor interesse, por configurar um sistema distinto, exigiria uma apreciação totalmente própria e à parte, optando-se por se apreciar exclusivamente a arbitragem interna e a órbita jurídica particular que lhe foi conferida pela nova Lei.

Assim, ao se fazer referência singelamente à expressão arbitragem, adiante, se estará elipticamente designando a arbitragem de direito privado interna.

1.2 OBJETIVOS DO TRABALHO

O objetivo do presente trabalho, em última análise, é o de prestar contas ao desejo de encontrar resposta à indagação de como se fundamenta no sistema jurídico a eficácia das relações entre a via arbitral e a via judicial, o que La China identifica como o coração do debate em torno da arbitragem: “[. . .] sono, questi due mondi in contrasto tra loro, ed in tal caso quale deve prevalere sull’altro, o possono coesistere, e come ed a che condizioni?”¹.

Em que pese o reavivamento da doutrina em relação à arbitragem após a nova conformação que lhe foi dada pela nova Lei de Arbitragem, com a edição de diversas obras de relevo e periódicos especializados, o certo é que ainda não se pode apontar para uma teoria já estruturada e muito menos consolidada acerca dos fundamentos do instituto no Direito pátrio. Mesmo o importante julgamento do Plenário do STF, que admitiu a constitucionalidade de todos os dispositivos da nova Lei, debruçou-se, a rigor, sobre o exame da executabilidade *in natura* da cláusula compromissória, sem adentrar em soluções para as indagações que movem o presente estudo. O fato é que a arbitragem, além de tratada em esparsos julgados que não lograram formar jurisprudência, remanesce sob conhecimento vago, inclusive entre operadores do Direito, prosseguindo como matéria extraordinária dos currículos acadêmicos. Tampouco há *consuetudo* plasmado pelo seu uso social franco e contínuo a conferir pegadas de relevo à investigação doutrinária.

Com esse objetivo e nesse contexto, o trabalho principia por demorar-se, propositalmente, no tratamento da teleologia contemporânea da arbitragem, bem como de sua polêmica natureza jurídica, trazida direta e pontualmente para o ringue do sistema jurídico nacional atual, aprofundando-se o contraste com os limites da concepção de jurisdição que emana do mesmo sistema. A seguir, se tratou brevemente do histórico da legislação sobre o instituto, buscando-se flagrar as carências que impediram o seu desenvolvimento na prática social brasileira. Fez-se, após, sua distinção conceitual diante de institutos afins.

Adiante, abordou-se os alicerces que dão fundamento à eficácia da arbitragem interna, tencionando delimitar claramente sua órbita de alcance, para informar àqueles que a elegeram como forma de solução de conflitos com quanto se pode contar com ela. Tal exigiu exame da eficácia negativa e positiva da convenção arbitral, adentrando-se, ao final, na apreciação dos

¹ LA CHINA, Sérgio. *L’arbitrato: il sistema e l’esperienza*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2004. p. 11.

princípios e conceitos pertinentes à prática da relação entre a via judicial e a arbitral, que encerram o trabalho, também a partir do viés de flagrar as possibilidades da arbitragem como via eficiente para solução de conflitos, auxiliada pela operacionalização harmoniosa com a via judicial estatal.

Parece que, como na busca por destino na selva fechada, o estudo do tema ainda irá avançar sobre trilhas que, após efetiva acomodação pela prática social, serão abandonadas pela comparação com outras menos tortuosas, ou, melhor dito, que venham a ser mais *aceitas*.

1.3 METODOLOGIA

O estudo se vale precipuamente do método analítico e dedutivo, tendo por campo de análise o Direito brasileiro em seu estágio atual.

Lembra-se aqui a lição de García de Enterría no sentido de que: “Es la idea substantiva del Derecho lo que determina su método y no lo contrario”². Nessa senda, pincelam-se, em linhas gerais e sintéticas, a concepção do Direito que se buscará ter presente, servindo de guia para os entendimentos, e, afinal, os posicionamentos que se tomarão sobre a temática em estudo.

A já antiga idéia do Direito como sistema foi tratada e colocada em patamar de evolução paradigmática por Claus-Wilhelm Canaris³. A influência de tal concepção na aplicação e obtenção do Direito, por sua vez, é detalhadamente perpassada por Juarez Freitas⁴.

O sistema é um todo, que toma forma ao mesmo tempo que seus elementos se transformam⁵. A adição dessa nova fonte – a Lei nº 9.307/96, que introduziu, com traços inéditos, um renovado microsistema de solução de conflitos – exige que se tente encontrar a unidade e a organização do Direito único que daí resultou, sempre à luz de uma racionalidade

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho*. Madrid: Ed. Civitas, 1986. P. 17.

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Trad. de Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

⁴ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁵ Edgar Morin assim conceitua sistema: “[. . .] é uma unidade global, não elementar, visto que é constituído por parte diversas inter-relacionadas. [. . .] mas tem de ser produzido, construído e organizado. É uma unidade individual, não indivisível: podemos decompô-lo em elementos separados, mas então a sua existência decompõe-se. É uma unidade hegemônica, não homogênea. E prossegue: A idéia de unidade complexa vai ganhar densidade se pressentirmos que não podemos reduzir nem o todo às partes nem as partes ao todo, [. . .] mas que temos de tentar conceber em conjunto, de modo simultaneamente complementar e antagônico, as noções de todo e de partes, de uno e de diverso [. . .]” MORIN, Edgar. *O Método*. Porto Alegre: Ed. Sulina, 2002. V. 1, p. 102.

prática, dialética e material (não apenas formal), tendo em conta o caráter teleológico do Direito. “Havendo uma ciência jurídica esta há de ser prática”⁶. Canaris considera indicativo de uma interpretação judicial do Direito bem sucedida que a nova proposição jurídica não seja compreendida em contradição com o sistema legal, mas antes se deixe incluir sem quebra no todo existente da ordem jurídica⁷. Diante de um caso não se aplica topicamente uma norma primacialmente vocacionada; todo o Direito é chamada a depor⁸.

As incompletudes, insuficiências e contradições normativas não devem ser negadas – as normas foram criadas em realidades históricas distintas, por pessoas distintas, com interesses distintos, sendo potencialmente contraditórias, por sua natureza⁹. Deve-se – sem utopismos e com consciência da falibilidade e provisoriedade do conhecimento humano¹⁰ – procurar interpretar e superar a diversidade e até a falta de preceitos, no esforço de encontrar uma conformidade mais ampla, avistando conexões materiais das partes que compõem o sistema – uma interpretação sistemática.

O sistema jurídico é aberto, inacabado e apenas completável, com constante evolução do conhecimento doutrinário, conceitual e científico – que se dá mesmo sem alteração de normas¹¹ –, mas, sobretudo, com evolução preconizada pelos fatos, que são elementos

⁶ ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 7. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996. p. 13.

⁷ CANARIS, 1989, op. cit., p. 173.

⁸ Interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro: qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito. FREITAS, 1995, op. cit., p. 47.

⁹ Karl Engisch assim referiu-se aos tempos fortes do Positivismo: “[. . .] um tempo em que os juristas aderiram firmemente à opinião de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais.” ENGISCH, 1996, op. cit., p. 170.

¹⁰ Toda teoria, conforme Popper, é formada por conjecturas a respeito da realidade, *i.e.*, por um modelo do mundo, que busca descrevê-lo. Como toda teoria tem por objeto específicos aspectos do mundo, é simplificadora da realidade. Cabe dizer que é impossível, através da linguagem, esgotar o objeto real descrito. Quanto mais se sabe sobre um objeto, *i.e.*, quanto mais respostas se obtêm a partir dele, mais perguntas surgem. O cientista ao formular uma teoria, não está a descobrir uma lei natural, da mesma forma que um navegador descobre um continente desconhecido. Está, em verdade, tentando produzir um modelo causal que busca reproduzir a realidade. A boa teoria é a que melhor reproduz racionalmente a realidade. Mas, persiste sempre como postulado aberto, para ser refutado, superado e aprimorado. Só é teoria científica o que pode ser refutado e testado. Cf. POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. Tradução: Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1996.

¹¹ Juarez Freitas destaca que a missão do intérprete é tornar visível a conexão de sentido inerente ao sistema como um todo coerente, que é aberto, “[. . .] no sentido de que são viáveis as mudanças também em face da sempre potencialmente possível (re)descoberta de outros princípios, que se sucedem, não raro de modo diacrônico, envolver histórico de permanentes transformações”. FREITAS, 1995, op. cit., p. 35. De fato, a evolução científica do manuseio do Direito, em face do estabelecimento de ligações e conexões que aprimoram o entendimento do sistema, é evidente em vários exemplos. O *disregard of legal entity* é um deles, passando a ser aplicado por nossos tribunais muito antes das inovações legislativas que hoje o agasalham. E tal se deu a partir do apuro científico no estabelecimento de ligações e conexões entre os conceitos de *fraude*, de *necessidade de realização do direito* e de abominação aos *abusos de direito*, além de pressões da própria moral diante do avanço dos fatos sociais. Esta evolução científica da visão sobre o todo do Direito *modificou* o Direito – sem alteração de suas fontes primárias.

presentes e inerentes ao Direito¹². Dá-se sua extração a partir deles e com eles, de modo que para cada caso prático se tente desvendar a coerência e a *ratio* última do sistema, atenta à riqueza histórico-cultural da vida social, que oxigena a proposição prescritiva.

Há que se ter como absorvida toda a pertinente crítica sofrida pela escola do positivismo jurídico, de jeito a não se escoimar da abrangência do Direito os temas cientificamente intratáveis, ou que não se enquadram em um discurso científico perfeitamente neutro e de lógica racional pura, pois envolvem valores, moral, etc., inclusive presentes nos direitos fundamentais constitucionais.

Não se abdica, é claro, de apreciações lógico-dedutivas e de silogismos formais. Tampouco do gramatical, do literal, do empírico, ou da compreensão histórica. No entanto, se a norma é ponto fundamental, não o é de modo apriorístico, abstrato ou axiomático. A norma, apartada da realidade prática, pouco ou nada é¹³. García de Enterría completa: “[. . .] el Derecho excede necesariamente de la ley”¹⁴.

Ponderado que, se a juridicidade positivista extremada leva à ajuridicidade total¹⁵, a valoração material é de ministrar-se sempre sob ligação com os limites do Direito e com o método encontrado e deduzido do próprio Direito. Pois não se faz justiça sem a garantia de elementos formais garantísticos. As hierarquizações dos valores não são do intérprete e se estabelecem em uma ordem jurídica historicamente determinada¹⁶. O primado da Constituição

¹² Segundo Antonio Menezes Cordeiro, “[. . .] apenas na solução concreta há Direito. Basta atentar no dilema alternativo: conhecer um Direito independente das soluções que ele promova ou viabilizar decisões jurídicas sem a prévia intervenção de regras constituintes e legitimadoras.” CORDEIRO, Antonio Menezes. Prefácio. In: CANARIS, 1989, op. cit., p. cvi.

¹³ Segundo Eros Roberto Grau a norma nem existe *a priori*: é sempre o resultado de uma interpretação e não o objeto desta. Vide: FREITAS, 1995, op. cit., p. 152.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, op. cit, p. 53.

¹⁵ Foi o próprio Kelsen que explicitou que o Direito positivo aplica uma moldura dentro da qual existem indeterminadas possibilidades de sua aplicação. Esta indeterminação do Direito, segundo o autor, se dá também frente à escolha entre normas contraditórias de uma mesma lei, mas nesses casos a decisão do intérprete não estaria jungida a critérios jurídicos, mas balizada por critérios de fora do Direito: "A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a 'correta', não é sequer - segundo o próprio pressuposto de que se parte - uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito [. . .] mas de outras normas, que aqui, no processo da criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc. Do ponto de vista do Direito positivo, nada se pode dizer sobre a sua validade e verificabilidade. Deste ponto de vista, todas as determinações desta espécie apenas podem ser caracterizadas negativamente: são determinações que não resultam do próprio Direito positivo. Relativamente a este, a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato." KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 393. Em outras palavras, no momento crucial em que o Direito teria de *ser* Direito, para Kelsen ele não o é. Contudo, se crê, ao contrário, que a escolha do modo de aplicação do Direito ao caso concreto não pode, jamais, deixar de prestar contas ao próprio Direito.

¹⁶ Os limites da interpretação do Direito coincidem com os de sua formação. E, segundo García de Enterría: “[. . .] a superação do positivismo de nenhum modo pode implicar o abandono da positividade do Direito.” GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, op. cit., p. 257.

– onde se registram consensos possíveis do povo sobre valores básicos – e o respeito às fontes e à formação do Direito vigem como marcos de afastamento do arbítrio: princípio básico do Estado Liberal e Democrático de Direito¹⁷.

A Constituição está no ápice do sistema. É a partir dela que o sistema se aglutina e se organiza. Ali se encontram seus estandartes e âncoras fundamentais, e dela deriva a iluminação do sentido das normas infraconstitucionais.

A superação das antinomias passa pelo reconhecimento de sua natureza axiológica, pelo reconhecimento de que os enunciados encapsulam valores, princípios e regras hierarquizáveis entre si. Guardam aplicação, outrossim, o critério da especialidade e o cronológico, tendo-se presente a preferência do primeiro, pois a norma anterior especial prepondera em relação à norma posterior geral. Sem esquecer o que, aliás, dever-se-ia reter até antes, que os princípios e regras superiores do sistema (que habitam a Constituição) prevalecem mesmo que não posteriores e não especiais, bem como os princípios superiores prevalecem sobre as regras superiores¹⁸.

A completibilidade do sistema, que não permite decisões *non liquet*, exige que se superem as lacunas ou omissões da lei, que ocorrem não só pela dificuldade de localização de norma expressa, mas pela dificuldade de se encontrar um critério para optar ora pela norma geral inclusiva, ora pela norma geral exclusiva¹⁹. Essa superação deve se dar com a utilização da analogia (*lato sensu*) e com a aplicação subsidiária das demais fontes do Direito.

Tudo sem esquecer que a apreciação tópica das normas é relevante como forma de apreensão de conteúdos, mas a tarefa mesmo do intérprete é analisar a repercussão da aplicação da norma dada como sendo resultado de efetiva resposta de todo o sistema. “É certo que a mais qualificada interpretação sistemática não resolve todas as nossas dificuldades, mas é o melhor modo de enfrentá-las.”²⁰

É sob tal método que se quer tentar dar nitidez à temática em foco.

¹⁷ A interpretação sem método é a negação ao Direito, a negação ao Direito em seu ponto culminante, pois é na sua concretude que ele se faz, ontologicamente, Direito.

¹⁸ FREITAS, 1995, op. cit., p. 57-79.

¹⁹ Ibid., p. 86.

²⁰ Ibid., p. 139.

8 CONCLUSÕES (articuladas por capítulo)

A partir de questionamentos acerca da eficiência do afunilamento do sistema de solução de controvérsias na tradicional ação judicial e o decorrente congestionamento do Poder Judiciário, projetou-se o movimento internacional em prol das denominadas *Alternative Dispute Resolution*, dentre as quais se destacam a arbitragem, a mediação e outros institutos similares. Elas podem ensejar formas mais coexistenciais no estabelecimento de paz social, por exigir que as partes se envolvam responsabilmente na construção da solução do conflito, bem como podem viabilizar maior celeridade e precisão na superação de determinadas controvérsias, auxiliando no desafogo do Judiciário.

A nova Lei de Arbitragem brasileira, na esteira das alterações legislativas havidas em praticamente todos os países civilizados, renovou amplamente o instituto da arbitragem, inserindo-o na nova perspectiva instrumental e teleológica das ADR, conferindo uma efetiva *via* institucional *a mais* aos cidadãos para obtenção de justiça.

A arbitragem se estabelece mediante escolha expressa das partes e segue o mesmo modelo arquetípico do processo judicial: atuação de um terceiro imparcial, que profere julgamento racionalmente fundamentado, dentro dos princípios de igualdade de tratamento das partes e oportunidade para defesa e produção de provas, configurando um microsistema próprio de solução de controvérsias.



A natureza jurídica da arbitragem, à luz da perquirição de sua eventual jurisdicionalidade deve ser averiguada a partir da análise de cada sistema jurídico em particular, tendo em conta que tanto arbitragem como jurisdição são designações polissêmicas, bastante relativizadas pelas circunstâncias de cada ordem jurídica localizada no tempo e no espaço.

O conceito *clássico* de jurisdição não foi suficientemente influenciado pelo atual estágio de desenvolvimento dos direitos fundamentais constitucionais, pelos quais a jurisdição só pode ser concebida a partir das garantias ao devido processo legal e da forma pela qual

cada ordem constitucional em particular estrutura o direito fundamental à obtenção da prestação jurisdicional.

A Constituição brasileira contém traço peculiar, pois, além de expressamente atribuir ao Poder Judiciário a exclusividade da prerrogativa da prestação jurisdicional através do processo judicial, ainda define restritivamente os seus órgãos, depreendendo-se concepção de jurisdição vinculada diretamente ao caráter estrutural da investidura *numerus clausus* dos órgãos do Poder Judiciário.

Em face dessa rigidez do texto constitucional, descabe leitura da legislação ordinária no sentido de que o processo arbitral pudesse ser confundido com espécie do gênero processo judicial ou de que a atividade do árbitro pudesse ser compreendida como jurisdicional. A escolha pela arbitragem configura a escolha por *outra via* de solução de controvérsias, que não se confunde com a *via* judicial estatal.

Isto não quer dizer que somente atividades dos órgãos do Poder Judiciário são juridicamente aptas à finalidade de solucionar conflitos. A atuação do árbitro também pode fazê-lo, mas sua eficácia não advém de fracionamento do poder jurisdicional. De fato, a arbitragem faz as vezes do processo judicial, mas sob a órbita jurídica de um microssistema privado de solução de controvérsias.

Diferentemente do processo judicial, em que normas de ordem pública fundamentam integralmente as relações jurídicas processuais, a ponto de não haver relação jurídica processual entre as partes, mas apenas delas para com o Estado (Poder Judiciário) e deste para com elas, na arbitragem as relações jurídicas obrigacionais derivadas da convenção arbitral se estabelecem inclusive entre as partes.

A jurisdição estatal tem mais abrangência do que a atuação do árbitro no que se refere (i) à delimitação da cognição – não se restringe a dirimir litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis; (ii) à ubiqüidade – independe de convenção prévia para sua atuação; e (iii) ao alcance da eficácia de suas decisões – toca-lhe o comando da força física legitimada. Entretanto, dentro do espaço de validade que é reservado à arbitragem, a eficácia do processo arbitral e de suas decisões encontra esteio na proteção constitucional ao negócio jurídico (ato jurídico perfeito), que sequer o controle jurisdicional pode violar. É assim que a decisão arbitral faz *lei entre as partes*, sem se poder dizer que seria *mais* ou *menos* do que a jurisdição estatal.

Não obstante suas distinções, a *via* do processo judicial e a *via* da arbitragem se inserem em um sistema jurídico uno, que garante tanto o direito à opção pela convenção arbitral, quando couber, como também o direito à não opção por ela. Há, assim, uma

imposição teleológica de harmonia entre ambas as formas de obtenção de justiça, sem que isto implique hibridização das suas naturezas.

A arbitragem não se confunde com a autotutela ou a autodefesa. Estas consistem em ação material direta especialmente legitimada pela ordem jurídica em prol da concretização do direito material por seus titulares. Já o direito de postular agir através do processo arbitral pode ser exercido legitimamente por quem é e por quem não é titular do direito material em disputa. Além disso, a alteração do mundo fático pela ação da força física, que caracteriza a autotutela e a autodefesa, são absolutamente exógenas à arbitragem.

A arbitragem tampouco enquadra-se na categoria jurídica da autocomposição. A convenção arbitral elege via instrumental para solução da lide através da heterocomposição preconizada pela decisão do árbitro.



A arbitragem como instrumento tipicamente destacado do processo judicial tem sua origem no Direito Romano pós-clássico, com a previsão legislativa das espécies contratuais da *conventio compromissi*, da *stipulatio poenae* e do *receptum arbitri*, que permitiam que as partes contratassem que a decisão de suas controvérsias fosse processada e julgada por árbitro privado de escolha delas, ao invés do juízo estatal.

Com a absorção em Portugal de parte das fontes romanísticas a partir do final da Idade Média, foram herdadas as previsões legislativas acerca da arbitragem, que se mantém no Direito brasileiro desde o descobrimento. Tratam da arbitragem as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, a Constituição do Império, o Código Comercial de 1850 e o Regulamento 737. Após ser prevista para fins específicos em leis esparsas e sem maior relevo no século XIX, a arbitragem foi regulada no Código Civil de 1916 e também em diversos códigos processuais estaduais, bem como nos ulteriores códigos processuais federais de 1939 e 1973.

A edição da nova Lei de Arbitragem revogou toda a legislação anterior, excetuadas normas especiais, como a regulação da arbitragem vinculada aos Juizados Especiais. O atraso da alteração legislativa é comparativamente marcante se notado que a Convenção de Nova Iorque, de 1958, que uniformizou as legislações quanto ao respeito às decisões arbitrais, foi

firmada por quase todas as nações desenvolvidas, a ponto de a arbitragem ser atualmente prevista em mais de 90% dos contratos comerciais internacionais.

As insuficiências significativas da legislação brasileira antecedente consistiam na não previsão da cláusula compromissória, na exigência de homologação do laudo arbitral pelo juiz estatal e na precária e lacônica regulação do processo arbitral e sua sintonia com o processo judicial. Todos esses aspectos foram superados pelas disposições abrangentes da nova Lei de Arbitragem.



A *arbitragem de direito público* é instrumento próprio do Direito Internacional Público que serve para solução de disputas entre Estados nacionais envolvendo aspectos de suas soberanias, geralmente processadas e julgadas perante a ONU. Não se confunde com a arbitragem de direito privado, suscetível de ser contratada pelas partes para solução de controvérsias envolvendo direito privado disponível.

O *arbitramento* é meio de prova do processo civil estatal, pelo qual o magistrado designa técnico para emitir laudo com estimativa acerca de fatos ou coisas da qual detém conhecimento especial, podendo tal estimativa ser seguida ou não pela sentença judicial. A arbitragem, distintamente, não se confunde com diligência do processo civil estatal. Em sede de processo privado, o árbitro contratado pelas partes profere julgamento *de justiça*, o qual é eficaz *per se*, sendo insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário.

A *arbitragem irritual* e o *pacto de arbitramento* consistem em contratação que atribui a um terceiro a definição de questão de fato não solvida pelo consenso direto da partes ou a tarefa de completar negócio jurídico formal em nome delas, sem que ele tenha obrigação de proferir decisão segundo justiça. A própria contratação já extingue eventual lide antecedente. Na arbitragem, distintamente, o árbitro sempre age em nome próprio e jamais em representação das partes. Estas persistem exercendo suas pretensões em relação à lide, tentando provar e convencer o árbitro de sua procedência. A lide perdura, assim, durante todo o processo arbitral, só sendo solucionada pelo julgamento imparcial com *dever ser* de distribuição de justiça.



A eficácia negativa da convenção arbitral consiste na sua suficiência jurídica para conferir aos seus signatários o direito de exigir a extinção da ação judicial que tratar sobre lide cuja solução as partes convencionaram submeter ao juízo arbitral. Com isso se garante que a aplicação prática da arbitragem não se torne inviável pela concomitância com a via judicial estatal.

Essa prerrogativa da convenção arbitral encontra fundamento em renúncia inerente à ela, que atinge a pretensão processual. Tal renúncia é limitada sob diversos aspectos:

- é sempre condicionada a que se confirme a efetiva possibilidade de utilização da *via arbitral* para solução da controvérsia, desvelando haver um *princípio de legitimação subsidiária permanente da via judicial imanente ao microsistema da arbitragem*;

- atinge a eficácia da pretensão processual das partes para determinados exercícios referentes a lides especificamente previstas na convenção arbitral que tratem de direitos patrimoniais disponíveis;

- não atinge a pretensão processual das partes à obtenção dos atos de *imperium* necessários para imposição da solução da lide, que remanescem sob a égide do juiz estatal, conferindo-se ao árbitro tão-somente o pronunciamento (lógico) da decisão pelo juiz estatal – a *iuris dictio*;

- não atinge a pretensão processual das partes ao controle jurisdicional sobre a validade e eficácia da convenção, do processo e da decisão arbitral.

A concepção do direito processual das partes como direito subjetivo justifica e fundamenta sua disponibilidade suficiente para que, através da convenção arbitral, se renunciem a determinados exercícios da pretensão processual.

O princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário é princípio-garantia dirigido ao legislador ordinário, não se voltando contra as próprias partes titulares do direito processual, devendo ser compreendido em conjunto e em ponderação com o princípio da demanda, pelo qual se atribui aos cidadãos o direito de disporem e comandarem o exercício de suas pretensões de direito processual. A preservação da garantia de acesso à via judicial impede tão-somente uma renúncia geral e inespecífica ao exercício da pretensão processual.

Mesmo na cláusula compromissória, pela qual as partes prometem levar ao processo arbitral causas futuras e ainda inexistentes que possam decorrer de um dado contrato, as

pretensões processuais já são previamente determináveis, não configurando renúncia geral ou inespecífica que violasse o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, sendo nesse sentido a tônica do julgamento do STF que examinou a constitucionalidade de todos os artigos da nova Lei.

A eficácia da renúncia ínsita à convenção arbitral não se estabelece como cláusula de eleição de foro, nem se confunde com as figuras jurídicas da exceção de incompetência ou da litispendência. Estas só se aplicam para a definição da competência *intra* órgãos do Poder Judiciário ou para a solução do fenômeno da concomitância entre processos judiciais, não se aplicando diante da convenção arbitral.

A convenção de arbitragem confere exceção processual própria – exceção de convenção arbitral –, a qual é privativa do manejo das partes, descabendo seu conhecimento de ofício pelo julgador. O efeito dessa exceção opera diretamente no plano do Direito Processual, impedindo o seguimento da relação jurídica processual e impondo a extinção do processo sem julgamento do mérito. Sem se confundir com as condições da ação ou com hipótese de ausência de pressuposto processual, tal exceção é classificada na figura jurídica dos impedimentos processuais.



A eficácia positiva da convenção arbitral consiste na condição de imposição do processo e da decisão arbitral às partes contratantes, as quais não podem se esquivar de se submeter àquele e sofrer as conseqüências da solução do conflito que ali for determinada.

O principal fundamento da eficácia positiva da convenção arbitral reside no princípio constitucional da autonomia privada e no seu subgênero, a autonomia negocial, que garantem incolumidade ao encontro de vontade dos indivíduos. O efeito vinculante dos negócios jurídicos torna o conteúdo de suas disposições absolutamente imperativo às partes, mesmo contra vontade ulterior de uma delas, de modo que, ainda que inexistissem as normas infraconstitucionais regulamentado a arbitragem, a liberdade contratual geral assegurada pela Constituição já conferiria fundamento suficiente para a eficácia das obrigações típicas da convenção arbitral.

No caso da arbitragem, a autonomia negocial é dirigida para o estabelecimento de negócio jurídico *sui generis* que tem por fim a eliminação da incerteza jurídica – negócio

jurídico *ad finiendam litem* –, e cujo objeto particularíssimo não é o direito material controvertido, mas a eleição de uma via para obtenção de solução de lides sob a égide da justiça. Sobre a *res deducta* no processo arbitral é lançada, de certo modo, situação de incerteza e de *expectativa de direitos*, prevista de forma ainda latente pelas partes ao contratar a arbitragem, e já de forma pulsante quando dão início ao processo arbitral, em situação análoga à que se vislumbra no processo judicial.

O negócio jurídico *ad finiendam litem* se estabelece como negócio jurídico processual – por sua eficácia no plano processual, que lhe confere aptidão para extinguir a ação processual sem julgamento do mérito – e, concomitantemente, como negócio jurídico de direito material – por sua eficácia própria do Direito das Obrigações, ensejando diversas relações jurídicas privadas de trato sucessivo das partes entre si e delas para com o árbitro e vice-versa.

Outro importante fundamento da eficácia positiva da arbitragem advém da exuberante regulamentação do instituto, a qual é fonte direta de ônus e deveres *ex lege*, que possibilitam e incrementam o feixe de relações jurídicas necessárias para que a contratação da arbitragem seja forma eficiente e célere de solução de litígios. A regulação legal colmata as imprecisões e insuficiências da convenção arbitral, bem como impõe aos terceiros que não firmaram a convenção arbitral o dever de colaboração para a busca da justiça no processo arbitral.

Os efeitos da eficácia positiva da arbitragem podem ser estabelecidos *in natura*, através de medidas extrajudiciais e judiciais próprias. No caso da cláusula compromissória cheia, a nova Lei permite a instituição extrajudicial do processo arbitral por iniciativa de uma das partes, podendo a parte recalcitrante sofrer inclusive os ônus e efeitos típicos da revelia. No caso de cláusula compromissória vazia, há a ação judicial de rito célere prevista no art. 7º da nova Lei, que possibilita que sentença judicial supra a vontade das partes e determine a instituição do processo arbitral, nomeando árbitro para que tenha início o processo arbitral.



A concepção atual da arbitragem como *mais uma via* com efetividade prática para distribuição de justiça está calcada em sua operacionalidade sincrônica com a via judicial estatal, sem a qual a arbitragem não lograria atingir sua finalidade prática.

Dentre as construções doutrinárias que estabelecem marcos claros para presidir o concerto instrumental das duas *vias*, o princípio *competência-competência* elimina dúvida referente à indesejável concomitância entre a via arbitral e judicial. Tal princípio determina ser sempre o árbitro o primordialmente legitimado para apreciar se a questão submetida à arbitragem é ou não suscetível de julgamento arbitral, mesmo diante de situação em que uma das partes alegar qualquer vício da convenção ou do processo arbitral, inclusive da investidura do árbitro. Só após esgotada a via arbitral, com o proferimento da decisão final, é que se torna possível controle jurisdicional sobre o julgamento arbitral, devendo ser de plano extinta, sem julgamento de mérito, a ação judicial prematura.

O *separability concept* estabelece a autonomia da cláusula compromissória em relação ao negócio jurídico objeto do contrato em que estiver inserida, mesmo se ambos forem formalizados através de um único documento, de modo que a eventual ineficácia de um não significa, necessariamente, a ineficácia do outro.

Quanto à condição jurídica dos árbitros, a interpretação *conforme à Constituição* da disposição infraconstitucional da nova Lei que prevê serem os árbitros *juizes de fato e de direito* é no sentido de que a cognição do árbitro se estende tanto à matéria de fato como a de direito, sem que se suponha comporem os árbitros a categoria *Juiz de Direito*.

A disposição da nova Lei de que *a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário*, se devidamente compreendida dentro dos limites da Constituição Federal, está a estabelecer *princípio de máxima equiparação possível da decisão arbitral à sentença judicial*, de modo que os efeitos práticos daquela sejam tão próximos quanto equivalentes aos desta. Essa equiparação genérica cede somente diante de incompatibilidade em face da distinção de origem estrutural e funcional entre elas. O próprio sistema pressupõe tais diferenças, tanto que aonde os efeitos da via arbitral não chegam, são previstos procedimentos especiais, através da via judicial, propiciando-se que sejam eles alcançados.

As decisões arbitrais são desprovidas das eficácias executivas e mandamentais, sendo seu alcance limitado àquelas de índole declaratória, constitutiva e condenatória. Isto não significa que o árbitro não possa conhecer de postulações de cunho preponderantemente executivo e mandamental.

À luz do *princípio da máxima admissão prática possível da arbitragem*, a decisão arbitral irá até, no máximo, ao julgamento da procedência ou improcedência da postulação, sendo as medidas específicas de imposição forçada da alteração da realidade fática processadas perante a *via judicial estatal*.

O árbitro pode aplicar diretamente medidas coercitivas que não impliquem o emprego direto da força física e prescindam do poder de *imperium*.

Todas as medidas coercitivas necessárias antes da decisão arbitral final que demandarem o poder de *imperium*, inclusive as tutelas de urgência, serão objeto de julgamento de sua procedência ou improcedência pelo árbitro e, após, de *solicitação* por parte deste ao Poder Judiciário, para que através de tutelas executivas ou mandamentais se obtenha sua consecução prática. Tal *solicitação* é procedimento *sui generis* que não se enquadra em qualquer rito ou categoria de ação tipificados, sendo prerrogativa exclusiva do árbitro e podendo ser formulada por ele inclusive de ofício.

No que pertine especificamente às tutelas de urgência, verifica-se haver um princípio de flexibilização da eficácia negativa da convenção, pois, diante de qualquer situação de efetiva impossibilidade do juízo arbitral para apreciar a postulação de tutela de urgência em tempo de evitar o perecimento do direito, viabiliza-se, excepcional e pontualmente, a possibilidade de socorro direto à autoridade judicial estatal para conhecimento da procedência ou não da medida e sua execução. Esta flexibilidade é fundamentada na própria natureza da renúncia condicionada ao exercício da ação processual, ínsita à convenção arbitral, e no princípio de legitimação subsidiária permanente da justiça estatal. Tão logo se desfaça a excepcional impossibilidade de atuação do árbitro, pela *ratio* de máxima aplicação prática possível da arbitragem, torna a ele a cognição da tutela de urgência, inclusive com prerrogativa de proferir julgamento alterando o *status quo* estabelecido pela tutela de cunho provisório conferida na *via* judicial. Frente à *solicitação* por parte do árbitro acerca de tutela de urgência, o magistrado estatal, sem reanalisar o merecimento da decisão, tratará tão-somente de verificar, em exame perfunctório, típico do provimento provisório e de urgência, a conformidade da decisão em relação à moldura de validade e eficácia da convenção arbitral.

São igualmente arbitráveis as antecipações de tutela, seguindo o concerto instrumental entre o juízo arbitral e estatal os mesmos parâmetros que norteiam a tutela cautelar.

A decisão arbitral está sujeita a recurso apenas e na forma eventualmente prevista na convenção arbitral. Em não havendo previsão de recurso – como é a praxe nas convenções arbitrais –, a sentença arbitral é definitiva.

A coisa julgada material, por seu caráter público, se impõe *per se* ao magistrado estatal, o qual tem o dever de, de ofício e a qualquer tempo, extinguir ação judicial que vise rejuízo de questão objeto de sentença de mérito já transitada em julgado. Tendo a decisão arbitral sua *definitividade* fulcrada nos limites estruturais da categoria jurídica dos negócios jurídicos, seus efeitos não logram alcançar tal atributo. Na ação judicial que vise

reajulgamento de questão objeto de decisão arbitral, não há o dever e nem mesmo a possibilidade de o magistrado estatal invocar de ofício a existência da decisão arbitral anterior para extinguir o feito. Trata-se de exceção de prerrogativa privativa das partes e, se não for formulada tempestivamente por elas, incide a preclusão processual, de modo que a ação judicial prossegue, e a nova sentença sobrepõe-se, validamente, ao já julgado na via arbitral.

A escolha pela arbitragem remete as partes a um julgamento para solução da causa adstrito ao livre convencimento do julgador privado. Com efeito, a decisão arbitral está sujeita apenas ao controle jurisdicional dos pressupostos de existência, validade e eficácia que emolduram sua formação e não à exame propriamente revisional. Desde que não violados a ordem pública e os bons costumes, a decisão arbitral poderá ser baseada na equidade ou em outras regras distintas das do ordenamento brasileiro, por autorização expressa do Direito brasileiro. Ainda, se a decisão arbitral desafinar da orientação jurisprudencial pacificada e sumulada nos tribunais ou da orientação de súmula vinculante, estas não afetarão a decisão arbitral. A revisão judicial da decisão do árbitro, ela sim, representaria profunda afronta ao Direito, visto que os limites da atuação do Judiciário em relação às decisões arbitrais estão calcados no próprio princípio constitucional do *caráter objetivado* do controle jurisdicional.

O controle jurisdicional das decisões arbitrais é exercido de forma concentrada através da ação de nulidade da decisão arbitral. Todos os aspectos da validade e eficácia do negócio *ad finiendam litem*, desde sua constituição inicial até como os atos ulteriores do processo arbitral, são suscetíveis ao controle jurisdicional através da ação de nulidade, apesar de que, em relação aos atos do processo arbitral, dada sua natureza instrumental, prepondere o exame com foco no atingimento da finalidade. O prazo de 90 dias para proposição da ação de nulidade não tem natureza decadencial, em havendo oportunidade de invocação do direito na via da impugnação da execução.

As decisões arbitrais devem ser objeto de cumprimento/execução sob os novos procedimentos empregados às sentenças judiciais, não estando sujeitas aos procedimentos de execução dos títulos extrajudiciais e à ação de embargos à execução, prevista no artigo 745 e seguintes do CPC.

A outra forma de controle jurisdicional concentrado sobre a decisão arbitral cifra-se na impugnação da execução da decisão arbitral, sendo sua aplicação restrita às decisões arbitrais que exigirem execução. Todas as demais não ensejarão tal hipótese adicional de controle jurisdicional, sendo suscetíveis apenas à ação de nulidade.

Aplica-se à impugnação da execução da decisão arbitral a invocação de sua inexigibilidade em razão de ser ela fundada em lei ou ato normativo declarados

inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou em suas aplicações ou interpretações tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Tal controle *a posteriori* se dará inclusive quando a convenção arbitral eleger a equidade ou normas distintas da do ordenamento brasileiro para presidir a solução do conflito, desde que a decisão resultante seja materialmente incompatível com a leitura da Constituição pelo STF.

Em razão de as ações de nulidade e de impugnação da execução arbitral serem instrumentos especiais que abrangem em parte a cognição possível e típica da rescisória, esta é inaplicável diante da decisão arbitral.

A *querela nullitatis insanabilis* e a *pretensão de quebra atípica da coisa julgada* aplicam-se à arbitragem, por analogia, pois, se são aptas a excepcionalmente superar o valor *segurança jurídica* que embala a coisa julgada para aplacar vício gravíssimo, são aptas também, nas mesmas circunstâncias, a superar o valor *segurança jurídica* que embala igualmente os negócios jurídicos.

Os efeitos das decisões arbitrais frente a terceiros não são regidos por sistemática distinta da que preside as decisões judiciais. O mero interesse dos terceiros pode ser validamente atingido tanto pela decisão arbitral como pela judicial. Mas o interesse jurídico dos terceiros, enquanto terceiros, não pode ser validamente atingido por decisão arbitral ou judicial. De outra parte, a exigência pela lei processual da presença de todas as partes no processo, como se dá diante do litisconsórcio necessário, atinge, igualmente, o processo arbitral. Porém, como a convenção arbitral só vincula aqueles que a tiverem contratado, a necessidade da presença de terceiros que se negarem a figurar no processo arbitral é insuperável, o que determinará, em tal situação, a extinção do processo arbitral e a invalidade do que prosseguir sem a presença dos litisconsortes necessários. As demais formas de intervenção de terceiros – como o litisconsórcio facultativo, a assistência, a assistência-litisconsorcial, a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação da lide e o chamamento ao processo – não são obrigatórias na arbitragem e nem afetam o andamento do processo arbitral, embora possam ocorrer convencionalmente, se as partes e os terceiros assim avençarem. Não se aplica ao processo arbitral a figura dos embargos de terceiro, os quais só poderão ser aparelhados contra a execução da decisão arbitral perante o Poder Judiciário.

É inaplicável a figura jurídica da conexão ou da continência entre processos arbitrais e entre processos arbitrais e judiciais. Tais institutos são fatores de modificação de competência *intra* Poder Judiciário, e a arbitragem é a escolha por via extrajudicial. Contudo, em havendo grau de incompatibilidade por prejudicialidade, incindibilidade ou dependência entre as matérias *sub judice* na via arbitral e na via jurisdicional que não envolverem as mesmas

partes, a solução em prol do princípio da máxima admissão prática possível da arbitragem será a de suspensão do processo arbitral, até que se decida a questão na parte que for parcialmente prejudicial, incindível ou dependente do julgamento na *via* judicial. Se envolverem as mesmas partes, ambos o processo arbitral e o processo judicial prosseguem, e o *status quo* estabelecido pela primeira decisão em uma das duas vias terá eficácia para ser seguido pela outra, evitando que se estabeleçam julgamentos incompatíveis.

Quanto aos efeitos anexos previstos pela lei para as sentenças judiciais, dentro do princípio de máxima equiparação possível das decisões arbitrais às sentenças judiciais, não se vislumbra incompatibilidade excepcional para sua aplicação extensiva às decisões arbitrais, como se dá, por exemplo, com a hipoteca judiciária, a multa de 10% por não pagamento espontâneo do devedor e o cômputo de juros no caso de condenação pecuniária.