

ARBITRAGEM

A arbitragem é um acordo de vontades, celebrando entre pessoas capazes que, preferindo não se submeter à decisão judicial, confiam a árbitros a solução de litígios, desde que relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Não se confunde com a transação, em que a solução do conflito de interesses é dada pelos próprios envolvidos, mediante concessões recíprocas. Na arbitragem, a solução é confiada a um terceiro, que não o Estado-juiz.

O artigo 1º da Lei nº 9.307 de 1996 restringe a arbitragem aos litígios que versem sobre direito patrimonial disponível, isto é, aqueles que podem ser objeto de transação entre os interessados. As questões que envolvam o estado e a capacidade das pessoas, os direitos da personalidade, alimentos e falência, terão de ser submetidas à jurisdição estatal. Também não se poderá empregar a arbitragem nas matérias que se submetam à jurisdição voluntária, que é administração e fiscalização pública de interesses privados.

Não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque a arbitragem é estabelecida previamente à lide que poderá existir entre os interesses.

Não se pode considerá-la, portanto, um juízo de exceção, com a finalidade de apreciar uma demanda específica.

Ao instituí-la, os interessados podem convencionar que ela seja de direito ou de igualdade. Em ambos os casos, o árbitro poderá ser pessoa livremente escolhida pelas partes, que nela depositem sua confiança. Não há necessidade de que ele seja advogado ou pessoa militante e graduado em direito.

A arbitragem deve solucionar o litígio com base nas normas legais, não se admitindo julgamento contrário à lei.

Quando de equidade, o árbitro buscará a solução que seja mais justa, ainda que ela contrarie as normas de direito.

Na ausência de indicação, podem as partes escolher, livremente, as normas de direito que deverão ser aplicadas, desde que haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Qualquer pessoa capaz que goza da confiança dos interessados poderá funcionar como árbitro. As próprias partes farão a nomeação de um ou mais, sempre em número ímpar, ou indicarão o processo de escolha. Caso o número seja par, eles estarão autorizados a nomear mais um. Quando houver pluralidade de árbitros, eles escolherão entre si o presidente do Tribunal arbitral, que será o mais velho se não houver consenso.

As causas de suspeição e impedimento dos juízes aplicam-se a eles, e sendo o procedimento para a recusa fundada em impedimento ou suspeição vem previsto nos artigos 14 e 15 da Lei. Está previsto também o procedimento para a substituição do árbitro, caso ele recuse aceitar a nomeação ou venha a falecer (artigo 16).

A sentença proferida pelo árbitro vale com título executivo judicial e põe fim ao litígio, não ficando sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.

Dois são as maneiras pelas quais as partes interessadas podem instituir o juízo arbitral; a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória é a relação pela qual as partes comprometem-se a submeter à arbitragem as questões que possam vir a surgir relativamente a determinado contrato.

É um acordo pelo qual as partes obrigam-se a, buscar a solução instituindo a arbitragem.

Há promessa recíproca de que, surgindo o conflito, será instituído o compromisso arbitral para a solução.

O que a caracteriza é que, os contratantes vendo a possibilidade de, no curso do contrato, surgirem conflitos de interesses e com isso ocorrer um tempo para ser definido o problema, recuem então para o árbitro, onde a solução é resolvida com mais rapidez.

Já o compromisso arbitral é o pacto pelo qual as partes já se manifestaram, e as partes convencionam que a solução seja dada pelo árbitro.

A cláusula compromissória deve ser obedecida a forma escrita, mas não se exige que ela esteja no contrato, podendo vir pactuada em documento apartado.

Aquele que quiser dar início à arbitragem manifestará sua intenção à parte contrária, por via postal ou qualquer outro meio de comunicação,

mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local determinados, firmar o compromisso. O não-comparecimento ou a recusa do outro contratante autorizará a parte interessada a ingressar em juízo, requerendo a citação da outra parte para comparecer à audiência, que o juiz designará especialmente para que seja lavrado o compromisso.

Nessa audiência, o juiz primeiro tentará o acordo entre as partes para pôr fim ao litígio. Se não for possível, buscará conduzir as partes à celebração do compromisso.

Frustrada a solução consensual, o juiz, na própria audiência ou em dez dias, decidirá, após ouvir o réu, sobre o conteúdo do compromisso arbitral, observando o disposto na cláusula compromissória e nos artigos 10 e 21, # 2º, da Lei.

Na sentença, o juiz decidirá sobre o arbitro, se as partes já não o tiverem nomeado no compromisso.

A ausência injustificada do autor na audiência inicial implicará a extinção do processo. Já a sentença que acolher o pedido valerá como compromisso arbitral, podendo ser impugnada por apelação.

Como já dito, se salientou, a cláusula compromissória é um pacto pelo qual os interesses comprometem-se a, havendo litígio, instituir o compromisso arbitral.

Quando o litígio já existe e as partes quiserem atribuir a um árbitro a decisão, desde logo será instituído o compromisso arbitral, que poderá ser judicial ou extrajudicial. O primeiro celebrado por termo nos autos, perante o juízo ou Tribunal onde ela ocorre. O segundo será celebrado por instrumento público ou particular firmado por duas testemunhas.

Quando há convenção de arbitragem e uma das partes recorre ao Judiciário, a outra deverá argüir a sua existência como preliminar em contestação (artigo 301, inciso IX). A falta de alegação impedirá que o juiz a conheça de ofício. A existência de convenção de arbitragem constitui, portanto, exceção processual em sentido escrito, não podendo ser conhecida se não depois de alegada pelo interessado (Código de Processo Civil, artigo 301, parágrafo 4º).

Desde o instante em que o árbitro aceita a nomeação, está instituída a arbitragem. Será observado o procedimento estabelecido na convenção, pelas próprias partes.

Se não houver estipulação a respeito, caberá ao árbitro ou Tribunal arbitral disciplinar o procedimento, respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento.

Não há necessidade de que as partes constituam advogado para representá-las. Nada impede, porém, que elas o façam se assim desejarem.

O árbitro poderá colher o depoimento pessoal das partes, ouvirem testemunhas a realização de perícia, a requerimento das partes ou de ofício. Atribui-se, portanto, a ele os mesmos poderes instrutórios que tem o juiz no procedimento jurisdicional (Código de Processo Civil, artigo 130).

Sempre que, no curso da arbitragem, houver necessidade de alguma medida cautelar, o árbitro poderá solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar a causa.

A arbitragem encerra-se com a prolação de uma sentença, tomada por maioria quando forem vários os árbitros. Caso haja empate, prevalecerá o voto do presidente do Tribunal arbitral.

A sentença será proferida no prazo estabelecido na convenção ou, não havendo prazo fixado, em seis meses, decidindo ainda acerca das custas e despesas com a arbitragem.

As partes são intimadas do teor da decisão por via postal, ou qualquer outro meio de comunicação, com aviso de recebimento, passando a correr o prazo de cinco dias para solicitar aos árbitros que corrijam erro material ou esclareçam dúvida, ou contradição ou pronunciem-se sobre ponto que foi omitido.

A sentença arbitral não está sujeita o recurso nem depende de homologação judicial, produzindo entre as partes o mesmo efeito que produziria a sentença judicial.

É uma ciência que só encontrou os seus princípios, as suas regras, os seus postulados no início do século e quanto mais avança, quanto mais se aperfeiçoa como ciência, quanto mais esses postulados científicos se tornam sólidos, mais ele tem se afastado do cidadão. A missão do processo dentro do ordenamento jurídico é o acesso para que o cidadão consiga a estabilização do direito quanto conflitado. Através de regras postas pelo direito material.

Em face da transformação pela qual passa o Estado, em face dos problemas que estão circundando a entrega da prestação jurisdicional. A grande preocupação de se encontrar meios para facilitar o acesso do cidadão à Justiça, a improdutividade, a ineficiência, a ineficácia, a inafetividade de inúmeras regras processuais. E essa realidade está determinando obstáculos cada vez maiores para que o cidadão a que o processo se destina, tenha que vencer imensas dificuldades para Ter o acesso à Justiça.

Hoje, prestigiamos a criação de instrumentos processuais que permitam proteger de modo eficaz e efetivo, os interesses coletivos.

Conceito de acesso à Justiça era um conceito rigorosa e absolutamente formal. Se entender que o cidadão, para ter acesso à Justiça, tem necessidade unicamente de cumprir aquelas regras impostas pelo Código Processual Civil. Isso só bastaria. Seria o suficiente. Hoje, o conceito é muito mais largo. O conceito não é esse, mas o de que as portas da Justiça devem ser alargadas, não somente através do sistema formal, mas também de sistemas informais para que o cidadão, de um modo ou de outro, tenha acesso. Investe-se hoje facilitar às classes menos favorecidas como direito da cidadania, fazendo com que essas classes paguem menos custas processuais e honorárias advocatícios.

Em soluções reais, para evitar a demora da solução do litígio ou do tempo, que contribuem para aumentar a discórdia entre as partes.

Entender o grau potencializado de influência possuído pelos litigantes de melhor condição financeira, e que exercido no curso da demanda em prejuízo de uma decisão mais aproximada do justo. O litigante com maior condição financeira tem condições de influir na solução da demanda. São realidades que nós não podemos obscurecer. E se ele tem essa condição, é lógica que aquela solução encontrada não será a mais justa. Ocorre que elas são tão fortes, se

repetem tantas vezes, que se transformam em regras e passa a ser exceção, no caso, a situação contrária.

O reconhecimento não pode fugir dessa realidade, de que é muito baixo o nível cultural, o nível de conhecimento do autor e réu, com relação ao processo que se desenvolve em juízo, e os efeitos da recuperação que a sentença terá na relação jurídica discutida.

O cidadão que tem litígio em juízo, ele não está preocupado com o juiz natural, ele não está preocupado com a independência do juiz em bem decidir. Ele quer apenas saber se aquele pedido que ele fez foi procedente ou improcedente, ele está preocupado tão somente se ganhou ou perdeu a causa.

Temos que rever os conceitos de juiz natural, conceitos a respeito da manifestação da parte vir a juízo e pensar no cidadão. Temos que criar outras formas que abram o mercado de trabalho para o advogado, essa chamada profissão da cidadania, a única profissão que defende a cidadania em todos os seus graus e que ele se aproxime também do advogado. Que o advogado não cometa o erro que o Poder Judiciário vem cometendo através dos tempos, de se transformar num poder elitista. Que o advogado não cometa o pecado que nós temos cometido, não somente nas Faculdades de Direito e no exercício das atribuições do Poder Judiciário, de só pensarmos nas elites, nos esquecendo do povo, nos esquecendo do cidadão.

O problema hoje das súmulas, especialmente das súmulas vinculantes, é mais uma questão de política processual em benefício do cidadão do que se colocar em termos de ciência. Temos que pensar de modo que o Direito sirva ao cidadão e não o Direito servindo ao juiz, ao advogado, às elites, às classes dominantes.

Seabra Fagundes dizia: cabe ao juiz, ao jurista, ao advogado, ao procurador, enfim, a todos os operadores do Direito, não se bandearem para o Direito alternativo porque causa desordem, não se bandearem para o juízo da democracia com excesso porque é uma ditadura muito mais forte.

Para tornar efetivo o acesso do cidadão à Justiça. Temos hoje novos instrumentos. Por exemplo: ação civil pública, a ação popular, embora pouco usada; a chamada ação civil coletiva; o mandado de segurança coletivo; o artigo 273 do Código Processual Civil sobre os efeitos da tutela antecipada. A reação que está existindo a respeito dos efeitos da tutela antecipada, a reação

de segmentos vinculados, comprometidos com situações que só resultam em dificultar o acesso do cidadão à Justiça.

Hoje, a criação dos juizados informais; desenvolver a tese dos juizados especiais, a fim de não se permitir essa tentativa de cada vez mais afastar o advogado das demandas. Sabem os senhores que até 20 salários mínimos não é obrigatória a presença dos senhores na demanda, esse afastamento foi construído por provocação da conduta dos próprios advogados. Não criaram sistemas de fazer com que ele estivesse presente em todos os momentos processuais, em todo tipo de litígio. O sistema de o advogado defender o cidadão no Brasil é um sistema elitista.

Há de se transformar urgentemente o Poder Judiciário, sob pena de ele falir como estão falindo outras instituições. Porque a falência da instituição não é o fato dela deixar de existir, mas o fato de ser ineficiente, numa falência maior.

O juiz, o advogado, o promotor, o operador de Direito do final do século XX e do início do século XXI, devem ser o que a sociedade está exigindo que eles sejam e não aquilo que nós queremos que nós sejamos. Nunca devem se apresentar como sendo elementos transportadores da vontade dominante do Estado, mas sim da vontade do cidadão. A sua atuação deve ser sintonia com o que é igualmente justo e o que é almejado pelo cidadão. A nossa obrigação é chegar aos anseios do cidadão. Antes de serem escravos da lei, devem se súditos fiéis da cidadania, da verdade, da paz, da harmonia entre os homens, mensageiros capazes de impor uma estabilidade social e de alegrar o coração do homem. Vejam que nós levamos é tristeza a coração do homem, nós levamos é angústia com a demora do processo. Nós só alegramos uma parte, quando ela vence. E às vezes tempo é tão cruel que mesmo ela vitoriosa não sente alegria pelos transtornos que passou para conseguir aquela vitória. Temos que alegrar o coração do homem sofrido pela violação constante que nos estamos cometendo ao direito da cidadania.

A participação popular na administração da justiça e a participação popular mediante a justiça são as duas facetas pelas quais se concretiza no processo a moderna democracia participativa. A participação na administração da justiça, ou seja, no próprio exercício da jurisdição, representa, como bem disse Vittorio Denti, instrumento de garantia, de controle e de transformação; e

responde à exigência de legitimação democrática do exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica, segundo salienta Mauro Cappelletti.

A participação mediante a justiça a própria utilização do instrumento processo como veículo de participação democrática.

De modo que a questão de acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, se insere no quadro de democracia participativa, por intermédio da participação popular pelo processo.

Os pequenos conflitos, não levados à justiça, seja pela irrelevância econômica, seja pela estrutura formalista do processo clássico, a ser julgado por tribunais sobrecarregados, não afetos às pequenas causas. O que, só serve para aumentar a distância entre o povo e a justiça, a insatisfação social e o desprestígio do Poder Judiciário e contribuindo para o incremento do fenômeno da litigiosidade.

Não há dúvidas de que a construção brasileira em torno dos processos coletivos derrubou muitos dogmas.

A mentalidade renovada com que o legislador brasileiro soube atuar às portas do ano 2000 ainda não basta. As leis, por si só, e por mais avançadas que sejam não são suficientes. Devem ser vivificadas pela prática de todos os dias, devem ser aceitas e aplicadas pelo corpo social em geral e pelos operadores do direito em particular, devem encontrar seu banco de prova na jurisprudência.

E é justamente aqui que surgem as primeiras dificuldades. A aplicação correta da lei também depende de uma nova postura. É preciso que o operador do direito o advogado, o membro do MP, o juiz se aproxime dos dispositivos legais e os interprete com o mesmo espírito aberto com que foram eles cunhados. É preciso quebrar resistências, incentivar a mudança de mentalidades (nas Faculdades, nas Escolas de Advocacia, do Ministério Público, da Magistratura), manterem os olhos postos na nova realidade, não incidir no fácil erro de interpretar a lei segundo princípios superados. Algumas distorções surgem como inevitáveis: o importante é lutar para preservar o verdadeiro sentido da lei.

JURISDIÇÃO

A jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano. A doutrina, porém, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em espécies de jurisdição, como se esta comportasse classificação em categorias.

A jurisdição se classifica nas seguintes espécies:

- (a) pelo critério do seu objeto, jurisdição penal ou civil;
- (b) pelo critério dos organismos judiciários que a exercem, especial ou comum;
- (c) pelo critério da posição hierárquica dos órgãos dotados dela, superior ou inferior;
- (d) pelo critério da fonte do direito com base no qual é proferido o julgamento, jurisdição de direito ou de equidade.

Em todo processo as atividades jurisdicionais exercidas têm por objeto uma pretensão. Essa pretensão, porém, varia de natureza, conforme o direito objetivo material em que se fundamenta.

Com base nisso, é comum dividir-se o exercício da jurisdição entre os juízes de determinado país, dando a uns a competência para apreciar as pretensões de natureza penal e a outros as demais.

A constituição instituiu vários organismos judiciários, cada um deles constituindo uma unidade administrativa autônoma e recebendo da própria Lei Maior os limites de sua competência. Trata-se da Justiça Federal (comum), da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho, das Justiças dos Estados (permite-se também que as unidades federadas instituem as suas Justiças Militares Estaduais). E a doutrina costuma, levando em conta as regras de competência estabelecidas na própria Constituição, distinguir entre "Justiças" que exercem jurisdição especial e justiças que exercem jurisdição comum.

Há circunstâncias em que os atos processuais realizados perante uma justiça são aproveitados em outra, o que é muito natural: a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano que o Estado exerce, é uma só, e não haveria razões para que uma justiça não considerasse o que outra tivesse feito.

É da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes, aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar suas razões e tentar outra vez o ganho de causa. Assim chama-se jurisdição inferior aquela exercida pelos juízes que ordinariamente

conhecem do processo desde o seu início: trata-se, na Justiça Estadual, dos juízes de direito das comarcas distribuídas por todo Estado. E chama-se jurisdição superior a exercida pelos órgãos a que cabem os recursos contra decisões proferidas pelos juízes inferiores.

Decidir por equidade significa a decidir sem as limitações impostas pela precisa regulamentação legal; deixando uma folga para a individualização da norma através dos órgãos judiciários.

Quem dita os limites internacionais da jurisdição de cada Estado são as normas desse mesmo Estado, tendo em conta principalmente duas ponderações ditadas pela experiência e pela necessidade de coexistência com outros estados soberanos:

- (a) a conveniência (excluem-se os conflitos irrelevantes para o Estado, porque o que lhe interessa, afinal, é a pacificação no seio da sua própria convivência social);
- (b) a viabilidade (excluem-se os casos em que não será possível a imposição autoritativa do cumprimento da sentença).

Assim, em princípio cada Estado tem poder jurisdicional nos limites do seu território: pertencem à sua autoridade judiciária as causas que ali tenham sede.

Por respeito à soberania de outros Estados, tem sido geralmente estabelecido, em direito das gentes, que não imunes à jurisdição de um país:

- (a) os Estados estrangeiros (“par in parem non habet iudicium”);
- (b) os chefes de Estados estrangeiros;
- (c) os agentes diplomáticos.

A tendência é no sentido da ampliação das imunidades, tanto que, ultimamente, tratados e convenções as têm estendido a organismos internacionais, como é o caso da ONU; e a imunidade prevalece, ainda que se trate de atos praticados pelas embaixadas e agências comerciais.

No direito moderno, em princípio a função jurisdicional cobre toda a área dos direitos substanciais, sem que haja direitos ou categorias de direitos que não possam ser apreciados jurisdicionalmente.

Às vezes é o Estado-administração o único a decidir a respeito de eventuais conflitos, sem intervenção do Judiciário. É o que se dá nos casos de

impossibilidade de censura judicial dos atos administrativos, do ponto-de-vista da oportunidade ou conveniência.

Um casamento, por exemplo, não é de relevância apenas para os cônjuges: interessa à sociedade evitar casamento de pessoas impedidas, interessa dar publicidade aos casamentos realizados e por realizar, interessa definir a situação dos futuros filhos etc.; a constituição de uma sociedade mercantil ou de uma associação, também, não é ato que valha e influa na vida jurídica dos sócios apenas, mas fatalmente irá Ter relevância nas relações com terceiros.

O Estado ele o faz emitindo declaração de vontade, querendo o ato em si e querendo também o resultado objetivado pelas partes. Trata-se de manifesta limitação aos princípios de autonomia e liberdade que caracterizam a vida jurídico-privada dos indivíduos - limitação justificada pelo interesse social nesses atos da vida privada.

A doutrina preponderante e já tradicional diz que são funções administrativas, tanto quanto aquelas exercidas por outros órgãos (e referidas acima); não é pela mera circunstância de serem exercidas pelos juízes que tais funções haveriam de caracterizar-se como jurisdicionais. E teriam, tanto quanto a administração pública de interesses privados exercida por outros órgãos, a finalidade de formação de situações jurídicas novas.

A doutrina indica três categorias de atos de jurisdição voluntária:

- (a) atos meramente receptícios (função passiva do magistrado, como publicação de testamento particular;
- (b) atos de natureza simplesmente certificante (legalização de livros comerciais, "visto", em balanços;
- (c) atos que constituem verdadeiros pronunciados judiciais (separação amigável, interdição).

Analisando os elementos caracterizadores da jurisdição, vem a doutrina dizendo que os atos da jurisdição voluntária na realidade nada teriam de jurisdicionais, por que:

- (a) não se visa, com eles, à atuação do direito, mas à constituição de situações jurídicas novas;
- (b) não há o caráter substantivo, pois o que acontece é que o juiz se insere entre os participantes do negócio jurídico, numa intervenção necessária para a

consecução dos objetos desejados, mas sem exclusão das atividades das partes;

(c) além, disso, o objeto dessa atividade não é uma lide, como sucederia sempre com a atividade jurisdicional; não há um conflito de interesses entre duas pessoas, mas apenas um negócio, com a participação do magistrado.