

CARLOS ROBERTO VERONEZE

ARBITRAGEM

(Uma prática privada da justiça ou a privatização da jurisdição?)

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito do
Centro Universitário de Brasília

Orientador: Prof. Eliardo F. Teles

Brasília

2011

“Eu guardo para todos os que de uma forma ou de outra contribuíram para fazer-me mais grata a vida uma eterna gratidão e estampo nessa gratidão a lealdade com que conservo essa recordação que jamais pode empalidecer onde guardo tudo o que constitui a história de minha vida.”

Carlos Bernardo Gonzalez Pecotche (Criador da Logosofia)

RESUMO

A Arbitragem é uma forma alternativa de solução de conflitos legalmente criada para tratar de questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. A atual Lei que disciplina a matéria conferiu grande autoridade à sentença arbitral equiparando-a à sentença proferida pelo Poder Judiciário para efeito de execução. Além disso, isentou-a de recursos, agilizando sua produção de efeitos. Novos diplomas legais estenderam o juízo arbitral aos contratos administrativos de concessão e permissão de serviços públicos submetendo o próprio Estado às decisões arbitrais, sem direito a recurso. Cada vez mais as empresas vêm aderindo a esse tipo de solução, tendo pesquisa efetuada por Selma Lemes da Fundação Getúlio Vargas, em 5 câmaras de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, apontado um crescimento de julgamentos arbitrais de 593% em quantidade de casos e 898% em valores envolvidos entre anos de 2005 e 2009. Para que a arbitragem cumpra seu verdadeiro papel de auxiliar do Poder Judiciário na busca da pacificação social, necessita de uma maior divulgação e da ação do próprio judiciário credenciando entidades arbitrais e oferecendo a alternativa da solução arbitral como solução de conflitos.

Palavras-chave: arbitragem, árbitro, cláusula arbitral, convenção de arbitragem, coisa julgada, contrato de adesão, direito civil, direito patrimonial disponível, jurisdição, sentença arbitral.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO | 6 |
| 1. ARBITRAGEM. CONTEXTO E DEFINIÇÕES | 8 |
| 1.1. Definições | 8 |
| 1.1.1. <i>Considerações gerais</i> | 8 |
| 1.1.2. <i>Arbitragem e justiça</i> | 10 |
| 1.1.3. <i>Exigências impostas ao árbitro e valor de seus atos</i> | 13 |
| 1.1.4. <i>Interação da arbitragem com o Poder Judiciário</i> | 14 |
| 1.1.5. <i>Obrigações do Poder Judiciário ante a cláusula arbitral</i> | 15 |
| 1.1.6. <i>Princípios processuais impostos à arbitragem</i> | 18 |
| 1.1.7. <i>Impedimento e suspeição na arbitragem</i> | 19 |
| 1.1.8. <i>Responsabilização profissional do árbitro</i> | 19 |
| 1.1.9. <i>Requisitos obrigatórios da sentença arbitral</i> | 20 |
| 1.2. Campo de atuação da arbitragem..... | 21 |
| 1.3. Arbitragem em outros diplomas legais | 23 |
| 1.4. Reconhecimento doutrinário e contribuição para a o acesso a justiça..... | 24 |
| 2.CONTRATO DE ADESÃO | 28 |
| 2.1. Origem dos contratos de adesão | 28 |
| 2.2. Surgimento de mais um novo participante no contrato | 29 |
| 2.3. Características principais dos contratos de adesão | 30 |
| 2.4. A questão da manifestação de vontade | 31 |
| 2.5. Padronização dos contratos..... | 33 |
| 2.6. Equilíbrio contratual | 34 |
| 2.7. Arbitragem nos contratos de adesão | 35 |
| 3. SENTENÇA ARBITRAL e COISA JULGADA | 39 |
| 3.1. Conceito e finalidade da coisa julgada..... | 39 |
| 3.2. Efeitos da coisa julgada | 41 |
| 3.3. Arguição da coisa julgada..... | 42 |
| 3.4. Limites da coisa julgada | 42 |
| 3.5. Fundamentos do instituto da coisa julgada | 44 |

| | |
|--|-----------|
| 3.6. Relativização da coisa julgada..... | 45 |
| 3.7. Coisa julgada no projeto do novo CPC..... | 47 |
| 3.8. Coisa julgada administrativa..... | 49 |
| 3.9. Coisa julgada na arbitragem..... | 50 |
| CONCLUSÃO..... | 56 |
| REFERÊNCIAS | 60 |

INTRODUÇÃO

A arbitragem é uma forma alternativa de solução de conflitos prevista na Lei 9.307/1996, conhecida como Lei da arbitragem. Na esteira de agilização da prestação da tutela jurisdicional que orientou a criação dos juizados especiais, foi aprovada a Lei da arbitragem que não instituiu propriamente o instituto, mas deu-lhe novos contornos, mais afeitos ao momento atual.

Neste estudo são tratados os aspectos jurídicos relacionados à arbitragem, a validade das decisões arbitrais e o campo de atuação desse tipo de solução de conflitos.

A nova Lei da Arbitragem surgiu em um momento em que a privatização de atividades estatais vem contribuindo para um extraordinário desenvolvimento econômico nos chamados países emergentes, como resposta a novas necessidades que essa nova ordem econômica criou.

A arbitragem está presente no cenário jurídico brasileiro há bastante tempo, mas não experimentou em sua utilização, durante seus quase 2 séculos de existência legal, êxito compatível com sua longevidade.

A tendência de confiar mais nas soluções governamentais, sem discutir sobre sua efetividade, tem resultado no hábito de entregar sistematicamente ao Poder Judiciário divergências sobre direitos patrimoniais disponíveis que poderiam ser solucionadas com mais presteza e até com mais proficiência pela arbitragem.

Também contribuiu para desacreditar a arbitragem a atuação do Supremo Tribunal Federal, que em sede de homologação de sentença arbitral estrangeira, questionou a constitucionalidade de alguns dispositivos da nova lei, deixando-a no limbo nos seus 6 anos iniciais de vida.

Neste trabalho foi examinado o arcabouço legal da arbitragem, seu campo de atuação, suas relações com o Poder Judiciário e o tratamento que ela vem recebendo no campo doutrinário e judicial.

O estudo aponta no sentido de a arbitragem ser a privatização da jurisdição, que se apresenta como entidade auxiliar do Poder Judiciário, e que com ele interage na solução de conflitos intersubjetivos de interesses relacionados com direitos patrimoniais disponíveis.

Esta hipótese está amparada em definições legais, doutrinárias e jurisprudenciais, a respeito da arbitragem e de sua interrelação com a jurisdição estatal, cuja análise é apresentada a seguir.

1. ARBITRAGEM. CONTEXTO E DEFINIÇÕES

1.1. Definições

1.1.1. Considerações gerais

O século XX e o ainda incipiente XXI ofereceram à humanidade uma acelerada velocidade de desenvolvimento e substituição tecnológica, com produtos de última geração caindo na obsolescência em intervalos de tempo cada vez menores. Em particular, os produtos da área de informática e telefonia móvel são superados em poucos meses, gerando, a cada lançamento, maior volume de vendas.

Tudo isto é só a ponta do iceberg. Na esteira desse fenômeno da tecnologia, toda a engrenagem da máquina econômica gira também em ritmo alucinante. Em especial na área financeira, os capitais se movimentam com maior velocidade, volume e por regiões cada vez mais extensas do globo terrestre. Essa aceleração econômica tem uma causa muito evidente, dentre as outras que podem ser observadas, qual seja a privatização da economia.

Seja na Europa, na América Latina e, especialmente na Rússia e na China, o avanço espetacular verificado na atividade econômica tem na sua raiz a privatização de atividades estatais produtivas e a concessão da prestação de serviços públicos a entidades privadas. A multiplicação das transações econômicas produz, por seu turno, o aumento no surgimento de conflitos de interesse de natureza intersubjetiva, que, em face da rápida obsolescência dos objetos das transações ou a fluidez dos produtos financeiros, requerem soluções em tempo compatível com sua durabilidade ou a sua velocidade de circulação.

Na Rússia, a *Glasnost*, que a título de transparência das ações governamentais implicou a abertura da política interna e resultou na extinção da agonizante plutocracia comunista soviética, e a *Perestroika*, que representou a reconstrução da economia

comunista, ensejaram radical mudança nas práticas políticas soviéticas e a passagem para mãos privadas de máquina produtiva do país, até então, de exclusiva propriedade estatal. A consequência dessas medidas foi transformação de uma economia burocrática, estagnada e ineficiente em um pujante país em desenvolvimento acelerado com uma série de crescimento econômico, nos últimos 12 anos, de 5,2% em média ao ano, mesmo considerando os efeitos da crise econômica mundial experimentada nos anos de 2008 e 2009 (Fundo Monetário Internacional - IMF e LIBRARY – Data, 2011).

A comprovar a acertada opção pela iniciativa privada, a China, que continua oficialmente socialista, ao relaxar as restrições ao direito de propriedade e de iniciativa empresarial em sua costa sul, permitiu aos empreendedores particulares criar negócios e atraiu indústrias e capitais de toda parte do mundo experimentando uma série fantástica de crescimento de seu produto interno bruto, em média a 9,7% ano, multiplicando sua produção em 19 vezes nos últimos 32 anos (Fundo Monetário Internacional - IMF e LIBRARY – Data, 2011).

Estaria a jurisdição estatal em condições de enfrentar com a agilidade que os novos tempos requerem a natureza e a quantidade dos novos conflitos? A par disso, os antigos conflitos não demonstram vocação para desaparecer, pelo menos no Brasil. Ao contrário, acompanham, no mínimo, o crescimento e o maior esclarecimento da população.

O Jornal Correio Braziliense (2010, p. 8) noticiou que o Poder Judiciário Brasileiro, conforme dados do relatório “Justiça em Números 2009”, acumulava 86,6 milhões de processo em tramitação ao final de 2009, o que representava um crescimento de 23,5% sobre o ano de 2008.

O mesmo relatório demonstra que o congestionamento de processos no Judiciário era da ordem dos seguintes percentuais:

| | |
|--------------------------|-----|
| Justiça Estadual..... | 73% |
| Justiça Federal..... | 69% |
| Justiça do Trabalho..... | 49% |
| Total..... | 71% |

Esse estoque de processos sem julgamento no Poder Judiciário significa que apenas 29% dos processos que tramitaram durante o ano de 2009 foram julgados naquele ano.

Sem dúvida o motivo pelo qual o legislador procurou aperfeiçoar o funcionamento da jurisdição, com a criação dos juizados especiais, que se orientam pelos critérios da **oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade**, primando pela informalização do processo, e a modernizar a arbitragem, foi o de desonerar as vias tradicionais do Poder Judiciário dessa sobrecarga de trabalho e adaptar a prestação jurisdicional aos novos tempos (FIGUEIRA JUNIOR, 1999, pp. 36 a 41).

1.1.2. Arbitragem e justiça

A arbitragem não foi instituída pela Lei 9.307, mas por ela modernizada. Ela já estava prevista na Constituição de 1824¹. Também constou do Código Comercial de 1850, que a impunha como obrigatória nos assuntos comerciais. Foi regulamentada pelo Decreto 3.900 de 1867, quando se tornou voluntária. A partir de então a cláusula arbitral para solução de litígios futuros passou a representar uma mera promessa (CRETELLA NETO, 2009, p. 23).

O fato de a longevidade da arbitragem não condizer com sua prática se explica pela desconfiança do cidadão comum em atos praticados por outros particulares revelada em sua manifesta predileção pelas decisões estatais. Também tem explicação na resistência oposta pelos operadores do direito em várias ocasiões, os quais consideraram a arbitragem abolida do nosso ordenamento jurídico nos períodos em que ela não foi explicitamente nominada em nossos não poucos textos constitucionais. Também foi um instituto muito fragilizado pelas constantes alterações legislativas e por sua submissão à homologação estatal para adquirir validade (CRETELLA NETO, 2009, pp. 22 a 32).

Na concepção legal atual, a sentença arbitral adquiriu status de coisa julgada material, foi incluída no rol dos títulos executivos judiciais e é obrigatória para quem contratar

¹ Art. 164. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomearem Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes.

cláusula compromissória, conferindo-lhe a natureza jurídica de jurisdição privada. Contudo, a solução arbitral continuou pouco utilizada nessa nova fase iniciada em 1996. Isso decorre, ainda, da forte tradição em confiar ao Estado a solução de todos os problemas particulares o que se materializada na sobrecarga de trabalho de nossos tribunais, que se encontram abarrotados de processos (CRETELLA NETO, 2009, pp. 31 e 32).

Além desse traço cultural, a Lei 9.307 teve argüida a inconstitucionalidade dos dispositivos que afastam a competência do poder judiciário do julgamento de litígios antecedidos de contratação de cláusula compromissória, logo em seus primeiros momentos de vigência, demandando seis anos para uma definição em favor da jurisdição privada, felizmente. (CRETELLA NETO, 2009, pp. 31 e 32).

Em processo de homologação de sentença arbitral estrangeira, o Presidente do Supremo Tribunal Federal acolheu sugestão para realizar análise incidental de possível inconstitucionalidade nos artigos que excluía da apreciação do Poder Judiciário os litígios originados de contratos com cláusula compromissória. Em longo voto, o Ministro Presidente argumentou que o compromisso arbitral seria válido para litígios determinados, mas não para eventos futuros, por implicar renúncia genérica à garantia constitucional de acesso a Justiça (CRETELLA NETO, 2009, pp. 31 e 32).

O contratempo durou seis anos, sendo definido por influência de brilhante voto do Ministro Carlos Velloso que esclareceu que o art. 5º da Constituição Federal contempla um direito de acesso à Justiça e não um dever, podendo, portanto, em se tratando de direito patrimonial disponível, ser objeto de renúncia pelas partes que escolhessem a via arbitral para solução de seus conflitos. Isso não obstante, a insegurança jurídica sobre a validade dos dispositivos questionados permaneceu até 2002, prejudicando a aplicação do novo diploma legal (CRETELLA NETO, 2009, p. 32).

Mas, o que é a arbitragem? Trata-se de uma prática costumeira da justiça privada, semelhante às atitudes espontâneas de cumprir a lei nas diversas interações humanas como virtude máxima da vida em sociedade, ou uma forma de privatização da jurisdição?

A Lei de Arbitragem, Lei 9.307 (BRASIL,1996), estabelece que as pessoas capazes de contratar podem utilizar a arbitragem para solucionar litígios relacionados a

direitos patrimoniais disponíveis². Sendo uma jurisdição privada, a arbitragem se aplica aos direitos das pessoas capazes que possam ser livremente alienados ou onerados.

A arbitragem pode ser realizada com observância de normas de direito ou com base na equidade. Às partes é atribuída a possibilidade de escolher as regras que regerão a arbitragem, desde que sejam observados os bons costumes e a ordem pública, como literalmente prevê a Lei 9.307³. É permitida a utilização dos princípios gerais de direito, dos costumes e até as normas internacionais de comércio nas soluções arbitrais (BRASIL, 1996).

Divergindo de Carnelutti⁴, que considera a mediação, a conciliação e a arbitragem com “equivalentes jurisdicionais”, Carreira Alvim (2007, pp. 56 e 78) enxerga na arbitragem o exercício da verdadeira jurisdição privada, autorizada e reconhecida pelo Estado, que confere ao árbitro, no exercício da atividade arbitral, uma parcela de seu poder. Essa conclusão se funda no fato de a Lei ter conferido à sentença arbitral a mesma eficácia da sentença judicial e por ser ela uma forma efetiva de resolução final de conflitos situada fora da esfera estatal.

A autoridade conferida à sentença arbitral restringe as possibilidades de defesa de eventual executado por ela condenado às impugnações previstas para a hipótese de cumprimento de sentença prevista no artigo 475-L do Código de Processo Civil⁵ e afasta a possibilidade do litígio derivado de contratação de convenção de arbitragem ser conhecido pelo Poder Judiciário em primeira instância ou grau de recurso.

² Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

³ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

⁴ Francesco Carnelutti, eminente jurista e processualista italiano.

⁵ 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; II – inexigibilidade do título; III – penhora incorreta ou avaliação errônea; IV – ilegitimidade das partes; V – excesso de execução.

1.1.3. Exigências impostas ao árbitro e valor de seus atos

O árbitro pode ser qualquer pessoa capaz, mas que conte com a confiança das partes, e sendo múltiplos, os árbitros devem ser nomeados em número ímpar⁶. Tendo o consenso das partes chegado a um número par, poderão os nomeados escolher mais um e, não havendo acordo para tal, fica o órgão do Poder Judiciário a quem caberia o julgamento originário do litígio encarregado de fazer a nomeação do árbitro adicional. (BRASIL, 1996).

Essa participação prevista para o Poder Judiciário como facilitação para a instalação da arbitragem revela uma verdadeira coordenação das atividades arbitrais e judiciais e não uma competição entre as duas alternativas.

A Lei 9.307 (BRASIL, 1996) define de forma categórica as qualidades que os árbitros devem praticar em suas atuações: **imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção**. Essas qualidades requeridas aos árbitros, são muito relevantes, posto que não basta aos árbitros serem capazes para realizar seus trabalhos com correção. São também exigidas condições capazes atribuir ao árbitro credenciais necessárias para o exercício legalmente reconhecido da arbitragem. Se alguma dessas qualidades não for observada, poder-se-ia questionar se a pessoa designada podia ou não se árbitro abrindo caminho para uma possível nulidade da sentença proferida.

⁶ Art. 13 Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

O árbitro é definido como juiz de fato e direito e sua sentença não necessita de homologação pelo Poder Judiciário⁷. Além disso, ela é insuscetível de recurso, atribuindo ao poder decisório do árbitro maior valor que o do juiz estatal de 1ª instância, e conferindo ao ato arbitral indiscutível valor jurisdicional. Essa hierarquia atribuída à sentença arbitral supera com vantagens as razões do descrédito do laudo arbitral que, na legislação anterior, necessitava do referendo do Poder Judiciário.

1.1.4. Interação da arbitragem com o Poder Judiciário

Se no curso da arbitragem surgirem controvérsias sobre direitos indisponíveis e sendo a decisão arbitral dependente da existência ou não do direito controvertido, as partes deverão ser encaminhadas ao órgão competente do Poder Judiciário, suspendendo-se a arbitragem⁸. Ao árbitro só cabe decidir sobre direitos patrimoniais disponíveis. Os direitos indisponíveis de qualquer ordem continuam na esfera exclusiva do Poder Judiciário, devendo ser declarados existentes ou não para que o árbitro possa realizar seu trabalho com base neles (BRASIL, 1996).

Segue, em parte, o mesmo caminho a necessidade de medidas de urgência, incidentais ao procedimento arbitral, como arresto, seqüestro, arrecadação, cuja competência de decretação é do árbitro, mas de execução exclusiva do órgão do Poder Judiciário competente para julgar originariamente o conflito, levando, novamente, a uma ação coordenada entre árbitro e juiz togado⁹ (BRASIL, 1996).

⁷ Art. 18 O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

⁸ Art. 25 Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

⁹ Art. 22 Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.(...)

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Esse tipo de atuação revela a fronteira estreita entre a jurisdição privada e a estatal, tendo a Lei da Arbitragem, nesse particular, estabelecido ações complementares e harmônicas entre a atuação do árbitro e do membro do Poder Judiciário e não relação de subordinação.

1.1.5. Obrigações do Poder Judiciário ante a cláusula arbitral

Como forma de solução alternativa de litígio escolhida pelas partes, que, nesta opção, excluem a jurisdição estatal, a arbitragem goza de liberdade na definição de suas regras. A escolha na utilização da via arbitral para solução dos litígios pode ser definida de forma clara e inequívoca mediante convenção com o uso da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral. Diante da convenção de arbitragem, se intentada ação pela via estatal, o processo será extinto sem resolução de mérito, conforme estabelece o Código de Processo Civil¹⁰, ou instaurado o juízo arbitral pelo próprio Poder Judiciário, conforme define a Lei 9.307, respeitando o valor jurisdicional da alternativa arbitral (BRASIL, 1996).

A cláusula compromissória é a forma de contratar a solução arbitral para litígios futuros que eventualmente possam vir a ocorrer. Tem de ser escrita como parte de contrato ou em apartado identificando o contrato a que se refere. Em convenção arbitral não cabe presunção. A cláusula tem de ser escrita. Se o contrato for de adesão, mais do que escrita, é necessário que a referida cláusula seja destacada e se impõe expressa manifestação do aderente à sua existência e teor colocando visto explícito em sua localização. Nesse caso, para proteção do aderente, a cláusula arbitral não pode estar no mesmo pé de igualdade das demais cláusulas contratuais. Requer destaque para demonstrar seu conhecimento e particular concordância a seu respeito¹¹ (BRASIL, 1996).

¹⁰ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem;

¹¹ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Se a cláusula arbitral eleger algum órgão próprio para reger a arbitragem, o órgão eleito adotará suas regras para a solução arbitrada¹². Além disso, a cláusula arbitral pode conter regras próprias para a instituição do trabalho do árbitro como definição necessária para orientar sua atuação e para delimitação do espectro de validade da sentença proferida. Quando não houver definição prévia sobre a forma de se instituir a arbitragem, a parte que dela desejar valer-se deve notificar a outra parte de sua intenção, de maneira a documentar sua opção, assinalando o momento e o local para instituir o compromisso arbitral. Ante a omissão ou recusa da parte contrária, a parte interessada poderá ajuizar demanda junto ao órgão do Poder Judiciário competente para o julgamento originário da causa¹³ (BRASIL, 1996). Os atos do árbitro têm o *notio*, o *vocatio* e o *iudicium* mas não detém o *coertio* e o *executio*, ou seja, o poder de se impor, que é privativo do Estado. Cabe ao Poder Judiciário fazer valer a cláusula arbitral como obrigação de fazer (CRETELLA NETO, 2009, p. 103).

A cláusula compromissória tem autonomia em relação ao contrato a que se refira¹⁴, ou em que se encontre, não sendo atingida pela invalidade do instrumento contratual, significando, segundo CRETELLA NETO (2009, p. 73), a manutenção da autonomia de vontade das partes em manter o litígio na via arbitral. A decisão sobre existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato é da competência do árbitro, inclusive de ofício. Tais poderes explicam a razão da autonomia da cláusula e a competência nesse sentido atribuída ao árbitro (BRASIL, 1996).

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

¹² Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

¹³ Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

¹⁴ Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

O compromisso arbitral pode ser firmado tanto judicialmente, para litígios objeto de demanda judicial em curso, quando é chamado de **judicial**, quanto para litígios ainda no âmbito privado, sendo denominado **extrajudicial**¹⁵. A forma do compromisso é por termo nos autos ou por escrito particular com testemunhas, ou, ainda, por instrumento público. A lei 9.307 define as formas necessárias para validade do compromisso arbitral que exclui o poder judiciário da resolução do litígio, até mesmo para ações judiciais em curso. Firmado na forma legal, constitui uma obrigação de fazer judicialmente exigível, como já dito (BRASIL, 1996).

Também estão previstas de forma taxativa na Lei sob análise (BRASIL, 1996) as condições em que o compromisso arbitral se extingue: por escusa do árbitro ou árbitros em que não se admite a substituição, por falecimento do árbitro ou sua impossibilidade de dar seu voto, também não sendo admitida a substituição, e com a expiração do prazo para a apresentação da sentença¹⁶. Os impedimentos do árbitro ou dos árbitros, quando não for admitida a substituição, impedem o desenvolvimento da arbitragem. Já o esgotamento do prazo sem apresentação da sentença é uma forma de evitar a perenização do trabalho arbitral que tem na agilidade seu grande diferencial sobre a jurisdição estatal. Extinto o compromisso arbitral, o Poder Judiciário readquire a incumbência de processar e julgar o conflito.

¹⁵ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

¹⁶ Art. 12 Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

1.1.6. Princípios processuais impostos à arbitragem

Os procedimentos arbitrais podem ser definidos pelas partes, pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral. Contudo, a Lei impõe a observância de princípios constitucionais, como o do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do juiz e o princípio legal do livre convencimento. Mesmo sendo exercida no âmbito privado, para equiparação da atividade arbitral à de membro do Poder Judiciário, a Lei exige a observância dos princípios constitucionais e legais que são obrigatórios na jurisdição estatal (BRASIL 1996).

A Lei 9.307/1996 é de natureza processual e define regras de observância mínima e obrigatória para assegurar a validação das decisões do árbitro.

Tal qual ocorre no Poder Judiciário, o árbitro pode tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas, determinar perícia e a produção de outras provas que julgue necessárias¹⁷ (BRASIL, 1996). Ao árbitro é facultado realizar os procedimentos instrutórios que se apresentem como indispensáveis para formação de sua livre convicção, seja a pedido das partes, seja de ofício. Porém, como já ressaltado, suas decisões contêm o *vocatio*, mas não o *coertio*. Para cumprimento forçado de suas determinações instrutórias, o árbitro precisa solicitar a cooperação do Poder Judiciário, agindo de forma coordenada como em outras atuações em que foram atribuídos ao árbitro apenas parte dos poderes do juiz estatal.

¹⁷ Art. 22 Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

1.1.7. Impedimento e suspeição na arbitragem

Os árbitros são impedidos de atuar nas mesmas condições que caracterizam os casos de impedimento e suspeição de juízes oficiais, atraindo, mais uma vez valor jurisdicional para a função arbitral¹⁸. Portanto, também estão definidos, critérios objetivos para credenciamento dos candidatos ao trabalho arbitral e a sua assunção da função de juiz de fato e de direito (BRASIL, 1996).

Se necessária, a argüição de impedimento ou suspeição se faz por meio de exceção apresentada ao próprio árbitro ou ao presidente o tribunal arbitral¹⁹. O afastamento do árbitro ocorre com o acolhimento da exceção. Trata-se de um procedimento idêntico ao da impugnação dos julgadores do Poder Judiciário (BRASIL, 1996).

Assim, ao reproduzir princípios constitucionais e legais ou remeter-se as exigências que o Código de Processo Civil instituiu para o exercício da função jurisdicional estatal, a Lei equipara a função arbitral com a do Poder Judiciário de forma inquestionável.

1.1.8. Responsabilização profissional do árbitro

A lei equipara os árbitros, no exercício de suas funções e no processo para o qual foi nomeado, circunstância em que é legalmente declarado juiz de fato e de direito, aos

¹⁸ Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

- a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou
- b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

¹⁹ Art. 15 A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

servidores públicos para efeitos penais²⁰. Essa forma de encarar a arbitragem dá maior credibilidade ao trabalho arbitral, demonstrando aos optantes por essa via que o braço do Estado está presente no controle da arbitragem da mesma forma que ampara o cidadão frente a atuação dos seus servidores (BRASIL, 1996).

Esta definição, também, permite visualizar a opção por equiparar a arbitragem à atividade jurisdicional estatal, que é explicitada na garantia aos optantes por essa via de poderem contar com a ação do poder público na correção de eventuais desvios de conduta dos praticantes da arbitragem.

1.1.9. Requisitos obrigatórios da sentença arbitral

A sentença arbitral tem sua forma definida em lei, com o mesmo formato da sentença judicial. Precisa conter o relatório, com identificação das partes e resumo do litígio, os fundamentos da decisão, mesmo que se trate de julgamento por equidade, o dispositivo com a solução das questões postas à arbitragem e a data e o local onde foi proferida²¹. Esses requisitos são fundamentais para a validade da sentença que pode ser anulada se não contiver todos eles (BRASIL, 1996).

A sentença arbitral deve conter a responsabilidade das partes pelas custas e despesas da arbitragem e pode contemplar verba por litigância de má-fé²² (BRASIL, 1996). A arbitragem deve esgotar a matéria que lhe foi proposta, observados os limites da convenção de arbitragem, deixando ao Poder Judiciário as medidas coercitivas que se fizerem necessárias.

²⁰ Art. 17 Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

²¹ Art. 26 São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

²² Art. 27 A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Eventual acordo a que cheguem as partes no curso da arbitragem deverá ser declarado por sentença, na forma prescrita na Lei. O poder judiciário apenas homologa os termos do acordo celebrado em juízo. A decisão do árbitro que tem força de título executivo judicial é a sentença arbitral e não mera decisão homologatória (BRASIL, 1996).

Como título executivo judicial, a sentença arbitral tem força executiva, dispensando novo processo de conhecimento. Esse atributo da sentença arbitral lhe confere uma força executiva superior ao dos títulos executivos extrajudiciais, restringindo significativamente as possibilidades de defesa do executado, que, de acordo com Código de Processo Civil, art. 475-L, só poderá versar sobre: falta ou nulidade da citação, penhora incorreta ou avaliação errônea, ilegitimidade das partes ou excesso de execução.

1.2. Campo de atuação da arbitragem

Em relação ao campo de atuação do árbitro, cabe destacar, inicialmente, que por direitos patrimoniais disponíveis, definidos pela Lei 9.307 como passíveis de solução arbitral, podem-se entender aqueles decorrentes de negócios jurídicos praticados por pessoas capazes, sem a presença de vulnerabilidades ou hipossuficiências, pretensamente, causadoras de desequilíbrios entre as partes.

O direito patrimonial disponível é o que pode ser objeto de livre exercício por seu titular, sem a possibilidade do ato de disposição ser nulo ou anulável por infração de norma cogente. São, pois, os direitos de titular capaz que podem ser alienados ou onerados sem restrição de qualquer ordem (CARMONA, 1999, pp. 47 e 48).

Assim, em princípio, estariam excluídas as questões de estado, por versarem sobre direito de personalidade, as relações de consumo, uma vez que a lei 8.078 (CDC) proíbe o uso compulsório de cláusula compromissória nos contratos consumeristas²³, os direitos trabalhistas, porque irrenunciáveis, e os contratos que tenham como parte ente da administração pública em razão do princípio da indisponibilidade que rege a administração

²³ Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem.

pública. Mas, os ramos do direito que abarcam as situações antes referidas também contemplam direitos patrimoniais que se podem considerar disponíveis seja por doutrinadores seja por nossos tribunais (SCAVONE JUNIOR, 2009, pp. 22 a 27).

Sobre as questões de estado, é cediço que, na sua quase totalidade, desembocam em direitos patrimoniais, como partilha, herança, alimentos e indenização. E, sendo patrimoniais, ainda que seu reconhecimento não seja transacionável, como no caso dos alimentos e da filiação, a fixação dos valores devidos em consequência da declaração desses direitos pode ser objeto de arbitragem, inclusive com compromisso arbitral firmado em processo judicial (SCAVONE JUNIOR, 2009, pp. 22 a 27).

Relativamente à Administração Pública que se rege por diversos princípios, entre os quais o da indisponibilidade, segundo o qual os interesses e bens públicos não se encontram à disposição dos órgãos e agentes públicos, também pareceria, à primeira vista, haver impedimento da utilização da via arbitral.

O artigo 41 do Código Civil²⁴ define como de direito público interno a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, os Municípios, as autarquias, inclusive associações públicas e as demais entidades públicas criadas por lei. As pessoas jurídicas de direito público a quem se tenha dado estrutura de direito privado, define o Código Civil como por ele regidas. Portanto, estas últimas regem-se por normas de direito privado, o que as coloca ao alcance da Lei 9.307.

Ademais, acórdão do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. 2005) resume com clareza a aplicabilidade da arbitragem em contratos firmados por órgãos e entidades públicas da seguinte forma:

“a) No âmbito dos contratos envolvendo empresas públicas e sociedade de economia mista, nenhuma dúvida para e seus conflitos podem ser dirimidos pela via arbitral...”

²⁴ **Art. 41.** São pessoas jurídicas de direito público interno: I – a União; II – os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III – os Municípios; IV – as autarquias, inclusive as associações públicas; V – as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

“b) Neste diapasão, no âmbito dos contratos de concessão, o inciso XV, do art. 23, da Lei 8.987/1995, determina a utilização da via amigável de solução de conflitos, ...”

“c) Na parceria público-privada, regida pela Lei 11.079/2004, duvidas não restam sobre a possibilidade de convenção de arbitragem...”

d) Para as demais relações em que estejam presentes pessoas jurídicas de direito público, a arbitragem poderá ser utilizada para solução de conflitos que tenham característica privada, ou seja, os contratos de seguro, financiamento, de locação...”

Quanto às relações de consumo, os contratos que as caracterizam não podem conter cláusula compromissória de origem unilateral e compulsória. Tal vedação, entretanto, não se aplica à hipótese em que, surgido um litígio, o consumidor, a quem o Código de Defesa do Consumidor busca proteger, venha a interessar-se em ter a sua pretensão solucionada com mais presteza por um árbitro, celebrando com o fornecedor um compromisso arbitral, **judicial** ou **extrajudicial**, que não é objeto de nenhuma vedação legal (SCAVONE JUNIOR, 2009, pp. 28 a 31).

A opinião dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor é até mais elástica sobre a possibilidade de aplicação da arbitragem às relações de consumo como explicitado mais a frente, quando é discutido o contrato de adesão.

Verifica-se, pois, que o campo de ação da arbitragem é bem mais amplo do que a definição contida no art. 1º da Lei. 9.307 faz supor em uma análise superficial. É, pois, um tema que necessita ser melhor explorado na busca da identificação de outras possibilidades de atuação dos árbitros em colaboração com a jurisdição estatal.

1.3. Arbitragem em outros diplomas legais

A Constituição Federal, no artigo 114, que trata da competência da Justiça do Trabalho, dispõe no § 1º que “Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger

árbitros”. Está, pois, expressamente autorizada a utilização de árbitros para julgamento de dissídios coletivos de trabalho.

A Lei Complementar nº 123/2006, em seu artigo 75, estabelece que “as microempresas e empresas de pequeno porte deverão ser estimuladas a utilizar os institutos da conciliação prévia, mediação e arbitragem para solução de seus conflitos”, delineando claramente que essa via é uma política de Estado para a pacificação social.

A Lei 8987/1995, por sua vez, estabelece em seu artigo 23-A que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

Como se pode observar, a arbitragem não é uma forma apenas autorizada a ser realizada, mas um instrumento estimulado e previsto, inclusive para resolução de dissídios trabalhistas e disputas entre o Estado e particulares.

1.4. Reconhecimento doutrinário e contribuição para a o acesso a justiça

Sobre o reconhecimento e a conveniência da solução arbitral é importante recorrer a Owen Fiss, que integrou os quadros docentes da Universidade de Chicago, Universidade de Yale e o Gabinete do famoso Juiz Thurgood Marshall, da Suprema Corte Americana.

Ao analisar as funções do Judiciário Americano, Owen Fiss, em um Novo Processo Civil (2004, pp. 48 a 88), conclui ser um de seus principais papéis, o que denomina “reforma estrutural”. Por essa expressão, o autor define a intervenção judicial no funcionamento de entidades e departamentos públicos, como escolas, prisões, hospitais, etc. de modo a conferir significado aos valores previstos na constituição dos E.U.A, “que coloca as cortes na posição de emitir diretivas para os demais órgãos”. Nessa mesma linha, defende que, se tal função traz uma grande carga de trabalho ao poder judiciário, o órgão não deveria

ser livrado dela, mas de outras funções como a solução de controvérsias entre particulares que poderia ser resolvida pela arbitragem privada.

A justificar sua conclusão, Owen Fiss (2004, pp. 56 e 57) argumenta que a reforma estrutural visa eliminar ameaças continuadas aos valores constitucionais na atuação dos órgãos do poder executivo. Alega, também, ter dúvidas sobre a solução de controvérsias entre particulares ser uma função social adequada para as cortes americanas. A seu ver, as controvérsias podem, inclusive, não ter implicações para o respeito a um valor público, que é o que deve ser preocupação da jurisdição estatal (2004, p. 67).

Considera, ainda, que a dedicação das cortes à solução de controvérsias privadas implica uso extravagante de recursos públicos no trato de questões puramente privadas (2004, p. 67), temas que devem ser atribuídos à arbitragem que funciona como jurisdição, por, também buscar o certo e o justo. Argumenta, ainda, que o juiz é um funcionário público escolhido pelos representantes e pago pelos cofres públicos, enquanto os árbitros são escolhidos pelas partes (2004, p. 68).

E, como um argumento definitivo, conclui que a solução de controvérsias pode ser transferida para a esfera privada, mas a “reforma estrutural” não (2004, p. 71).

A distinção do campo de atuação da jurisdição pública e privada para Owen Fiss é definida por assuntos de interesse público e privado, respectivamente, realizando um corte horizontal nos tipos de matéria de cada esfera. No Brasil, essa definição situa-se na esfera dos direitos indisponíveis privatamente e direitos patrimoniais disponíveis opcionalmente, afetos à jurisdição pública, e direitos patrimoniais disponíveis, atribuíveis à jurisdição privada. Assim, tratando-se de direitos disponíveis e indisponíveis o corte se faz de maneira vertical sem distinção entre público e privado, já que contratos administrativos, de interesse público são entendidos como incluídos em direitos patrimoniais disponíveis.

Ainda, sobre o cabimento e recomendação do uso da arbitragem, releva destacar a manifestação de Mauro Cappelletti em obra traduzida pela ex-Ministra e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie Northfleet.

Em sua pesquisa materializada no livro sobre as formas e a efetividade do acesso à justiça, Mauro Cappelletti (1988, p. 9) demonstra a evolução do conceito de acesso à justiça que, desde os estados liberais para os dias atuais, passou de uma perspectiva individualista para uma preocupação social de efetivo acesso a direitos. Inicialmente, a efetiva capacidade dos indivíduos em utilizar a justiça não constituía preocupação para o Estado, sendo-lhe indiferente a disparidade no poder dos litigantes em conseguir o acesso a justiça.

À medida que os relacionamentos sociais assumiram um caráter mais coletivo, as modernas sociedades passaram a tratar os direitos humanos com um enfoque mais voltado para direitos e deveres sociais em lugar da anterior visão individualista. As novas constituições consagraram o reconhecimento de direitos ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação, assumindo os Estados uma ação positiva no sentido de assegurar o acesso a tais direitos substituindo sua anterior posição passiva (CAPPELLETTI, 1998, pp. 10 e 11).

A nova realidade impôs a consideração de novas formas de solução de conflito, além dos tribunais, requerendo um estudo sobre como operava a lei substantiva, como se dava sua execução e quem dela se beneficiava (CAPPELLETTI, 1998, pp. 12 e 13).

A obtenção da igualdade das partes em litígio é, praticamente, impossível, configurando essa diferença um dos obstáculos do acesso à justiça. Uma dessas diferenças se manifesta sob a forma de custos diretos da tutela judicial em taxas diretas e em investimento de tempo no litígio. Além disso, possibilidade de solucionar conflito das partes se expressa pela disponibilidade de recursos financeiros, capacidade de reconhecer e reivindicar direitos ou opor-se a reivindicações alheias e, ainda, pelo caráter eventual ou habitual de litigar (CAPPELLETTI, 1998, pp. 15 a 26).

Entre as diversas alternativas para garantir o acesso dos menos favorecidos a solução de controvérsias, Mauro Cappelletti (1998, p. 82) destaca o juízo arbitral como um mecanismo ágil e pouco dispendioso. Contudo, ressalta que, sendo uma opção inteiramente privada, a solução pode tornar-se muito cara, pois, caberia às partes suportar todo o custo da arbitragem. Ressalva, contudo, que soluções arbitrais pagas pelo Estado e, também, de atuação voluntária dos árbitros mostraram-se efetivas para assegurar o acesso a justiça das partes mais fracas na França e na Califórnia. Segundo ele, esses sistemas favoreceram a

redução dos custos tanto para as partes como para o Estado e, também, podem reduzir a barreira de custos e significar uma opção mais ativa e informal de solução de conflitos.

Diversamente da posição de Owen Fiss, Mauro Cappelletti não se ocupa da natureza do direito controvertido a ser atribuído à jurisdição estatal e à privada, mas enfoca a efetividade do acesso à justiça, tão ideal e igualmente garantida nos textos constitucionais, mas tão pouco concretizada pela assimetria de conhecimento, disponibilidade de tempo e de recursos financeiros dos contendores. Sua simpatia por resoluções alternativas de conflito visa a prover de assistência judiciária aos em geral excluídos da alternativa oficial.

2. CONTRATO DE ADESÃO

No capítulo anterior foi mencionada a possibilidade da contratação da cláusula arbitral nos contratos de adesão, o que, aliás, é previsto na própria Lei 9.307, mas que é objeto de muitas controvérsias doutrinárias. Para trazer mais luz sobre o tema, o presente capítulo foi dedicado a discutir o contrato de adesão e suas implicações na arbitragem.

2.1. Origem dos contratos de adesão

A contratação em massa impôs a necessidade de padronização das relações, rompendo com os dogmas da liberdade contratual, autonomia de vontade e manifestação da vontade das partes para concretização do negócio jurídico. A própria padronização dos serviços e produtos colocados no mercado exigiu a adoção de regras gerais para a concretização de negócios com uma comunidade indeterminada (MANDELBAUM, 1996, p. 12). Os bilhões de transações diariamente realizadas ao redor do Planeta seriam impossíveis de ocorrer se não existissem opções padronizadas de contratação. Todo o dinamismo econômico gerador do mundo moderno estaria obstaculizado por um longo ritual de formação e execução de contratos.

O mais novo meio de compra e venda de produtos e serviços, via internet, não teria como funcionar sem a referida padronização. O mesmo se pode afirmar sobre as transações financeiras. Ambas têm o fechamento de negócios concretizado com o apertar de um botão no teclado de um computador, sem a menor possibilidade de discussão de qualquer aspecto, exigindo a aceitação das condições previamente postas.

As práticas observadas na formação dos negócios jurídicos foram impactadas pelas novas estratégias negociais, passando desde uma perspectiva contratual paritária a comportar a formulação de pactos sem a participação de todas as partes envolvidas (MANDELBAUM, 1996, p. 14). A ação paritária das partes contratantes, princípio basilar da economia liberal, não resistiu às exigências das novas formas de realização de negócios.

A transformação do modo de produção passou a exigir, para atendimento ágil das necessidades gerais dos contratantes, a padronização dos procedimentos, prejudicando o direito de uma das partes participar da formação do conteúdo dos contratos. Essa nova realidade culminou na concepção do contrato de adesão com cláusulas predispostas, com apenas uma das partes definindo o conteúdo das contratações, impondo aos demais agentes condições rígidas para obtenção do seu consentimento (MANDELBAUM, 1996, p. 14).

As centenas de filiais de uma mesma empresa, com milhares de trabalhadores espalhados por países e continentes não conseguiria funcionar de forma administrável e negocialmente previsível sem contar com mecanismos previamente concebidos e rígidos de fazer negócios para atingimento dos objetivos empresariais de seus sócios ou acionistas. Se cada negócio ficasse à mercê das relações estabelecidas entre empregados e compradores em cada transação específica, o resultado final seria completamente desconhecido a priori, dificultando sobremaneira a previsibilidade de resultados exigida pelos investidores para aportar seus capitais aos empreendimentos.

Nesse contexto, o contrato de adesão é uma verdadeira estratégia empresarial que, ao tempo que permite a gestão de grandes redes de lojas, autoriza a realização de previsões sobre a possibilidade de sucesso do negócio.

2.2. Surgimento de mais um novo participante no contrato

O direito, que é fruto das alterações verificadas na realidade social, modificou-se ao requererem, as novas situações, tutelas anteriormente não previstas na ordem então vigente. Da ampla liberdade até então verificada na contratação instituída com o advento do Código de Napoleão, surgiu uma nova figura no direito para fazer face às novas modalidades de relação que é a função social do contrato. Assim, além dos contratantes, surge na relação contratual o Estado para promover o equilíbrio entre as partes, nesse novo contexto (MANDELBAUM, 1996, p. 14).

A nova realidade resultou na imposição da vontade de uma das partes sobre a outra, em prejuízo do sagrado princípio da autonomia da vontade nas relações contratuais, com a intervenção do Estado na tutela do mais fraco (MANDELBAUM, 1996, p. 14).

Os princípios absolutos da liberdade individual e da autonomia da vontade, não mais serviam para a solução dos conflitos originadas dessa realidade. Foi necessária a criação de regras e limites para a determinação do conteúdo dos contratos. Com a tutela do Estado, o consentimento deslocou da liberdade contratual, definição do conteúdo do contrato, para a liberdade de contratar ou não, ou seja, aderir (MANDELBAUM, 1996, p. 22). Restou ao aderente decidir contratar ou não e não como contratar. A forma de contratar ficou a cargo do preponente, que é quem define os termos do contrato.

2.3. Características principais dos contratos de adesão

A submissão do aderente à vontade do preponente, impõe a este a autoresponsabilidade quanto à boa-fé na redação das cláusulas contratuais. Trata-se neste caso da boa-fé objetiva, a qual deve basear-se em determinados padrões socialmente recomendados de correção, lisura e honestidade, sendo indiferente o que se passa no íntimo do preponente para aferir-se seu grau de boa-fé (MANDELBAUM, 1996, p. 41). A boa-fé objetiva não deve se restringir à redação do contrato, que integra a fase pré-contratual, mas também é de se esperar do preponente a prática dessa mesma boa-fé no curso da transação objeto do contrato e na fase pós-contratual.

O contrato de adesão envolve, pois, o preponente e o aderente. O preponente é quem estabelece unilateralmente as predisposições, as estipulações às quais adere a outra parte com as seguintes características:

a) são abstratas, impessoais e independem de quem seja o futuro contratante, atendendo aos interesses do estipulante;

b) as estipulações são rígidas, posto que, estabelecidas, só são alteráveis pelo próprio estipulante, sem negociação;

c) são prévias e unilaterais e estabelecidas não para um negócio, mas para a possibilidade de uma série de contratações sem interferência da outra parte;

d) são gerais, já que se dirigem para um público indeterminado, sendo, portanto, impessoais;

e) derivam da superioridade do estipulante em qualquer que seja o sentido dessa supremacia;

f) são minuciosas constituindo, quase sempre, um verdadeiro regulamento.

Essas características decorrem de razões econômicas relacionadas à automação da gestão empresarial que se projetam na produção e comercialização, uniformizando e padronizando os negócios. Também se faz presente nesse contexto a utilização de recursos da automação empresarial a exigir uniformidade nas transações. Nesse processo não se fazem ausentes a orientação e o controle jurídico dos negócios empresariais influenciando na normatização das operações massivamente realizadas. E, por fim, a simplificação e a uniformização dos negócios para otimização de ganhos de escala aparecem como insumos distintivos na automação da vida moderna (MANDELBAUM, 1996, p. 109).

Diante disso, o poder do preponente em estabelecer unilateralmente as condições contratuais afasta os elementos constituintes dos contratos paritários pela impossibilidade da discussão do conteúdo do contrato de adesão com todos os contratantes em particular. É, pois, o contrato de adesão uma declaração unilateral de vontade do estipulante que se apresenta a uma coletividade indeterminada como uma norma, criando o direito e dando origem à relação jurídica. Uma única vontade predomina na criação da obrigação jurídica para as outras partes (MANDELBAUM, 1996, p. 144).

2.4. A questão da manifestação de vontade

O contrato de adesão implica uma expressão de liberdade viciada por parte do aderente, que consente com um conjunto das estipulações, sem discussão, expressando no

contrato de consumo uma confiança em certa marca, respaldada, principalmente, na publicidade ou tradição (MANDELBAUM, 1996, p. 153). O hábito que se cria pela relação de confiança acaba por reduzir a capacidade crítica do aderente que só constata a existência de abusividade nas contratações, quando se vê defraudado em sua boa-fé.

Os críticos dessa forma contratual não chegam a afirmar que a falta de uma completa manifestação de vontade implica, necessariamente, em nulidade dos contratos de adesão. A nulidade, concordam, só deve ser declarada em casos de prejuízos causados por cláusulas abusivas e absurdas impostas pelo predisponente. Não se deve anular toda a contratação, mas as cláusulas de conteúdo abusivo ou absurdo, que essa forma característica da estipulação pode ensejar (MANDELBAUM, 1996, p. 154).

Ademais, a manifestação de vontade que resulta dos contratos paritários também pode, excepcionalmente, ser viciada. Outra não é a preocupação que levou à positivação no Código Civil de normas destinadas a regular a intromissão de elementos estranhos à livre manifestação de vontade nas relações contratuais, como o erro, o dolo e a coação, para os contratos em geral (MANDELBAUM, 1996, p. 155). Assim, não é só o contrato de adesão que pode dar origem a manifestação viciada de vontade, mas qualquer forma de contratação em que uma assimetria de poder possa se fazer presente.

Segundo Orlando Gomes (1998, p. 109), o contrato de adesão se apresenta como uma deformação da estrutura do contrato. É construído por uma só das partes, eliminando a livre discussão que precede a formação dos contratos. Implica a imposição da vontade de um dos contratantes à do outro, cujo consentimento manifesta-se como simples adesão em bloco ao conteúdo preestabelecido.

O contrato de adesão não se caracteriza simplesmente pelo modo como a ele se adere, mas também pela uniformidade e abstratividade das cláusulas preconstituídas unilateralmente, já que em outras relações jurídicas se pode exigir a aceitação integral das cláusulas ditadas por uma parte para a outra sem constituir-se contrato de adesão propriamente dito. Nas operações repetitivas entre empresas também se usam contratos padronizados e uniformes sem caracterizar, propriamente, um contrato de adesão. A perfeita caracterização do contrato de adesão se dá na repetição uniforme das cláusulas

preestabelecidas nos contratos singulares com infinidade de aderentes (GOMES, 1998, p. 112).

Diz-se, comumente, que o aderente tem a faculdade de contratar ou não, aderindo em bloco ao conteúdo da oferta que lhe é feita. Contudo nem sempre é assim, pois há casos em que o aderente é obrigado a contratar. Em grande parte dos casos, o contrato de adesão é oferecido por concessionárias monopolistas de serviços públicos dos quais o consumidor não pode abdicar do uso, caracterizando a verdadeira obrigação de contratar. Assim, ficam afastadas tanto a liberdade contratual como a liberdade de contratar. Contudo, o mestre Orlando Gomes (1998, p. 114) ensina que não é a desigualdade de condições em si que torna polêmico o contrato de adesão, mas a possibilidade de cometimento de abuso baseado nessa desigualdade.

Nesses casos, geralmente, o poder concedente submete a concessionária ou permissionária a regulamentos rígidos de uma agência reguladora que zela também pelos interesses dos aderentes, somando esforços em conjunto com os órgãos de defesa do consumidor. Portanto, nessa forma ainda mais estreita da prática do contrato de adesão o Estado se apresenta de maneira mais ativa para coibir abusos.

2.5. Padronização dos contratos

O contrato de adesão tem como característica principal a possibilidade de o ofertante predeterminar seu conteúdo. A situação jurídica é igual para todos que aceitarem a oferta, sem possibilidade de ser modificada. Isso, porém nem sempre é de todo negativo, pois, determinados tipos de serviços seriam praticamente impossível de serem contratados nos moldes tradicionais, como acontece com os contratos de seguro e previdência, cujo risco se refere a uma comunidade e não a uma pessoa em particular (GOMES, 1998, p. 118). As bases atuariais que suportam a fixação dos prêmios na contratação de operações de seguro só têm validade para risco populações e não para a situação de cidadãos isolados. O mesmo se dá com a previdência privada que oferece benefício de risco, como pensão por morte e pecúlios, que tem suas contribuições estimadas com base em tábuas biométricas construídas com a

observação de grande número de integrantes de uma população e requerem contratações massivas para viabilizar a solvência das empresas do ramo.

Com o contrato de adesão, o predisponente busca obter de número indeterminado de aderentes a aceitação passiva das condições propostas, mantendo invariável o conteúdo contratual. A predeterminação é a característica principal do contrato de adesão, sendo sua uniformidade um traço a mais, já que pode também estar presente em relações jurídicas bilaterais e repetitivas constituídas entre partes jurídica e economicamente equivalentes. A rigidez das condições contratuais, como já anteriormente destacado, também é uma exigência para caracterizar-se o contrato de adesão (GOMES, 1998, p. 118).

O contrato de adesão também não se caracteriza apenas pela imposição de uma vontade sobre outra, o que ocorre, na verdade, sempre que uma das partes tem certo predomínio sobre outra. Uma característica importante do contrato de adesão é o fato de ser ele proposto a quem, em geral, não o pode recusar por não dispor de outro meio de obter o produto ou serviço ofertado. Essa circunstância se apresenta nas situações de monopólio de fato ou de direito, como, por exemplo, no contrato de transporte aéreo independente do aderente ser uma pessoa física ou jurídica de pequeno ou grande porte, ou mesmo de direito público (GOMES, 1998, p. 119).

Mesmo não configurando uma espécie contratual, o contrato de adesão não ficou indiferente ao legislador, para proteção daqueles que necessitam contratar. O constrangimento de contratar a que uma das partes é submetida não chega a ser enquadrada como coação. Também não se cogita da anulabilidade pura e simples do contrato. Normas imperativas buscam impedir a estipulação arbitrária de cláusulas abusivas ou absurdas. Tratando-se de serviço público descentralizado, o poder concedente cuida de impor limites ao arbítrio do concessionário (GOMES, 1998, p. 120).

2.6. Equilíbrio contratual

Embora com predomínio da vontade de uma das partes, o contrato de adesão não configura negócio puramente unilateral como, segundo Orlando Gomes, quiseram defini-

lo ao longo do tempo alguns doutrinadores, como Raymond Saleilles²⁵ e Leon Duguit²⁶. O consentimento da parte aderente é suficiente para caracterizá-lo como bilateral, mesmo ausente a contratualidade plena. Com o consentimento, faz-se presente o acordo de vontades para definir sua natureza contratual (GOMES, 1998, p. 122).

Relativamente à interpretação do contrato de adesão, o que se tem estabelecido é que, em caso de dúvida, o contrato deve ser interpretado contra quem o estipulou. Dado o predomínio da vontade de uma das partes o contrato não pode ser interpretado como os contratos em geral, pressupondo o equilíbrio entre contratantes. Entretanto, só abusos e deformações devem ser condenados pelo judiciário, em nome da segurança jurídica (GOMES, 1998, p. 126).

2.7. Arbitragem nos contratos de adesão

Para um melhor entendimento da possibilidade da aplicação da arbitragem aos contratos de adesão, particularmente aos consumeristas, faz-se necessária uma incursão no Código de Defesa do Consumidor, em particular na doutrina produzida pelos autores de seu anteprojeto, entre os quais se destacam Ada Pellegrini Grinover e Nelson Nery Junior, coautores junto com outros doutrinadores da obra **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**.

De início, cabe lembrar que na Lei 9.307, Lei da Arbitragem, foram consagrados como determinantes para a instituição do juízo arbitral, a cláusula arbitral e o compromisso arbitral, que compõem a convenção arbitral, base para instituir a arbitragem e legitimar o árbitro como juiz e as entidades arbitrais como tribunais.

A escolha na utilização da via arbitral para solução dos litígios pode ser definida de forma clara e inequívoca mediante convenção com o uso da cláusula

²⁵ Raymond Saleilles, nascido em 1855 et morto em 1912, foi um jurista francês. Foi professor de direito em Paris, onde ensinou direito penal, direito civil e direito civil comparado.

²⁶ Pierre Marie Nicolas Léon Duguit diplomou-se pela Faculdade de Direito de Bordéus, onde também obteve o título de Doutor (1881). Lecionou Direito Público inicialmente em Caen, depois em Bordéus (1883), onde se tornou decano (1919), cargo que exerceu até sua morte.

compromissória ou do compromisso arbitral, quando se observam todos os requisitos obrigatórios e voluntários a que se refere a Lei da Arbitragem²⁷ (BRASIL, 1996).

Para que o poder judiciário possa ser excluído da solução dos conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis é necessário que as partes tenham firmado cláusula compromissória de recorrer ao juízo arbitral e/ou compromisso arbitral. Diante desses instrumentos o processo será encerrado sem resolução de mérito, conforme estabelece o artigo 267, inciso VII, do Código de Processo Civil²⁸, remetendo-se o litígio à arbitragem, ou pela instauração do juízo arbitral pelo próprio Poder Judiciário, conforme define a Lei 9.307 (BRASIL, 1996).

O compromisso arbitral não cria nem modifica direito. Funciona como causa extintiva de obrigação que atua a partir da prolação da sentença arbitral, como um negócio jurídico assemelhado à transação (PELLEGRINI GRINOVER, 2001, p. 520).

A cláusula arbitral compreende uma obrigação de fazer, que, quando inadimplida, pode ter seu cumprimento exigido junto ao Poder Judiciário. É negócio jurídico celebrado entre partes capazes que se obrigam a aceitar a sentença do juiz arbitral (PELLEGRINI GRINOVER, 2001, p. 521). Se uma das partes se recusar a instituir a arbitragem, a parte interessada pode exigir o cumprimento da cláusula compromissória em juízo a quem cabe instituir a arbitragem litigiosa.

A cláusula arbitral tem eficácia de direito material por sua equiparação à transação, não podendo também, por isso, versar sobre direitos indisponíveis, quais sejam, aqueles em cuja controvérsia se faz obrigatória a participação do Ministério Público ou de jurisdição voluntária por sua natureza de ordem pública. A jurisdição arbitral requer manifestação bilateral de vontade de se submeterem ao julgamento arbitral. A

²⁷ Art. 10 Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral: I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes; II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros; III - a matéria que será objeto da arbitragem; e IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11 Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes; III - o prazo para apresentação da sentença arbitral; IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes; V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

²⁸ Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) VII – pela convenção de arbitragem,

prejudicialidade do compromisso arbitral é argüida por exceção não podendo ser conhecida de ofício pelo juiz (PELLEGRINI GRINOVER, 2001, p. 521).

A exclusão da jurisdição estatal da apreciação da lide conferida à jurisdição arbitral não implica desrespeito ao direito constitucional assegurado da apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo Poder Judiciário. Ao excluir o acesso à via judicial o compromisso arbitral não exclui o acesso à jurisdição, posto que o juízo arbitral é considerado com integrante da jurisdição, havendo pois a atividade jurisdicional, quando o juízo arbitral se pronuncia (PELLEGRINI GRINOVER, 2001, p. 523).

A garantia de acesso ao Poder Judiciário foi a causa da arguição inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.307 que afastam a competência do juízo estatal nos litígios precedidos de cláusula arbitral, proposta pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, em 1996, que só veio a ser resolvida em 2002. A solução concluiu pelo afastamento da alegada inconstitucionalidade.

O projeto do novo Código de Processo Civil procura esclarecer esse ponto que gerou e tem gerado não poucas dúvidas em seu artigo 3º, que integra o Capítulo I, DOS PRINCÍPIOS E DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL, que estabelece: “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, ressalvados os litígios voluntariamente submetidos à solução arbitral, na forma da lei”.

Com o advento desse novo Código ficará harmonizada, finalmente, a realidade da arbitragem com a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário.

Por outro lado, o artigo 51 da Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor define como nulas cláusulas contratuais definidoras de vários aspectos, figurando entre elas a que determina a utilização compulsória de arbitragem (BRASIL, 1990). Assentada a legalidade do juízo arbitral estaria o CDC dificultando, ou mesmo impedindo o acesso ele.

Contudo, o Código de Defesa do Consumidor não exclui a possibilidade de apreciação de conflitos consumeristas pelo juízo arbitral, aos quais essa via se adéqua perfeitamente. Segundo Nelson Nery Junior (2001, p. 524), o que o artigo 51, inciso VII, do

mencionado Código busca excluir é o unilateralismo na imposição da solução arbitral pelo predisponente. A propósito, ressalta ele, que a Lei da Arbitragem trata de forma clara sobre como instituir cláusula arbitral em contratos de adesão, atribuindo ao aderente a iniciativa de incluí-la no pacto, em instrumento em separado, ou no próprio texto do contrato de adesão mediante destaque dos caracteres em que escrita e mediante visto específico. Cumpridas tais formalidades seria possível o uso da arbitragem nas relações de consumo.

Esse não é, contudo, o entendimento de José Cretella Neto (2009, pp.65 a 67), que afirma que dos contratos de adesão de que trata a Lei 9.307/96, estão excluídos os vinculados a relações de consumo.

Sobre esse tema, SCAVONE Junior (2009, pp. 28 a 31) orienta que os contratos que contêm relações de consumo não podem conter cláusula compromissória. No entanto, observa que, surgido um litígio, pode ser do interesse do consumidor, a quem o Código de Defesa do Consumidor busca proteger, ter a sua pretensão solucionada com mais presteza por um árbitro, celebrando com o fornecedor um compromisso arbitral que não é objeto de nenhuma vedação legal. Assim, não estaria afastada a solução arbitral, embora não se pudesse valer da cláusula arbitral, mas pela possibilidade da celebração do compromisso arbitral.

O certo é que a invalidade de convenção de arbitragem em contrato consumerista só pode ser declarada se do interesse do consumidor, a quem o dispositivo poderia prejudicar. Se este não questiona, não cabe ao Poder Judiciário declarar sua abusividade de ofício. Portanto, a possibilidade de utilização de convenção de arbitragem em contrato de adesão entre fornecedor e consumidor está inteiramente subordinada ao crivo do consumidor que pode propô-la, aceitá-la, recusá-la ou pedir a declaração de sua abusividade.

No conteúdo do projeto de Código de Processo Civil em tramitação, a arbitragem conta com os mesmos destaques que lhe atribui o Código atual, com o acréscimo do artigo 3º sobre a garantias fundamentais do processo civil, anteriormente citado.

3. SENTENÇA ARBITRAL e COISA JULGADA

No capítulo 1 foram exploradas as semelhanças em forma e efeito da sentença arbitral e da sentença judicial. Um dos aspectos mais relevantes desse cotejo se dirige para o instituto da coisa julgada, tão relevante para a preservação da segurança jurídica. Em razão disso, dedicamos este capítulo para avaliar os efeitos da sentença arbitral em comparação com a coisa julgada judicial e administrativa, fixando seus limites e possibilidades.

A respeito da coisa julgada, a Constituição da Federal dispõe, em seu artigo 5º, inciso XXXVI, que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**”; (destacamos). É, pois, a coisa julgada uma garantia constitucional, que se encontra, inclusive, a salvo de lei.

Em julgamento do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em abril de 2011, o Ministro Luiz Fux citou um de seus mestres que afirmava que “na catedral do direito, a coisa julgada se encontra no altar-mor.”

Mas o que é a coisa julgada?

3.1. Conceito e finalidade da coisa julgada

Segundo diversos doutrinadores, coisa julgada é efeito produzido pela irrecorribilidade de uma sentença á luz do Código de Processo Civil, cujo artigo 467 assim dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna **imutável** e **indiscutível** a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.” (grifos nossos)

Segundo Chiovenda ²⁹, apud Carreira Alvim, para os romanos a coisa julgada era a “expressão de exigência de certeza e segurança no gozo dos bens da vida”. Os

²⁹ Guisepe Chiovenda, renomado processualista italiano, foi um conhecido jurista italiano, autor de diversos livros. Iniciou sua carreira de jurista ensinando nas Universidades de Parma, Bolonha, Nápoles e Roma. Sua contribuição deu-se principalmente na área do direito processual, sendo conhecido como um dos maiores

romanos não chegavam a atribuir ao pronunciamento da juiz uma **presunção da verdade**, mas consideravam seu veredicto como **em lugar da verdade**. Para os romanos a coisa julgada tinha um caráter prático no sentido de garantir o bem da vida ao vencedor da demanda (ALVIM, 2007, p. 329).

O instituto da coisa julgada se destina a evitar a perpetuação das lides e afirmar a segurança dos negócios jurídicos, segundo Liebman³⁰, apud Humberto Theodoro Junior (2008, v. I, p. 539). Esta estabilidade do julgado é uma exigência da paz social. A sentença transitada em julgado é a própria lei aplicada às partes (THEODORO JUNIOR, 2008).

A coisa julgada, *res iudicata*, é uma qualidade da sentença e não um efeito seu. Os efeitos da sentença são de ordem condenatória, constitutiva ou declaratória. Como qualidade da sentença a coisa julgada a eleva de um ato jurídico sujeito a condição resolutiva, enquanto passível de recurso, a um ato imutável e indiscutível. O Código Civil define a coisa julgada como “a eficácia que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Com a publicação, a sentença já se torna irretratável para quem a proferiu, mas não se torna imodificável para a parte vencida que pode impugná-la mediante recurso. Porém, com o decurso do prazo recursal ou esgotados os possíveis recursos, a sentença se torna imutável (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p. 533).

Somente após o esgotamento de todas as possibilidades recursais a sentença se torna a vontade da lei aplicada ao caso concreto. Enquanto cabível recurso, a sentença é mera “situação jurídica”. Os efeitos da sentença só se tornam efetivos quando não mais passível de recurso (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p. 533).

Como a decisão se sujeita a ação rescisória, até dois anos após o trânsito em julgado, a coisa julgada se desdobra em **coisa julgada** e **coisa soberanamente julgada** como leciona Frederico Marques³¹, apud Humberto Teodoro Junior. A primeira se dá logo do

expoentes da doutrina jurídica italiana. Defensor do princípio da oralidade processual, seus pensamentos foram referências importantes na elaboração do Código de Processo Civil italiano de 1940.

³⁰ Enrico Tullio Liebman, eminente jurista italiano, nasceu em 1903, na cidade de Leopoli. Gradou-se na Faculdade de Direito de Roma, onde teve como mestre Giuseppe Chiovenda. Ocupou a cátedra de *diritto processuale civile* da Universidade de Parma. Lecionou na Universidade de São Paulo, exercendo grande influência no direito processual civil brasileiro.

³¹ José Frederico Marques, doutrinador de processo civil e autor de várias obras sobre o tema

trânsito da sentença em julgado. A segunda tem lugar com o transcurso do prazo para ajuizamento da rescisória ou com a decisão de sua improcedência (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p. 534).

3.2. Efeitos da coisa julgada

O trânsito em julgado da sentença torna seu dispositivo imutável e indiscutível, de acordo com a teoria restritiva de Chiovenda adotada no Brasil. Após o trânsito em julgado, a coisa julgada material impede que a matéria volte a ser disputada pelas mesmas partes em qualquer processo futuro. Sendo formal a coisa julgada, o trânsito em julgado impede que a matéria volte a ser discutida pelas partes no mesmo processo, porém não em outro mesmo que tenha por objeto a mesma causa de pedir e mesmo pedido (MESQUITA, 2004, p. 3).

A coisa julgada está regulada pelo Código de Processo Civil, como já dito, de acordo com a teoria restritiva de Chiovenda que aqui desembarcou na bagagem de Enrico Túlio Liebman. Por essa teoria, só deve transitar em julgado o dispositivo da sentença, estando excluídas de adquirir a qualidade de coisa julgada as questões decididas incidentalmente. Liebman ensinou que a tutela jurisdicional é limitada pelo pedido do autor que também limita os efeitos objetivos da coisa julgada (SANTOS, 2004, pp. 149 e 150).

Segundo Chiovenda (1998, pp. 493 e 494), a coisa julgada visa impedir o desconhecimento ou a diminuição do bem reconhecido no julgamento. Isso, não implica impedir nova decisão sobre as questões prejudiciais que foram decididas com o objetivo de resolver a manifesta vontade do autor, nem a verdade dos fatos, que podem voltar a ser discutidas em ação futura. Isso leva a que passe em julgado somente o contido no dispositivo da sentença, pois, o “objeto do julgado é a conclusão última do juiz, e não as premissas”.

Afirma Carreira Alvim (2007, p. 331) que a distinção entre coisa julgada formal e material é negada por doutrinadores, que consideram que a *preclusão* já produz os efeitos de gerar imutabilidade dos atos decisórios dentro de um mesmo processo, tornando desnecessário o instituto da coisa julgada formal.

PONTES DE MIRANDA, por exemplo, ensina que a coisa julgada formal é uma das espécies de preclusão processual. Denomina-a preclusão máxima. Ela impossibilita a prática eficaz de um ato em razão do decurso de um prazo ou decorrência da prática de outro com ele incompatível e, ainda, se não foram praticados todos os atos necessários para modificar a decisão proferida (PONTES DE MIRANDA, 1998, v. 5, p. 83).

Os romanos não distinguem coisa julgada formal de coisa julgada material. Apenas reconheciam a coisa julgada. Foi na idade média que passaram a distinguir sentenças definitivas de sentenças interlocutórias. Estas para decidir questões incidentes e aquelas para o trato da questão principal, dando origem à distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material (ALVIM, 2007, p. 330).

3.3. Arguição da coisa julgada

A coisa julgada é instituto de ordem pública do qual não se pode abrir mão. Pode ser argüida em contestação, ou em qualquer outro momento e, também, pode ser conhecida de ofício pelo juiz (THEODORO JUNIOR, 2008, p. 540).

A argüição de coisa julgada é possível quando se repete uma ação com identidade de partes, pedido e causa de pedir. Se a nova ação versar sobre questões velhas e questões novas, somente sobre as velhas recai a coisa julgada. (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p.540)

3.4. Limites da coisa julgada

A Coisa julgada tem limites objetivos e subjetivos. Os limites objetivos dizem respeito ao conteúdo textual da sentença, a parte desta que transita em julgado, tornando-a imutável. Os limites subjetivos dizem respeito às pessoas para quem a sentença transita em julgado, sejam elas partes na lide, ou terceiros que tenham vínculo com a coisa

julgada, ou sejam titulares de direitos dependentes da relação jurídica formada (ALVIM, 2007, p. 343).

Ensina PONTES DE MIRANDA (1998, v. 5, pp. 84 e 85), que o limite objetivo da coisa julgada diz respeito à nova situação jurídica declarada pela sentença. Por exemplo, no caso de ações de estado a situação jurídica anterior à sentença era de um determinado estado civil e a sentença que decide a lide declara outro estado civil. Da mesma forma na indenização por dano moral, antes da sentença inexistia relação obrigacional entre as partes, mas com a sentença a obrigação passa a existir. Assim, transita em julgado a nova situação jurídica surgida com a sentença.

Os limites subjetivos da coisa julgada material dependem, na visão desse Mestre, da natureza do direito controvertido. Se a causa versar sobre direito individual, a coisa julgada material tem efeito *inter partes*. Terá, contudo, efeito *erga omnes* quando a sentença tratar de direito coletivo difuso ou direito individual homogêneo (PONTES DE MIRANDA, 1998, v. 5, p. 85).

A coisa julgada tem efeitos negativos e positivos. O efeito positivo se opera em relação às partes, vinculando-as à decisão proferida, inclusive para o uso da coação no cumprimento de decisão condenatória. O efeito negativo reside no impedimento da proposição de nova ação que contenha as mesmas partes, o mesmo pedido e idêntica causa de pedir (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p. 541).

A sentença, nos limites da causa apreciada, tem em relação às partes força de lei. Nos seus limites, a sentença significa a definição indiscutível de uma relação jurídica que pode ser oposta *erga omnes*. Todos devem respeitá-la em seus efeitos positivos e negativos (PONTES DE MIRANDA, 1998, v. 5, p. 88).

A verdade dos fatos apreciados na decisão não faz coisa julgada de acordo com o artigo 469 do Código de Processo Civil: “Não fazem coisa julgada: (...) II – a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Somente o dispositivo da sentença faz coisa julgada. A verdade dos fatos que ensejaram a decisão pode voltar a ser discutida em outra ação, obtendo-se, inclusive, a declaração de sua inverdade (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p. 549).

3.5. Fundamentos do instituto da coisa julgada

O instituto da coisa julgada se justifica por fundamentos políticos e jurídicos. O fundamento político está relacionado com a estabilidade do direito para que se assegure o efetivo gozo do bem da vida disputado, o que goza de consenso geral. Já o fundamento jurídico é objeto de variadas concepções como doutrina da presunção da verdade, da ficção da verdade, da força legal substancial da sentença, da eficácia da declaração, da vontade do Estado, da extinção da obrigação jurisdicional do Estado e outras (ALVIM, 2007, p. 332).

Conforme definido no art. 467 do CPC, passada em julgado, a sentença adquire indiscutibilidade e imutabilidade.

O efeito da indiscutibilidade é diferente do que deriva da imutabilidade. A indiscutibilidade se aplica a quaisquer processos futuros que tenham como premissa a decisão proferida em processo anterior. Assim, enquanto a imutabilidade impede novo pronunciamento sobre a ação cuja sentença transitou em julgado, a indiscutibilidade vincula o julgador de ação posterior à sentença anterior transitada em julgado, mesmo que envolva diferentes partes. A imutabilidade opera, portanto, entre as partes, enquanto a indiscutibilidade alcança também terceiros.

A imutabilidade impede as partes de renovar litígio com sentença transitada em julgado. A indiscutibilidade obriga o magistrado a reconhecer o conteúdo declaratório de sentença anterior em quaisquer ações, como é o caso da falsidade de um documento ou anulação de um ato jurídico (MESQUITA, 2004, p. 14).

A indiscutibilidade só opera perante terceiros em casos de julgamento procedente de ação declaratória. Julgado procedente um pedido de nulidade de um ato jurídico, sua nulidade se estende a todas as partes a ele vinculado, pois, o ato contestado é retirado do mundo jurídico. Não subsiste para ninguém. Já no caso de ser julgado improcedente o pedido de nulidade, o interesse em anulá-lo persiste para quem não foi parte no processo, que pode, pois, propor sua anulação em outra ação (MESQUITA, 2004, p. 14).

Porém, é importante destacar que a imutabilidade decorrente do trânsito em julgado se refere ao conteúdo da sentença e não aos seus efeitos. Mesmo após o trânsito da sentença em julgado, se a lide versar sobre direitos disponíveis, as partes podem transigir sobre os seus efeitos por ato jurídico praticado entre elas. As partes estão impedidas de renovar ação igual para obter nova decisão sobre a mesma matéria. Também podem modificar-se os efeitos em caso de inação de uma das partes com a ocorrência de prescrição de um título executivo judicial (MESQUITA, 2004, p. 17).

3.6. Relativização da coisa julgada

Embora a coisa julgada tenha a finalidade de evitar o prosseguimento indefinido de lides, existem sentenças que não têm condição de transitar em julgado, porque devem ser consideradas inexistentes. Essa inexistência se deve, em alguns casos, à irregularidade na formação do processo, que por isso não deveria ter seu mérito enfrentado. Outra circunstância que torna a sentença inexistente é a que contempla decisão *ultra petita*, por não corresponder a pedido formulado na petição inicial, devendo a parcela concedida que supera a tutela jurídica pleiteada, de acordo com a teoria restritiva, ser impossível de transitar em julgado. Existe ainda o caso de sentença baseada em lei posteriormente declarada inconstitucional. Tais sentenças sequer devem ser atacadas por via de ação rescisória, mas por ação declaratória de sua inexistência, posto não haver trânsito em julgado e, ainda, não ser sempre possível em todos os casos se observar o prazo decadencial de 2 anos para propositura da rescisória exigido pelo CPC³² (WAMBIER e MEDINA, 2003, pp. 26 a 43).

Também existe discussão sobre a autoridade da coisa julgada ser aplicada a sentenças que não decorrem de cognição plena ou não sejam exaurientes, como decisão sobre cautelares ou deferimento de antecipação de tutela.

Nessa linha, também não ofenderia a coisa julgada o ajuizamento de nova ação de execução se a primeira foi extinta por falta de requisito essencial do título executivo que seja passível de suprimento. Suprida a deficiência do título, nova ação executiva não

³² Art. 495. O direito de propor ação rescisória se extingue em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da decisão.

ofende a coisa julgada. Ainda nessa seara, a extinção de ação de execução por falta de título executivo, também, não impede o ajuizamento de ação monitória³³ para cobrança de dívida com base em prova escrita sem eficácia de título executivo (WAMBIER e MEDINA, 2003, pp. 86 a 101).

Quanto à coisa julgada inconstitucional, assevera Carlos Valder do Nascimento (2003, p. 12) que, sendo a coisa julgada matéria processual de natureza infraconstitucional pode ser aferida sua compatibilidade, ou não, com o texto constitucional, o que afasta a intocabilidade de decisões judiciais passadas em julgado que afrontem preceitos da carta magna.

Tais sentenças são eivadas de nulidade, devendo ser afastadas no mundo jurídico, da mesma forma que os atos do poder executivo ou legislativo que contrariem os princípios constitucionais. Os atos emanados dos três poderes, ou funções do poder público, que são autônomos e harmônicos, têm o mesmo grau de valor e, por isso, não se pode atribuir às decisões judiciais que contrariem a ordem pública, por inconstitucionalidade, o selo da definitividade, garantindo sua imutabilidade em qualquer circunstância diferentemente dos atos do executivo ou do legislativo (NASCIMENTO, 2003, pp.12 a 14).

Nesses casos, merecem ser distinguidas as decisões inexistentes, que só apresentam mera aparência de atos jurídicos, dos atos válidos que contrariam preceitos constitucionais segundo Paulo Manoel Cunha da Costa Otero, apud Carlos Valder Nascimento (2003, pp. 14 a 16). Somente os atos processualmente válidos devem ser atacados como inconstitucionais, devendo os demais serem tratados como inexistentes.

Segundo Nascimento (2003, pp. 16 a 17), a segurança da coisa julgada deve ser conciliada com a justiça e a legitimidade dos atos jurisdicionais posto que “a ordem constitucional não tolera que se eternizem injustiças a pretexto de não eternizar litígios”.

³³ Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. (Código de Processo Civil)

Fica patente que a coisa julgada não é mais absoluta fazendo “do preto branco”, “do quadrado redondo” e “do falso verdadeiro” como registra Humberto TEODORO que se afirmava na idade média.

O trânsito em julgado da sentença exige além de sua prolação a verificação se o processo foi corretamente formado para dar-lhe legitimidade.

Igualmente, exige-se que o fundamento que conduz ao dispositivo permaneça no mundo jurídico, tornando-se inconstitucional a sentença fundada em norma posteriormente declarada incompatível com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal.

Podem, também, impedir o trânsito em julgado o incompleto grau de cognição.

A ainda não demonstram vocação para trânsito em julgado as ações denegatórias de execução por falta de requisito sanável em título executivo ou a falta de título executivo para o ajuizamento de ação monitória.

E, finalmente, não se pode cogitar de trânsito em julgado de sentença em flagrante contrariedade de preceito constitucional.

3.7. Coisa julgada no projeto do novo CPC

O projeto do novo Código de Processo Civil em tramitação no Senado Federal traz algumas novidades em relação à regulação da coisa julgada. Uma delas está na própria definição de coisa julgada com a substituição do termo “eficácia” pelo termo “autoridade”. Essa modificação implica uma maior fidelidade à doutrina de Liebman, que segundo Carreira Alvim (200, p. 342) considerava que a sentença já tinha eficácia para todos desde sua prolação e adquire autoridade para as partes somente com a aquisição da condição de coisa julgada.

Embora da Seção V do projeto, **Da coisa julgada**, não constem mais os dispositivos que asseguram duplo grau de jurisdição às condenações da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o novo Código não os elimina do ordenamento jurídico, mas apenas os desloca para a Seção III sob o título de: **A remessa necessária**.

A alteração mais significativa diz respeito à atribuição de autoridade de coisa julgada às sentenças que julgarem questões prejudiciais sem observância das limitações atualmente previstas, contrariando nesse particular a teoria restritiva de Chiovenda abraçada por Liebman.

Com efeito, o Código em vigor permite que as questões prejudiciais façam coisa julgada a requerimento da parte e desde que o juiz que decidir a questão seja competente em razão da matéria e a matéria decidida constitua pressuposto necessário para o julgamento da lide. Como regra geral, o CPC estabelece que não faz coisa julgada “a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”.

Segundo o relatório que acompanha o projeto da nova lei o objetivo da alteração é permitir “que cada processo *tenha maior rendimento possível*”.

Atualmente, questão prejudicial pode ser provocada de duas maneiras. Pode ser agitada como incidente processual ou por ação declaratória incidental. No caso de ação declaratória incidental ocorre o trânsito em julgado após vencidas as possíveis impugnações e atendidos os demais requisitos quanto à competência do juiz em relação a matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Portanto, o ajuizamento da ação declaratória implica pedido da parte para que a decisão transite em julgado, o que ocorre com o atendimento dos outros dois requisitos.

O artigo 19 do projeto prevê que: “Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, o juiz, assegurado o contraditório, a declarará por sentença, com **força de coisa julgada**.” (grifamos).

Prevê, ainda, o artigo 47 do mesmo projeto que “se o conhecimento da lide depender necessariamente da verificação da existência de fato delituoso, o juiz pode

mandar suspender o processo até que se pronuncie a justiça criminal”. Porém, o parágrafo único do mesmo dispositivo autoriza a prorrogação da competência do juiz civil para decidir o incidente ao estabelecer que: “se a ação penal não for exercida dentro de um mês contado da intimação do despacho de suspensão, cessará o efeito deste, incumbindo ao juiz cível examinar incidentalmente a questão prejudicial”.

Assim, o projeto do novo Código resolve dois requisitos do dispositivo atual ao atribuir força de coisa julgada a sentença que resolver questão incidental e prorrogar a competência do juiz civil para decidir até mesmo incidente criminal. O resultado concreto é a extensão dos efeitos da coisa julgada para além dos limites da teoria restritiva.

3.8. Coisa julgada administrativa

É possível, ainda, falar-se de coisa julgada administrativa, embora não exista no Brasil contencioso administrativo. Essa eficácia opera apenas na esfera administrativa e em nenhuma outra. Tal coisa julgada pode ser conferida às decisões definitivas dos tribunais de contas e do Conselho de Recursos Fiscais. A indiscutibilidade desse tipo de coisa julgada, contudo, não se estende ao Poder Judiciário que pode reapreciar tudo o que tenha sido debatido na esfera administrativa em processo a ele submetido (THEODORO JUNIOR, 2008, v. I, p.534).

MARÇAL JUSTEN FILHO (2006, pp. 252 a 255), reconhece a preclusão administrativa, mas não a coisa julgada material nessa esfera. Reconhece os três tipos clássicos de preclusão, quais sejam a temporal, a consumativa e a lógica. Quanto à coisa julgada material, argumenta que existem limites à competência da administração pública rever seus atos, porém não de forma absoluta. Encerrado o processo administrativo, as decisões nele exaradas podem não se sujeitar a revisão nele mesmo, mas não em outro. Também, um fato que foi julgado no passado não fica infenso a novo julgamento ao se renovar no futuro.

3.9. Coisa julgada na arbitragem

A Lei 9.307, Lei da Arbitragem, dispõe, em seu artigo 31, que a sentença arbitral tem o mesmo valor da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, seja entre as partes e seus sucessores e constitui título executivo quando condenatória³⁴, atraindo valor jurisdicional para o ato do árbitro.

A mesma Lei, em seu artigo 18, estabelece que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”, confirmando o mencionado valor jurisdicional.

O artigo 33 da citada Lei faculta à parte interessada pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da **nulidade da sentença arbitral nos casos previstos no artigo 32**, os quais são por alguns doutrinadores considerados *numerus clausus* e por outros como lista exemplificativa. As previsões são as abaixo transcritas:

Art. 32 – É nula a sentença arbitral se:

- I – for nulo o compromisso arbitral;
- II – emanou de quem não podia ser árbitro;
- III – não contiver os requisitos do art. 26³⁵ desta Lei;
- IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12³⁶, inciso III, desta Lei; e

³⁴ Art. 31 A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

³⁵ Art. 26 São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio; II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

³⁶ Art. 12 Extingue-se o compromisso arbitral: I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto; II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21³⁷ § 2º desta Lei.

Como consigna a Lei, a sentença arbitral se submete à validade do compromisso arbitral. É o compromisso arbitral que autoriza a realização do julgamento arbitral e faz do árbitro juiz de fato e de direito. É seu antecedente lógico, que se nulo invalida o que nele se estriba, que é a sentença arbitral. Este é, por exemplo, o caso da cláusula arbitral ser considerada abusiva e, em consequência nula, no contrato de adesão consumerista (CRETELLA NETO, 2009, p. 123).

Aqui estaria caracterizada uma das circunstâncias em que a sentença do Poder Judiciário não faz coisa julgada por ser tida como inexistente. Ocorre, pois, uma situação similar em que a sentença judicial não deve permanecer no mundo jurídico, devendo igualmente a sentença arbitral carecer de validade.

Também é causa de nulidade o fato de a sentença ser proferida por quem não podia ser árbitro. A lei de arbitragem, em seu artigo 13, define quem pode ser árbitro, exigindo que seja capaz e tenha a confiança das partes. Naturalmente a capacidade a que a Lei se refere é a capacidade civil como definida no Código Civil. A confiança é elemento subjetivo que só as partes podem acatar ou refutar (CRETELLA NETO, 2009, p. 123).

Este tipo sentença deve ser tido por inexistente, já que proferida por quem não se revestia da capacidade de ser árbitro sendo seu afastamento do mundo jurídico necessário, pois, não está apta a fazer coisa julgada, como também ocorreria com a sentença judicial que não proviesse de membro da justiça estatal.

³⁷ Art. 21 A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Já, o artigo 14 da mesma Lei estabelece os impedimentos ao exercício da arbitragem que são os que o Código de Processo Civil caracteriza como suspeição ou impedimento dos juízes togados. O impedimento é caso de ação rescisória de decisões judiciais, conforme define o art. 485, inciso II do CPC. No Poder Judiciário a suspeição está sujeita à preclusão. CRETELLA NETO (2009, p. 124) entende que, também na arbitragem ocorreria a preclusão caso a suspeição não seja oportunamente argüida. Porém, a Lei 9.307 considera passível de declaração de nulidade pelo Poder Judiciário a sentença proferida por árbitro suspeito, o que só pode ser apreciado após a conclusão do julgamento arbitral, afastando a possibilidade de preclusão da suspeição não argüida antes da sentença.

Os requisitos definidos como obrigatórios no artigo 26 da Lei 9.307 (relatório, fundamentos e dispositivo), se ausentes da sentença, também, a tornam nula. A fundamentação é garantia constitucional das partes que recebem a sentença, sendo sua ausência causa de anulação da decisão. O dispositivo também não pode estar ausente, pois, que sem ele não há decisão. São requisitos exigidos igualmente para a validade da sentença judicial, o que os tornam exigências mínimas para equiparar os atos arbitrais e jurisdicionais.

Já, o relatório, entende CRETELLA NETO (2009, p. 124), defendendo o princípio da instrumentalidade das formas, poderia ser dispensado sem prejuízo da decisão arbitral. Contudo, como requisito legal obrigatório, sua ausência é passível de ação de anulação da sentença arbitral, cabendo ao Poder Judiciário avaliar sua dispensabilidade ou não.

A sentença arbitral proferida fora dos limites da convenção de arbitragem é, conforme definido na Lei, motivo de anulação. Há doutrinadores, como Irineu Strenger³⁸, apud CRETELLA NETO (2009, p. 125) que consideram como nula a sentença que contenha julgamento *extra petita*, *citra petita* ou *ultra petita*. CRETELLA NETO (2009, p. 125) entende como fora dos limites somente a sentença que contrariar frontalmente o compromisso arbitral.

³⁸ Irineu Strenger, foi professor titular, a partir de 1971, de Direito Internacional Privado e de Comércio Internacional da FD da USP, tendo defendido tese sobre "Regime jurídico da reparação do dano em direito internacional privado". Ministrou curso na Academia de Direito Internacional da Haia em 1991 sobre a noção de *lex mercatoria* em direito do comércio internacional (Recueil des Cours, v. 227) e orientou os Professores Hermes Marcelo Huck e Paulo Borba Casella em suas teses de doutorado.

Nesse caso, temos, novamente um paralelo com as sentenças que Tereza Arruda Alvim Wambier considera inexistente e sem capacidade de transitar em julgado, sendo, sem dúvida, causa justificadora de nulidade da parte excedente da convenção de arbitral.

Pode ser pedida a nulidade da sentença que não decidir todo o litígio. Essa previsão de nulidade não parece ser a providência mais adequada, posto que existem os “embargos de declaração” na arbitragem a permitir a complementação da julgamento. Além disso, em razão do que dispõe o artigo 33 da mesma Lei, cabe ao membro do Poder Judiciário determinar ao árbitro a realização de novo julgamento, incorretamente grafado como “novo laudo”. A providência de complementação da decisão em resposta a “embargos de declaração” encontra paralelo nas normas processuais do Poder Judiciário, enquanto a nulidade não guarda com elas, nesse particular, qualquer correlação (CRETELLA NETO, 2009, p. 126).

É, ainda, nula a sentença proferida mediante prevaricação, concussão ou corrupção passiva. Essas são circunstâncias tipificadas como crime no Código Penal, e constituem fundamentos da ação rescisória no processo judicial como definido no artigo 485, inciso I, do CPC³⁹. Portanto, não poderiam deixar de caracterizar nulidade da sentença arbitral (CRETELLA NETO, 2009, p. 126).

A expiração do prazo para conclusão do julgamento arbitral é mais um motivo de argüição de nulidade da sentença. A expiração do prazo para a conclusão do julgamento arbitral implica extinção do compromisso arbitral, observadas as notificações definidas na Lei, devendo, pois, resultar a nulidade da sentença proferida em tal situação já que extinto seu antecedente necessário que é o compromisso arbitral (CRETELLA NETO, 2009, p. 127). Também nessa situação, a sentença deve ser considerada inexistente como aquelas judiciais que não podem fazer coisa julgada.

E, por fim, é causa de nulidade da sentença arbitral a violação dos princípios que deverão ser sempre respeitados de acordo com a Lei 9.307, quais sejam, o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento. Esses princípios

³⁹ Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

são constitucionalmente definidos para a jurisdição estatal, sendo o seu descumprimento motivo para anulação das sentenças judiciais. Assim, sua observância na arbitragem é fundamental para conferir-lhe o selo da jurisdição (CRETELLA NETO, 2009, p. 127).

Esse tipo de sentença pode ser considerada como afronta a preceito constitucional equivalente à coisa julgada inconstitucional que deve ser afastada do mundo jurídico para não perpetuar o injusto em nome da segurança jurídica.

Como amplamente exposto, quase todos os motivos que autorizam a arguição de nulidade da sentença arbitral encontram paralelo nas normas processuais para impugnação da sentença proferida pelo do Poder Judiciário e na própria doutrina sobre a existência ou inexistência da sentença e a autoridade de coisa julgada de que possa se revestir. Entretanto, o fundamento mais genérico para o recurso de apelação, o inominado, ou o ordinário, que é a irresignação do sucumbente, não pode ser invocado para buscar a reforma da sentença arbitral.

Não sendo, pois, possível a interposição de recurso da sentença arbitral e sendo ela título executivo judicial, a teor do disposto no artigo 475-N, inciso IV, inexistentes ou vencidas as causas de nulidade anteriormente discutidas, o dispositivo da sentença arbitral transita em julgado. Ou seja, não pode mais ser objeto de discussão em outro juízo arbitral ou junto ao poder judiciário.

Relativamente às mudanças anunciadas no Código de Processo Civil sobre o instituto da coisa julgada, não parece haver projeção de seus impactos no procedimento arbitral. Hoje, os incidentes processuais sobre direitos indisponíveis já são decididas pelo Poder Judiciário em ação declaratória que, naturalmente, já faz coisa julgada. Todos os atos praticados pelo árbitro como juiz de fato e de direito e consubstanciados na sentença transitam em julgado não cabendo recurso ao poder judiciário.

Prolatada a sentença, se não houver cumprimento voluntário de seu dispositivo, o passo seguinte é a execução como **título executivo judicial** como prevê o Código de Processo Civil com observância de seus artigos 475-N⁴⁰, parágrafo único, e 475-

⁴⁰ Parágrafo único. Nos casos dos incisos II, IV e VI, o mandado inicial (art. 475-J) incluirá a ordem de citação do devedor, no juízo cível, para liquidação ou execução, conforme o caso.

J⁴¹, quanto à forma de citação e conseqüências do não cumprimento das determinações judiciais.

Esse é também o entendimento de Carlos Alberto Carmona (1998, pp. 38 e 39) que considera como jurisdicional a função do árbitro, aplicando-se a proibição de voltar-se a discutir a sentença de mérito irrecorrível em ação futura judicial ou arbitral.

À sentença arbitral se aplicam totalmente os efeitos objetivos da coisa julgada, tornando-a imutável pelo árbitro ou mesmo por um juiz togado. Mas, ela não se investe integralmente dos efeitos subjetivos, pois, se restringe às partes contratantes da cláusula compromissória, não se estendendo a terceiros em nenhuma hipótese.

Mas, sua validade ultrapassa a da coisa julgada administrativa que não obsta nova apreciação na esfera judicial em nenhuma circunstância ou, até mesmo na administrativa como ensina Justen,

A sentença arbitral se investe de imutabilidade junto aos órgãos do Poder Judiciário e não pode ser objeto de nova demanda que envolva as mesmas partes, sob o mesmo fundamento e com semelhante pedido, mas não de indiscutibilidade, já que outras partes podem livremente propor semelhantes causas aos órgãos jurisdicionais públicos.

Também, como ressaltado em relação à sentença prolatada pelo poder judiciário, as partes podem, mediante a celebração de ato jurídico, modificar os efeitos da sentença, mas não promover novo ato arbitral ou judicial com o propósito de rediscutir o seu conteúdo.

Portanto, a sentença arbitral faz coisa julgada material com as limitações que lhe são próprias, porém, nesses aspectos, tão solidamente como a sentença judicial.

⁴¹ Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação.

CONCLUSÃO

A justiça privada constitui uma virtude que, se praticada em sua plenitude, resultaria na inexistência de conflitos intersubjetivos, tornando desnecessária a jurisdição de qualquer natureza, quer estatal, quer privada. Em tais circunstâncias, todos viveriam felizes por terem suas necessidades satisfatoriamente atendidas e seus direitos convenientemente respeitados.

A sociedade moderna desfruta de uma prática da justiça privada bem mais significativa do que em tempos idos, o que favorece a convivência entre seres e povos dentro de parâmetros que se podem definir como civilização.

Contudo, ainda persistem importantes quantidades de conflitos intersubjetivos de interesses a resultar no elevado volume de demandas dirigidas ao Poder Judiciário em busca da tutela jurisdicional.

A incontestável sobrecarga da exigência de manifestação do poder judiciário, em grande parte para a solução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, requer a busca de soluções capazes de garantir a efetividade do desfrute dos direitos sociais de forma efetiva e tempestiva.

Esse intento pode ser claramente observado na implantação de juizados especiais, que, adotando procedimentos mais simples, econômicos e ágeis deveriam assegurar acesso à justiça a maior número de cidadãos.

Também, insere-se nesse esforço de distribuir justiça e mirar em seu objeto maior, a paz social, a modernização da arbitragem regulada pela Lei 9.307/96, que contempla a materialização da jurisdição privada.

Essa realidade está demonstrada de forma clara em aspectos muito relevantes como, por exemplo, a autoridade da cláusula compromissória que afasta a competência do Poder Judiciário para julgar conflitos decorrentes de contratos em que as partes elegeram a solução arbitral.

Outro aspecto muito significativo para orientar a vocação jurisdicional da arbitragem é a definição do árbitro como juiz de fato e de direito nos casos que lhe são submetidos de conformidade com a lei.

Igual importância atribuída ao exercício da atividade arbitral é a equiparação do árbitro aos servidores públicos para efeitos penais, quando no exercício das funções que a Lei 9.307 lhe confere.

A forma obrigatória imposta à sentença arbitral, com os mesmos requisitos de validade da sentença do Poder Judiciário para lhe conferir autoridade estabelece um paralelo perfeito entre a decisão arbitral e a judicial.

Da mesma forma, a autoridade atribuída à sentença arbitral de título executivo judicial irrecurável importa o reconhecimento da atividade que lhe dá origem como ato publicamente reconhecido e resguardado, equiparando seu valor aos pronunciamentos definitivos do Poder Judiciário.

Outro aspecto que equipara a função arbitral à função jurisdicional estatal são os princípios obrigatórios que necessitam ser observados na arbitragem como o contraditório a ampla defesa e o livre convencimento do árbitro.

Também visa conferir o selo do valor jurisdicional à ação arbitral a observância das causas de impedimento e suspeição dos membros do poder judiciário para efeito de reconhecimento de validade ou decretação da nulidade da sentença arbitral.

E, ainda, a atribuição de parte dos poderes com que conta o juiz togado ao árbitro, como *notio*, o *vocatio* e o *iudicium*, confere à arbitragem o valor de jurisdição, mesmo requerendo a participação do membro do poder judiciário para o exercício do *coertio e executio*, o que se dá, segundo CARMONA (1999, p. 264), em condição de coordenação e não subordinação.

O respeito à cláusula compromissória imposto ao Poder Judiciário pela Lei de arbitragem, determinando a extinção do processo sem resolução de mérito, é um importante indicativo sobre o valor jurisdicional da opção arbitral.

O mesmo ocorre com a autonomia da cláusula compromissória, que não se extingue nem mesmo com a nulidade do contrato onde inserida ou ao qual se refira, e a competência do árbitro para julgar a validade tanto do contrato como da cláusula arbitral, inclusive de ofício.

Um outro aspecto de grande relevância para reconhecimento do valor jurisdicional da arbitragem é a definição constante da Lei de concessão e permissão de serviços públicos ao submeter contratos administrativos à solução arbitral impondo ao Estado o dever de acatá-la sem recurso, caso não haja causa de nulidade.

Essa previsão demonstra que a arbitragem não é mera justiça privada praticada no âmbito do direito privado e em relações que envolvam exclusivamente pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, mas o verdadeiro exercício da jurisdição por agente privado nas estritas condições reguladas em lei e com as mesmas prerrogativas da jurisdição estatal.

Trata-se, pois, de verdadeira privatização da jurisdição capaz de contribuir de maneira efetiva com a prestação da tutela jurisdicional garantida pela Constituição Federal, sem conflito ou importância menor, agilizando a solução das controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, que conforme discutido no **capítulo 1** não são só os que uma rápida análise sugere, podendo compreender direitos trabalhistas, consumeristas, de família e até contratos administrativos.

Uma efetiva colaboração com a Justiça poderia dar-se com o credenciamento de instituições arbitrais de comprovada contribuição para a atividade jurisdicional junto aos órgãos do Poder Judiciário para servirem de alternativa no momento do ajuizamento da ação, com esclarecimento sobre a forma de funcionamento da solução arbitral e suas possíveis vantagens em cada caso específico.

Com essas conclusões pretende-se colaborar com a administração da justiça no País, oferecendo elementos de convicção sobre a natureza jurídica dessa importante alternativa jurisdicional já existente, mas tão pouco conhecida e utilizada, que é capaz de oferecer importante contribuição para a paz social, abreviando a solução dos conflitos, e a

dinamização das relações econômicas eliminando tensões promovidas por questões não resolvidas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Diego; KHODR, Carolina. CNJ: processos demais, magistrados de menos, Correio Braziliense, Brasília, 15 set. 2010, Caderno Brasil.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo, 11ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. FGTS. MOVIMENTAÇÃO DA CONTA PELO EMPREGADO. DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA HOMOLOGADA POR SENTENÇA ARBITRAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES (RESP.707.043/BA, RESP. 676.352/BA, RESP. 675.094/BA E RESP. 706.899). (...). 11 de outubro de 2005. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=778154&b=ACOR. Acesso em 09.09.2010

_____. Lei 9.307, de 23.09.1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 04.09.2010

CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo – um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe, Instituições de direito processual civil. v. 1. Campinas: Bookseller, 1998

CRETELLA NETO, José. Curso de arbitragem, 2ª ed., Campinas: Millenium, 2009

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem (legislação nacional e estrangeira) e o monopólio jurisdicional. São Paulo: Ltr, 1999

FISS, Owen. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade/Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL - <http://elibrary-data.imf.org/DataReport.aspx?c=1449311&d=33060&e=161868> – acesso em 25.08.2011

GOMES, Orlando. Contratos, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MANDELBAUM, Renata. Contrato de adesão e contratos de consumo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

MESQUITA, José Inácio Botelho de. A Coisa Julgada, Rio de Janeiro: Forense, 2004

PELLEGRINI GRINOVER, Ada ..(et. al.). Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao Código de Processo Civil. Atualiza pelo Prof. Sergio Bermudez. v. 5, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998

SANTOS, Cristiane Chaves. Ações coletivas & coisa julgada. Curitiba: Juruá. 2004

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. Manual de arbitragem. 3ª edição revista e atualizada. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil, v. I, 49ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2008

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003