

## FUNDAMENTOS, POSSIBILIDADES E LIMITES DA ARBITRAGEM

### *FUNDAMENTALS, POSSIBILITIES AND LIMITS OF ARBITRATION*

MARCO ANTÔNIO RIBEIRO TURA<sup>1</sup>

Neste trabalho apresento uma análise do sistema brasileiro de direito arbitral a partir da noção de concretização como processo dialético de aproximação entre fatos e normas, pondo em relevo aspectos lógicos, sociológicos e teleológicos e ressaltando as possibilidades e os limites da arbitragem como método adequado de solução de litígios.

**Palavras-Chaves:** arbitragem. conceito. efeitos, natureza.

In this paper, I present an analysis of the Brazilian system of arbitration law from the notion of concretization as a dialectical process of approximation between facts and norms, highlighting logical, sociological and teleological aspects and highlighting the possibilities and limits of arbitration as an appropriate solution method litigation.

**Key Words:** arbitration. concept. effects, nature.

---

<sup>1</sup> Professor de Teoria da Arbitragem e da Mediação, de Arbitragem Comercial Internacional, de Arbitragem de Investimentos Estrangeiros e de Mediação Internacional na Escola Brasileira de Direito. Pós-Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo, em cuja pós-graduação é pesquisador sênior. Doutor em Direito Internacional e Integração Econômica pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Instituições Jurídico-Políticas pela Universidade Federal de Santa Catarina. Árbitro da Competição Internacional de Arbitragem de Investimentos da Escola de Direito da Universidade Americana em Washington. Presidente do Centro Brasileiro de Litígios Econômicos (Grupo Caraíbe de Relações Internacionais e Políticas Públicas). Representante do Brasil no Comitê Global sobre Direito dos Investimentos Internacionais da International Law Association. Membro da Comissão Brasileira de Arbitragem e Mediação da International Chamber of Commerce. Advogado (1995-2005). Procurador do Ministério Público da União (2005 a 2017). Professor Visitante da Universidade de São Paulo (2009). Professor Titular da Faculdade de Administração e Economia de Santo André (2004-2012). Escritório acadêmico: Avenida Paulista, 2064, 14º andar, São Paulo, SP. CEP: 01310-928. E-mail: professor@marcotura.com.br.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O tema da resolução de litígios tem sido tratado pelos juristas teóricos e práticos das mais variadas formas. Entendo que falta uma análise dotada de maior concretude e coerência sistêmica. Por isso, a compreensão adequada do conceito, natureza e requisitos da arbitragem reclama considerações sobre a concretização do direito. Faço, isso, portanto, começando por tratar do processo de concretização em termos teóricos, para, em seguida, alcançar a sua dimensão prática. Após, abordarei os fundamentos axiológicos e deontológicos da arbitragem. Por fim, tratarei das possibilidades e dos limites no direito brasileiro para a utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de litígios.

## 2. O PROCESSO DIALÉTICO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO

A interpretação e a aplicação do direito – na medida em que aplicar pressupõe interpretar, mas interpretar, igualmente, pressupõe aplicar –, constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo de concretização do direito (GADAMER, 1998, pp. 460, 482). Interpretação e aplicação formam um único processo dialético de concretização do direito (LARENZ, 1997, p. 293). Concretizar o direito significa aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos.

Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não se confundem com fatos. Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados lingüísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação (GRAU, 1998, p. 71; MÜLLER, 1996, p. 168; ALEX, 1993, p. 50). Assim como o caso contém elementos extralingüísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos (GRAU, 1998, p. 79; MÜLLER, 1996, *passim*). E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluo que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissoluvelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos

segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência.

Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto (MELLO, 2000, p. 61; FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 183; 2001, p. 245; NEVES, 1967, p. 251). Consequências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos (VILANOVA, 1997, p. 115). A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 69).

Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 66). E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos (MONTORO, 1990, p. 8). Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indistigíveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito. Creio estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentarei sobre a substância da arbitragem como método de resolução de litígios.

## 3. OS FUNDAMENTOS VALORATIVOS E NORMATIVOS DA ARBITRAGEM

Antes de saber, contudo, do que se trata a arbitragem no direito brasileiro, alerto que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas (GRAU, 1997, pp. 57 e 122; FERRAZ JÚNIOR, 1989, pp. 118 e 127; 2001, pp. 121 e 130; CARRIÓ, 1979, p. 99). Portanto, as classes, categorias, espécies, que apresentarei a seguir são as classes, categorias, espécies, que julgo suficientes não por corresponderem a essências, fora do

tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgo adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época.

É essa precisão acerca do tempo e do espaço que nos força a observar que a arbitragem tem suas origens em um remoto passado, mas foi remodelada pela avalanche da modernidade que, embora não esgotada, vê-se contestada e criticada. As profundas transformações socioeconômicas pelas quais passa nosso mundo desde há muito, especialmente a partir de fins dos anos oitenta, trouxeram consigo o contraste à supremacia estatal, cujo poder mostrou-se inapto para a superação da ineficiência administrativa e da ineficácia decisória, ensejando movimentos de desestatização e, no limite, de desjudicialização. Nas democracias liberais, o súdito deixa de ser objeto do poder para assumir a condição de cidadão, o seu sujeito, ainda que inicialmente passivo. Nas democracias sociais, por seu turno, o cidadão torna-se ativo e agrega a qualidade de usuário. Este, o cidadão-usuário, então, destinatário de normas e atos administrativos e beneficiário de serviços, obras e bens públicos, portador de um amplo catálogo de direitos e reclamando constante acesso aos meios de sua realização, amplia ainda mais as dificuldades de atendimento de demandas pelos poderes políticos em sua formatação tradicional, pensados para tempos diversos.

Repelindo a ideia de favor estatal, o cidadão exige qualidade no desempenho das atividades administrativas e passa a pressionar as instituições que mais proximidade guardam relação no cotidiano porque de alguma forma com presenças mais sensíveis nas relações individuais, familiares e empresariais. De todo incompatível com esse reclamo social a permanência da figura de um órgão que, embora afastado da realidade vivencial, tenha o poder de decidir acerca de todos, de tudo e em quaisquer das dimensões mais específicas, mais variadas e mais dinâmicas. Percebe-se que a exigibilidade de direitos demanda a necessidade de cumprimento de deveres não apenas no âmbito do setor público como também no âmbito do setor privado. Nesse contexto, o ressurgimento da arbitragem é tradução da movimentação social no sentido de recuperar a tarefa de resolver seus litígios, tarefa formalmente subtraída com a afirmação discursiva do poder estatal de base territorial-nacional com a modernidade e que, na pós-modernidade, vem sofrendo ataques com fortes negações teóricas e práticas.

O monopólio dos legisladores sobre a produção normativa e o monopólio dos juristas sobre a sua concretização, como não poderia deixar de ser, também experimentam crises das quais só se extrai a constatação evidente da necessidade de reinvenção. A lei passa a conter cláusulas gerais, abertas, baseadas em princípios, valores ou objetivos. O jurista passa a se comunicar de maneira mais horizontal com economistas, sociólogos e psicólogos. A superação do conflito torna-se menos uma questão de correta interpretação do direito e mais uma questão de adequada compreensão do caso e de razoável duração do processo. A permanência do poder estatal exige, portanto, sua adaptação, que se opera no plano das fórmulas e no plano das práticas. Disso vem a elaboração de leis que deem conta das transformações ocorridas nas estruturas políticas, econômicas e culturais e implementem condições suficientes para a atuação não somente legalmente

legítima, mas economicamente eficiente e socialmente eficaz. Com esse cenário em mente e imbuído do espírito do nosso tempo que devemos seguir na análise normativa.

Dispõe o artigo primeiro da Lei Brasileira de Arbitragem: "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Carlos Maximiliano, clássico da hermenêutica jurídica, ensina que as palavras do legislador não se devem presumir supérfluas (MAXIMILIANO, 1988, p. 110; 2001, p. 91). Todas devem ser consideradas com igual valor, nenhuma se mostrando inútil ao intérprete. Pois bem. Fieis aos ensinamentos de Maximiliano, o que podemos dizer sobre os termos dessa construção textual? Do que nele evidente, pouco. Mas do que nele implícito, muito.

A arbitragem é um meio de heterocomposição extraestatal previsto voluntariamente pelas partes para a solução de litígios através de decisão imposta por terceiro imparcial. As características contidas no conceito permitem afastar a arbitragem dos demais meios de solução de litígios. Na autotutela há exercício potencial ou efetivo da violência. Na negociação, a presença de terceiro não é essencial e, quando ocorre, dá-se como representante de uma das partes e, pois, como sujeito parcial. Na mediação e na conciliação, o terceiro é essencial e imparcial, não impondo sua vontade, apenas facilitando a aproximação ou, quando muito, propondo uma solução. Na jurisdição, o poder impositivo decorre da soberania estatal e não da autonomia privada. A arbitragem tem como causa a vontade das partes, mas não depende dela para seus efeitos, que se impõem obrigatoriamente, por força do reconhecimento legal. Assim, vista pelo ângulo da causa, a arbitragem tem natureza contratual e, vista pelo ângulo dos efeitos, a arbitragem tem natureza jurisdicional, equivalente à sentença judicial. Aqui está o ponto mais importante para marcar as possibilidades e os limites da arbitragem: a relação entre autonomia privada e soberania estatal.

Autonomia e soberania não se confundem. Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a ideia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria possibilidades nos limites do direito (ARAGÃO, 2001, p. 16; BASTOS, 1990, p. 248; FERREIRA FILHO, 1990, p. 40). A questão, contudo, é mais complexa, já que nem a produção teórica original concebia a soberania como poder sem limites jurídicos (KRITSCH, 2002, *passim*; BARROS, 2001, *passim*).

Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.

Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da autodeterminação individual e coletiva.

Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem.

A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres.

Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembro que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembro, também, que o direito é poder (REALE, 1994). Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem lingüística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em determinados contextos históricos e culturais. Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções (GRAU, 1998, apêndice).

Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na

linguagem antiga, contudo, perdeu-se (ARAGÃO, 2001, p. 15). O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo substancialmente idêntico se encontra: a idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas.

Historicamente, essa idéia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma idéia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal idéia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de idéia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções.

Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autonomias. Há noções e tipos de autonomia que podem corresponder, em maior ou menor grau, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível (como mostrou Saussure, *apud* FIORIN, 2002; também WARAT, 1995, p. 24). Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, posso concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmei a compreensão da autonomia privada só se mostra possível na sua relação com a soberania estatal e que ambas guardam seus quadrantes no direito, evidentemente que há um fundamento constitucional da autonomia privada, evidente que a autonomia privada é fundada em norma constitucional, restando saber de qual espécie e as consequências de tal constatação.

Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras (passo ao largo da profunda, extensa e rica discussão acerca da distinção entre princípios e regras cuja produção crítica pode ser vista em: TURA, 2004; ÁVILA, 2003; GRAU, 1997; ROTHENBURG, 1999; BONAVIDES, 2000; CANOTILHO, 1999; FARIAS, 2000; ALEX, 1993; DWORKIN, 1985; DWORKIN, 1978; SANCHIS, 1992). Princípios são normas jurídicas dotadas de

altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos. Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível. Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação (SARMENTO, 2002; CANOTILHO, 1999). Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras.

#### 4. AS POSSIBILIDADES E OS LIMITES DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

Conforme essa classificação, a autonomia privada é princípio jurídico positivado ao nível constitucional, sofrendo a sorte de todos os princípios, mui especialmente o influxo de normas concorrentes (possibilidade, proporcionalidade em sentido estrito) e de fatos incidentes (necessidade e adequação, proporcionalidade em sentido amplo). Quanto à autonomia privada como fundamento da previsão da arbitragem, que permite invocar a mobilização dos meios e instrumentos da soberania estatal em sua afirmação, princípio jurídico que é, só incide se observados os requisitos objetivos, subjetivos e instrumentais a tanto, estática e dinamicamente aferidos (TURA, 2019, *passim*).

Os primeiros, os requisitos objetivos e os requisitos subjetivos, são denominados pela doutrina com a expressão "arbitrabilidade". A arbitrabilidade objetiva é a exigência de requisitos objetivamente aferíveis, admitindo a arbitragem para litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, isto é, direitos com valor econômico e que estejam no comércio, passíveis de alienação, renúncia ou transação. Efeitos econômicos de direitos não-patrimoniais e indisponíveis podem ser arbitrados. Assim, incapazes não podem convencionar a arbitragem por ausência de capacidade de contratar e seus representantes ou assistentes não o podem porque indisponíveis os seus

direitos, mesmo que versando sobre questões de conteúdo econômico, visto que a atuação do Ministério Público continua a ser obrigatória. A doutrina e a jurisprudência apontam para a indisponibilidade nas relações de trabalho e de consumo em razão das peculiaridades dos seus regimes jurídicos, admitindo-se de maneira muito restrita a arbitragem. Nas relações societárias, admite-se o direito de recesso ao acionista que discorde da inserção de cláusula arbitral no estatuto, salvo poucas exceções. Por seu turno, a administração pública pode convencionar a arbitragem desde que para direitos patrimoniais disponíveis, conceito que não alcança interesses públicos primários, veiculados em atos de império. Atos de gestão, ao contrário, que veiculam interesses públicos secundários, podem ser objeto de arbitragem porquanto patrimoniais e disponíveis.

A arbitrabilidade subjetiva é a exigência de que as partes na convenção arbitral sejam pessoas capazes de contratar, afastando, assim, as absoluta e relativamente incapazes. Os entes despersonalizados, tendo capacidade para contratar e estando autorizados, podem convencionar a arbitragem. O mandato para convencionar a arbitragem exige poderes específicos e expressos. As administrações públicas direta (pessoas políticas) e indireta (pessoas autárquicas, fundacionais e empresariais), observada as regras de competência, podem convencionar a arbitragem, desde que presentes requisitos objetivos e instrumentais, inclusive de leis especiais. Embora mais propriamente referida às partes demandantes, decorre da exigência de arbitrabilidade subjetiva também a capacidade e o confiabilidade dos árbitros.

A figura central na arbitragem é o árbitro. Como sujeito da arbitragem ao lado das partes, o árbitro em sentido próprio é sempre singular, embora o juízo arbitral em amplo sentido possa ser singular ou coletivo. Assim, o juízo arbitral em amplo sentido pode ser singular, formado por árbitro único, chamado simplesmente de juízo arbitral, ou pode ser coletivo, formado múltiplos árbitros, denominado como tribunal arbitral. Repise-se que tribunal arbitral é expressão usada para designar o juízo coletivo, portanto, o órgão arbitral judicante, sendo de todo indevido, chegando às raízes da ilegalidade, o uso da expressão para designar o órgão institucional ou a entidade especializada encarregados da administração do procedimento. Árbitro é a pessoa física que exerce a função de julgar demandas a si submetidas direta ou indiretamente pelas partes mediante convenção arbitral. Deixando para depois a análise das consequências da constatação, pode-se agora adiantar que o árbitro desempenha função de caráter público sob regime híbrido, isto é, em que incidem princípios e regras tanto de direito público quanto de direito privado. A função do árbitro aproxima-se da função desempenhada por mediadores e conciliadores na medida em que todos buscam o fundamento de validade para suas atuações na vontade das partes. O mediador e o conciliador, no entanto, são facilitadores, enquanto o árbitro, semelhantemente ao juiz, é um decisor.

Para ser árbitro, exige-se pessoa plenamente capaz e que tenha a confiança de ambas as partes. A plena capacidade é a estabelecida pela lei civil em que realizada a arbitragem, não se admitindo que seja pessoa jurídica ou pessoa física relativa ou absolutamente incapaz. Desnecessário que seja brasileiro ou que seja advogado,

ainda que a arbitragem seja de direito. Desnecessário, aliás, que tenham formação educacional ou profissional ou que pertença a quaisquer entidades acadêmicas ou organizações profissionais. Os legalmente impedidos, a exemplo dos magistrados em atividade e dos mediadores nas demandas que intervieram, não podem atuar como árbitros. O árbitro deve ser da confiança de ambas as partes, podendo ser recusados caso a desconfiança conduza a uma situação de dúvida justificável acerca das qualidades esperadas do árbitro. A confiança decorre de juízo subjetivo, mas pode respaldar-se em dados objetivos, permitindo-se que se pleiteie a substituição. Importa, porém, ressaltar que a confiança não se reporta, necessariamente, a qualquer demonstração pelo árbitro de possuir conhecimento técnico-profissional sobre a demanda ou sobre o procedimento, embora a inaptidão patente justifique contestação de sua participação.

As partes podem nomear os árbitros e seus suplentes ou delegar a nomeação para terceiros, incluindo os próprios árbitros ou órgãos arbitrais institucionais e entidades especializadas. A nomeação pode recair em um ou mais árbitros, sendo, nesse último caso, exigível que sejam em números ímpares. Nomeados árbitros em números pares, estarão autorizados a escolherem, de comum acordo, o que faltar. Se não o fizerem, devem as partes seguir o determinado na convenção arbitral, em acordo específico ou nas regras institucionais acerca da escolha do árbitro faltante e, ao final, sendo silentes, deverão requerer ao juízo estatal competente que assim o faça, por meio da ação prevista em lei. Em se tratando de arbitragem institucional, a autonomia privada deve ser respeitada, podendo as partes afastar regras que limitem a liberdade de escolha, ressalvada a possibilidade de controle exercido pela instituição. O respectivo regulamento institucional prevalecerá, caso haja impasse na escolha ou na hipótese de se tratar de arbitragem multiparte. A arbitragem pode ser entregue a um juízo arbitral singular, dito pela lei como árbitro único, ou a um juízo arbitral coletivo, nominado pela lei como tribunal. A direção do procedimento caberá ao árbitro ou ao presidente do tribunal; presidente que, além disso, tem atribuições próprias, inclusive decisórias, decorrentes da lei, permitindo-se que sejam dispostas de outra maneira por regras institucionais ou pela vontade das partes expressa na convenção ou em qualquer ajuste. Um e outro podem, se entenderem conveniente, designar pessoa para que funcione como secretário, nada impedindo que recaia a designação em um dos árbitros ou no órgão institucional ou entidade especializada encarregados da administração do procedimento. A condução do processo e o julgamento, entretanto, são responsabilidade do juízo ou tribunal, jamais do encarregado da administração do procedimento.

Os árbitros devem desempenhar suas funções de modo a respeitar a confiança que neles foi depositada pelas partes. Devem, pois, desempenhar a função com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, além de deverem, a qualquer momento, revelar fatos que possam gerar dúvida justificada acerca das exigências de imparcialidade e de independência. Não se cogita, em nenhum momento, de exigir-se do árbitro uma impossível neutralidade. O árbitro, como pessoa natural, convive e, ao conviver, interage com indivíduos e grupos,

recebendo do meio os impactos que formarão suas impressões acerca do mundo e da vida. O árbitro, então, como pessoa natural, comparecerá aos momentos da vida carregado dessas impressões. O que se exige dele, portanto, não é que seja desprovido de impressões que todos têm, mas que não deixe que essas impressões tornem seus juízos calcados em preconceitos, contrários ou favoráveis às partes em litígio, sob pena de, com isso, tornar-se parcial. Se subjetivamente o árbitro deve conduzir-se de maneira a não favorecer ou prejudicar as partes em razão de meras opiniões pessoais acerca dos litigantes ou do objeto do litígio, objetivamente exige-se mais. Objetivamente, exige-se que o árbitro seja independente. Inadmissível que mantenha vínculos pessoais ou profissionais, que traduzam proximidade com as partes, ou que tenha interesses no objeto ou em certo desfecho do litígio. O árbitro deve ser, também, competente, em sentido técnico-profissional e não científico-processual. Competência aqui, por conseguinte, não é a delimitação da jurisdição, mas a aptidão pessoal para o julgamento, qualidade pessoal do árbitro para compreensão e composição do litígio, que, por si, não exige que tenha formação jurídica. Em sua atuação, por fim, o árbitro deve atuar com diligência e discrição. Deve, assim, atuar sempre ostentar dedicação, prontidão e disposição para o processo arbitral, colocando-o em primeiro plano até que cumpra ou se desincumba do encargo. E, antes, durante ou depois do processo, o árbitro deve ser discreto, guardando sigilo sobre o caso, ainda que não haja exigência das partes quanto à confidencialidade do processo.

A semelhança entre o árbitro e o juiz fazem com que certas exigências quanto à conduta deste sejam feitas também àquele. Nesse sentido, a lei de arbitragem veda a atuação daqueles que tenham com as partes ou com o litígio algumas das relações que caracterizem casos previstos na lei processual civil como sendo hipóteses de impedimento ou suspeição aplicáveis aos juízes, decorrentes de vínculos com as partes ou interesses no objeto do litígio. Mas a imposição leva em consideração a distinção entre a função arbitral e a função judicial, exigindo-se do árbitro os deveres e responsabilidades do juiz apenas no que couber, no que lhes for compatível e possível. Evidentemente, apenas algumas daquelas hipóteses são aplicáveis, porque outras estão tão vinculadas ao exercício da judicatura que não são passíveis de aplicação ao árbitro. De outra parte, outras hipóteses, não previstas na lei processual, também podem atingir os deveres de imparcialidade e de independência do árbitro, seja por decorrência da interpretação do caso e da conduta, seja por previsão na convenção arbitral ou em regras institucionais ou em códigos de ética. A relação das hipóteses da lei processual, portanto, é meramente exemplificativa e não taxativa. Por fim, doutrinariamente entende-se que as partes, desde que plenamente cientes das circunstâncias que ensejariam o reconhecimento de impedimento ou de suspeição do árbitro, podem, livremente, aceitar que atue, desde que com equilíbrio e segundo sua consciência e convencimento. Nessa linha, o artigo da lei processual possuiria, para as partes, caráter dispositivo e não imperativo. O dever de revelação decorre da confiança depositada pelas partes no árbitro e se traduz na exigência legal, mas também ética, de que revele quaisquer fatos que denotem dúvida justificada quanto à sua imparcialidade ou quanto à sua independência. Embora decorrente do princípio

da proteção da confiança e dos deveres de imparcialidade e de independência, o dever de revelação é, na verdade, dever autônomo que tem de ser exercido ainda que se mostre, ao final, que os fatos geradores da dúvida não atingem de maneira alguma aqueles deveres e a confiança não seja abalada. Por si só, a infração ao dever de revelação desqualifica o árbitro, já importando na quebra da confiança nele depositada, apesar de nada impedir que seja desconsiderada pelas partes no desempenho de autonomia. Ressalte-se que, ao contrário do que resulta da letra da lei, o dever de revelação tem de ser exercido continuamente, não apenas antes da nomeação, mas também depois dela, durante todo o processo arbitral.

O árbitro desempenha função em que incidem princípios e regras tanto de direito público quanto de direito privado. O árbitro é sujeito que recebe por meio de ato privado autorização para exercer o poder veiculado por ato público para decidir litígios entre as partes convenientes, mediante remuneração paga e por conta e risco destas. Quer dizer que embora não tenha posição no seio da administração pública, não seja titular nem ocupante de cargo ou de emprego públicos, a autorização dada pela convenção arbitral só se operacionaliza pelo desempenho da atividade autorizada pela lei de arbitragem, à qual se atribui semelhança com uma atividade pública, a saber, com a atividade judicial. Em tudo se aproxima da figura do particular em colaboração com a administração. Nessa esteira, correta sua equiparação com os funcionários públicos porque, no sentido adotado pela legislação penal, aquele que, mesmo transitória e graciosamente, exerce função pública, sujeita-se ao regime jurídico aplicável na seara criminal, tanto passiva quanto ativamente. Assim, o árbitro pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo dos crimes que tenham a figura do funcionário público como elementar do tipo. O árbitro, então, pode ser sujeito ativo ou passivo de crimes como particular em colaboração com a administração ou sem que essa condição seja elementar do tipo. Desse modo, importante verificar se a conduta se ajusta a uma ou outra espécie de tipificação, prevalecendo a norma especial apenas caso a elementar do tipo esteja presente. O árbitro só responde civilmente por danos causados às partes em razão de erros de procedimento injustificáveis e não por erros de julgamento, salvo dolo ou fraude comprovados. Há aqui paralelo com as decisões judiciais e um esforço para preservar as decisões arbitrais que, formalmente válidas, não se submetem a controle da jurisdição estatal quanto ao seu conteúdo. Quanto à responsabilidade de instituições arbitrais, que administrem o procedimento, é possível por falha na prestação de seus serviços; discutível, porém, no que se refere aos atos praticados pelos árbitros, especialmente para casos em que não tenham vínculos com a instituição e em que haja expressa exclusão, convencional ou regulamentar, de sua responsabilidade.

Ao lado dos requisitos referentes aos sujeitos (demandantes e árbitros) e ao objeto do litígio, requisitos por assim dizer relacionais, a autonomia privada esbarra na exigência de observância de requisitos aqui denominados de instrumentais, referidos ao ato jurídico de formalização da vontade das partes quando da previsão da arbitragem. A arbitragem é formalizada por meio de convenção arbitral (ou convenção de arbitragem, nos termos usados pela lei), isto é, o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes preveem a

arbitragem como forma de solução de litígios que entre si estejam ou venham a ocorrer. Como negócio jurídico bilateral, a convenção deve apresentar elementos de existência, validade e de eficácia dos negócios jurídicos em geral e os específicos de sua categoria, dentre os quais destacam-se os requisitos de validade referentes aos sujeitos e ao objeto, já vistos quando da análise da arbitrabilidade, e os referentes ao instrumento que serão adiante analisados. Como gênero, a convenção arbitral admite duas espécies em cujas formas variam, mas não quanto aos seus efeitos. São elas: a) cláusula compromissória (nos termos da lei) ou cláusula arbitral; b) compromisso arbitral. As particularidades de ambas serão analisadas a seguir, mas desde já alerto que o critério temporal é adotado para separar uma de outra espécie de convenção, sendo a cláusula voltada ao futuro indeterminado e o compromisso, ao presente determinado.

A convenção arbitral, seja de que espécie for, possui um efeito negativo e outro efeito positivo. O efeito negativo consiste em obrigar o juízo estatal a extinguir o processo sem resolução do mérito caso seja proposta demanda e a parte contrária alegue e prove a existência de convenção arbitral sobre o objeto litigioso. O efeito positivo consiste em facultar à parte a possibilidade de demandar diretamente perante o juízo arbitral, desde que presentes todos os requisitos para a sua instituição. A convenção é, assim, pelas mesmas razões, a um só tempo, pressuposto processual negativo da jurisdição e positivo da arbitragem, na medida em que importa em exclusão voluntária de uma em favor de outra, dando às partes o fundamento para o exercício do direito de demandarem por esta via, mas também o dever de, a princípio, só por esta via demandarem. O obstáculo para a parte conveniente, todavia, é transitório e não definitivo, não importando renúncia ao direito de buscar na jurisdição o controle da arbitragem quanto aos seus aspectos formais.

Os requisitos instrumentais da convenção arbitral e de suas espécies são de caráter formal ou de caráter material. Os materiais, denominados elementos, serão vistos mais à frente. Requisito instrumental de forma é a exigência de que seja escrita qualquer cláusula, seja aquela com inserção no próprio instrumento comprobatório da relação básica ou aquela que conste em instrumento apartado expressamente referido ao de base. Observada a forma escrita como único requisito formal de validade, a doutrina vem admitindo as cláusulas arbitrais epistolares e as referenciais ou por referência. As primeiras são aquelas que estão contidas em comunicações trocadas entre as partes, por qualquer meio. As últimas são aquelas determinadas cláusulas previstas em outro instrumento negocial ou em regulamento institucional às quais são feitas referência no instrumento da relação básica. A validade da cláusula depende da observância da forma escrita porque assim se expressa a anuência das partes quanto à escolha da jurisdição arbitral, não se presumindo a exceção à jurisdição estatal senão com clara e inequívoca manifestação de vontade nesse sentido. Nos contratos de adesão, a forma assume também o caráter de condição de eficácia, exigindo-se que a estipulação tenha origem na vontade do aderente ou que, ao menos, tenha ele concordado com a previsão de maneira expressa, através do lançamento da assinatura em instrumento anexo ao da relação básica, ou no próprio com

assinatura ou visto ao lado da cláusula com letras em destaque. O entendimento dominante é que o dispositivo se reporta aos contratos de adesão em geral, não alcançando as relações de consumo que teriam regramento próprio. Embora a lei de arbitragem se refira a litígios decorrentes de relações contratuais, importante lembrar que a lei das sociedades anônimas prevê a possibilidade de utilização da arbitragem entre os acionistas cuja relação básica não é um contrato, mas um estatuto.

A cláusula arbitral ou compromissória deve reunir elementos suficientes para a instauração do processo perante a jurisdição arbitral, sendo pressuposto disto a nomeação ou designação de árbitros. Na cláusula compromissória completa, cheia ou em preto esses elementos estão presentes, seja por disposição em seu próprio corpo, seja por remissão às regras de alguma instituição (arbitragem institucional) ou às regras que venham a ser estabelecidas pelo árbitro (arbitragem avulsa ou "ad hoc"), excluindo-se, assim, a jurisdição e afirmando-se a arbitral. Na cláusula compromissória incompleta, vazia ou em branco, os elementos necessários para a instauração do processo arbitral não se fazem presentes, ainda que parcialmente, exigindo-se a intervenção da jurisdição estatal para completar a cláusula e, de tal maneira, possibilitar-se a instituição do processo arbitral. A existência de ambas as cláusulas é admitida pela lei e, portanto, faz parte de sua fisiologia, de sua normalidade. Há, no entanto, as cláusulas que não são normais, que são patológicas, seja por sua invalidade, não resultando de sua leitura a vontade das partes em optar pela via arbitral, seja por sua imperfeição, resultando de sua leitura uma interpretação duvidosa sobre tal escolha. As cláusulas arbitrais podem ser puras ou escalonadas, serem únicas ou combinadas. Cláusula escalonada é aquela em que são previstos dois ou mais meios de solução de litígios a serem utilizados em momentos distintos, com o apelo necessário à autocomposição condicionando a utilização da via heterocompositiva. A lei da mediação, por exemplo, tratou da questão, possibilitando inclusive a suspensão do processo na via arbitral ou na via judicial diante de cláusula com essa condição. Cláusula combinada a rigor não há. O que ocorre é de existir num mesmo instrumento uma cláusula compromissória de escolha da via arbitral e outra de cláusula de eleição de foro judicial. Prevalece a cláusula arbitral, reservando-se ao foro judicial apenas as questões para as quais não haja jurisdição arbitral como, por exemplo, a prática de atos de coerção e expropriação.

Como foi visto, a cláusula compromissória ou arbitral pode ser completa ou incompleta. Se a cláusula arbitral, institucional ou avulsa, for completa, cheia ou em preto, apresentando o suficiente para a indicação dos árbitros, a instauração do processo arbitral é possível desde o advento do litígio. Em sendo incompleta, vazia ou em branco, a cláusula demanda atos da parte demandante de maneira a promover sua integração. Certo que nada impede que a integração seja feita por aditamento contratual. Entretanto, nos termos da lei, a previsão é que seja feito por meio de compromisso arbitral. Nessa hipótese, o compromisso arbitral, antes uma alternativa frente à outra espécie de convenção, a cláusula compromissória, surge como elemento necessário desta. A parte demandante, antes de tudo, deve notificar a parte demandada, por

qualquer meio e mediante comprovação de recebimento, para que compareça, em local, hora e dia determinados, e então firme o compromisso arbitral. A previsão da cláusula obriga as partes e, dessa maneira, caso a parte demandada, devidamente notificada, não compareça ou compareça e se recuse a firmar o compromisso, nasce o interesse de agir para que a parte demandante busque a via judicial, observadas regras de competência fixadas na lei processual. A notificação prévia é, portanto, indispensável para a propositura da ação de execução específica da cláusula arbitral.

O procedimento de execução específica de cláusula arbitral foi inspirado no sumaríssimo dos juizados especiais e, assim, possui como características a celeridade e a flexibilidade. Pretende-se, com ele, a conciliação das partes quanto ao litígio básico ou, de qualquer forma, obter a declaração de anuência da parte demandada quanto ao compromisso arbitral ou sua substituição pela sentença judicial. Cabe à parte demandante formular pedido ao juízo estatal no sentido de promover a execução específica da cláusula arbitral, impedindo-se a atuação de ofício do julgador. A petição inicial deve conter a adequada qualificação das partes, bem descrever o litígio e desde já delimitar o objeto da arbitragem, instruindo o feito com a prova documental da cláusula a ser integrada e, ao final, requerer a citação da parte demandada para comparecer em juízo e firmar o compromisso arbitral. Recebida a inicial, deve o juiz determinar a citação da demandada e a intimação da demandante para que compareçam à audiência. Ausente a parte demandante, o processo será extinto sem resolução do mérito, podendo ser intentada nova ação. Ausente a parte demandada, o juiz ouvirá apenas a parte demandante e sentenciará, fixando o compromisso. Comparecendo as partes, a conciliação deverá ser tentada, primeiramente acerca do litígio de base e, após, sendo infrutífera, sobre o conteúdo do compromisso arbitral a ser firmado. Não havendo acordo, ouvindo as partes e respeitando os princípios específicos e o que dispuser a cláusula, o juiz sentenciará, em audiência ou após, sobre o conteúdo do compromisso. A sentença pode ser meramente homologatória do acordo entre as partes acerca do litígio de base ou substitutiva de declaração de vontade, quando, não conciliadas, o litígio deverá ser resolvido pela via arbitral, com a necessária fixação do conteúdo do compromisso arbitral. Nesse caso, a sentença valerá como compromisso arbitral judicial, vinculando as partes e os árbitros, salvo expressa manifestação posterior de vontade das partes dispondo em sentido contrário. Nada havendo na cláusula arbitral, o juiz poderá, ouvindo as partes, dispor sobre a escolha dos árbitros, inclusive podendo nomear árbitro único. A escolha de árbitro único não é obrigatória, mas se outra for a decisão deve ser fundamentada.

Da autonomia privada como fundamento também decorrem princípios importantíssimos para o juízo arbitral que devem ser entendidos como aplicáveis à convenção arbitral e não apenas a uma de suas espécies. Com efeito, o princípio da autonomia se reporta às convenções arbitrais que sejam dispositivos em contratos ou em estatutos ou que a eles faça referência. Evidentemente, adquire maior importância para as cláusulas compromissórias inseridas em instrumentos contratuais porque deixa claro que eventual vício do documento básico não a afeta. Disto decorre um

segundo princípio, o da presunção de validade da convenção arbitral. A presunção de validade, todavia, é relativa, isto é, ainda que o ato jurídico básico seja inválido parte-se da presunção de que a convenção com ele relaciona ou a ele referida seja válida até prova em contrário. A interpretação, portanto, deve militar em favor da validade da convenção e só diante de cabal demonstração pode-se invalidá-la.

A autonomia da convenção e a presunção relativa de sua validade são coerentes com o poder do juízo arbitral para decidir, com ou sem provocação das partes, sobre seu próprio alcance, isto é, acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção arbitral e do instrumento básico da relação jurídica em que estiver disposta ou a que ela se referir, seja contrato ou estatuto. O conhecido princípio da competência-competência (*Kompetenz-kompetenz*), mais bem nominado como princípio da jurisdição-jurisdição, traduz-se no efeito negativo e no efeito positivo já mencionados, excluindo a relação jurídica básica do âmbito da jurisdição judicial e a incluindo na jurisdição arbitral. Ele não é a mera atribuição de uma competência arbitral, já que, acaso concluindo pela inexistência, estaria o juízo arbitral dando-se por incompetente, algo absolutamente contraditório. Mesmo que o juízo arbitral conclua que a convenção seja inexistente, inválida ou ineficaz e, portanto, ausente a competência para decidir a demanda, ainda assim a jurisdição arbitral foi exercida porque, de plano, o juízo arbitral decidiu tais questões. A definição do alcance da jurisdição arbitral, assim, cabe ao próprio juízo arbitral.

Como dito anteriormente, a convenção arbitral é gênero que possui duas espécies: a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral, espécies idênticas quanto aos seus efeitos positivo e negativo. A distinção de uma e outro adota o critério temporal, sendo a primeira voltada ao futuro, ao litígio potencial, abstrato, indeterminado, e o segundo voltado ao presente, ao litígio efetivo, concreto, determinado. É o compromisso arbitral, portanto, espécie de convenção em que as partes definem a arbitragem como meio de solução de litígios delimitados que estejam a efetiva e concretamente a ocorrer. O compromisso é, como o gênero de que é espécie, um negócio jurídico bilateral com natureza contratual, ainda que se reporte a uma relação jurídica básica de caráter estatutário, como certas societárias. A lei de arbitragem prevê tipos de compromisso que variam de acordo com suas formas. Assim, o compromisso arbitral pode ser judicial, caso tenha sido firmado ou fixado em termos nos autos de processo judicial, ou pode ser extrajudicial, caso tenha sido firmado pelas partes através de escritura pública lavrada por tabelião em livro de notas ou escrito particular assinado por ambas as partes e por duas testemunhas.

Como vimos, a arbitragem exige a presença de requisitos subjetivos, objetivos e instrumentais. Requisito subjetivo é a presença de pessoas com capacidade para contratar e requisito objetivo é que o litígio entre elas decorra de direitos patrimoniais disponíveis. Requisitos instrumentais são os que se reportam ao instrumento em que convencionada a arbitragem por tais pessoas para resolver seus litígios, podendo ser de forma (formais) ou de conteúdo (materiais). As formalidades a serem observadas envolvem a exigência de que o compromisso esteja em termo nos autos judiciais, em escritura pública lavrada por tabelião em livro de notas ou pelas partes em escrito particular com

suas assinaturas e de duas testemunhas. Os requisitos materiais são os elementos do compromisso que podem ser obrigatórios ou facultativos. Os elementos obrigatórios, a princípio, conferem validade ao instrumento e se ausentes viciam-no. A lei de arbitragem exige que sejam qualificados as partes e os árbitros, seja definido o objeto da arbitragem e seja fixado o local em que prolatada a sentença. Se a qualificação das partes estiver presente, ainda que parcialmente, mas permitindo a sua identificação, não há invalidade. De outra parte, se o compromisso não qualificar os árbitros, mas indicar os meios para sejam posteriormente escolhidos ou designados e, então, qualificados, não há qualquer problema. Quanto ao objeto da arbitragem, embora não se exija detalhamento extremo, importante que contenham informações que permitam a formulação adequada do pedido e da causa de pedir. A fixação do local em que deva ser prolatada a sentença arbitral é elemento importantíssimo, já que a nacionalidade da sentença se define por meio dessa referência e, por conseguinte, caso prolatada fora do território brasileiro, obrigatória sua submissão ao processo de homologação judicial. A fixação do local da prolação da sentença não se estende aos demais atos, que podem ser praticados em locais diversos que sequer necessitam ser mencionados.

Além dos elementos obrigatórios, há outros mencionados de maneira exemplificativa na lei e cujas ausências não acarretam nenhum vício ao instrumento, porque facultativos. Igualmente, inexistente obrigatoriedade em se declinar o local da prática de atos arbitrais, com exceção da sentença; o prazo para a prolação da sentença, sem prejuízo de eventual prorrogação; a responsabilidade pelo pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios, periciais e arbitrais. A fixação de honorários dos árbitros pode ser fixada no compromisso que, para os árbitros, valerá como título executivo extrajudicial. Caso não sejam fixados, cabe aos árbitros requerer ao juízo estatal que assim o faça. Por fim, importante mencionar que as regras processuais sobre os honorários advocatícios de sucumbência não se aplicam ao processo arbitral, cabendo às partes dispor livremente sobre isso.

Inexiste a obrigatoriedade, portanto, de se declinar a lei aplicável na arbitragem de direito, quando do seu silêncio for possível concluir qual lei a aplicar por meio do recurso aos critérios legais de solução de conflitos normativos no espaço presentes na lei de introdução às normas do direito brasileiro. A facultatividade, entretanto, ao menos em um ponto desaparece, tornando o elemento obrigatório, caso a arbitragem seja de equidade ou adote direito diverso do direito positivo brasileiro. As partes têm liberdade para dizerem se a arbitragem será de direito ou de equidade, conforme o tipo de fonte escolhida para o árbitro fundamento para sua decisão. A hierarquia das fontes estatais e não-estatais a ser observada no processo judicial não tem lugar no processo arbitral. Nesse sentido, podem as partes determinar que a decisão arbitral seja tomada com base em princípios e regras de direito nacional, estrangeiro ou internacional, em normas estatutárias, convencionais ou costumeiras e até mesmo em noções de justiça. As partes convenientes podem determinar, inclusive, a utilização de uma combinação dessas fontes e o apelo a outras não mencionadas expressamente no dispositivo legal. É comum que as partes adotem a lei como critério de julgamento já

que o dota de maior segurança pela fácil constatação do conteúdo desta fonte.

A lei é a norma estatal de caráter geral e abstrato que expressa a soberania interna ao vincular, regra geral, os que se encontrem no território do ente que produziu, ou, excepcionalmente, em territórios outros em que seja admitida sua aplicação. A lei aplicável pode ser nacional ou estrangeira, a critério das partes. É entendimento doutrinário, porém, que a escolha de lei estrangeira depende da comprovação de que o contrato é internacional, ainda que indireta ou acidentalmente. A internacionalidade do contrato permite a escolha da lei dentro de certos parâmetros, a depender de nele haver cláusula eletiva da via arbitral ou eletiva de foro judicial. No primeiro caso, a escolha é livre e observará apenas o limite do respeito à ordem pública. No segundo caso, a escolha deverá recair sobre a lei do local da celebração, se entre presentes, ou do local da residência do proponente, se entre presentes. A escolha da lei estrangeira deve ser interpretada estritamente, não se admitindo que possa conduzir à aplicação de outra lei a que seja feita referência ou remissão. A lei de arbitragem não permite que a escolha seja do árbitro se o contrato silenciar, aplicando-se a lei do local de celebração ou de residência do proponente.

As partes convenientes não estão obrigadas, contudo, a escolherem normas de direito positivo. A lei permite que usos e costumes, princípios gerais de direito, regras internacionais de comércio e a equidade sejam tomados como base para as decisões proferidas no processo arbitral. Uso é o comportamento reiterado e uniforme. É o elemento objetivo do costume. Costume, portanto, é o comportamento reiterado e uniforme com convicção de obrigatoriedade. O uso está no plano dos fatos enquanto o costume alcança o plano normativo. Os usos e costumes podem ser conformes, paralelos ou contrários à lei. É possível a escolha de usos e costumes contrários à lei, mas não contrários à ordem pública. O mesmo raciocínio vale para os princípios gerais de direito, para as regras internacionais de comércio e para a equidade. A compreensão do que são os princípios gerais de direito e a equidade reclama uma postulação filosófica já que esta e aqueles são definidos de maneira diversa a depender de se adotar uma postura naturalista, positivista ou pós-positivista. Para alguns, os princípios gerais de direito e a equidade são referidos a noções abstratas de naturalmente preexistentes. Para outros, os princípios gerais de direito são obtidos por meio da pesquisa do que subjaz ao direito positivo nacional e comparado. Para outros ainda, os princípios gerais de direito são encontrados como pressupostos das ordens jurídicas positivas internas e externa e a equidade se afere em noções concretas socialmente aferidas. Ressalte-se que a equidade exerce papéis diversos, algumas vezes como critério decisório e todas as vezes como guia interpretativo. No primeiro caso exige autorização expressa da lei e das partes. No segundo, não. Concluindo a análise, definem-se as regras internacionais de comércio como aquelas convencionais ou costumeiras produzidas no âmbito de organizações públicas ou privadas, com graus variados de exigibilidade.

Há limites, no entanto, para o exercício da escolha dos critérios que sirvam de base para a decisão arbitral. Limite genérico para arbitragens envolvendo pessoas

privadas e públicas é que a escolha não importe em afronta à ordem pública, termo complexo que envolve o desrespeito aos bons costumes e a fraude direta ou indireta à lei. A ordem pública é entendida como o conjunto de preceitos essenciais que servem de base para a sustentação da ordem política, econômica e moral de uma dada comunidade. Limite específico para a arbitragem envolvendo a administração pública é que a escolha do critério de julgamento observe certos princípios da lei arbitral e de leis especiais. Ao contrário das demais arbitragens, inadmite-se, na arbitragem envolvendo a administração pública, o julgamento por exclusiva equidade, por meio de procedimentos sigilosos e em língua ou território estrangeiros. A legalidade estrita, no entanto, não é exigível.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate sobre a natureza da arbitragem quanto à sua causa e quanto aos seus efeitos foi realizado antes, restando definido que a arbitragem, pelo ângulo da causa, tem natureza contratual, e pelo ângulo dos efeitos tem natureza jurisdicional. Nesse momento, importante retomar a natureza pelo segundo aspecto, da arbitragem como expressão jurisdicional, já que a lei brasileira nada faz além de derivar logicamente da natureza a condição do árbitro. O árbitro, diz a lei, é juiz de fato e de direito. Analisada a lei, poder-se-ia concluir erroneamente que o árbitro é, de fato e de direito, juiz. A rigor, no entanto, o árbitro não é juiz de fato e de direito, mas juiz do fato e do direito que lhe são submetidos. O árbitro equipara-se ao juiz, mas não se iguala a ele, em quaisquer aspectos. Os direitos, deveres, sujeições, prerrogativas, poderes, faculdades e garantias do juiz não são em nada aproximados do que o árbitro tem ao seu alcance. A equiparação é válida apenas para a devida qualificação dos atos puramente cognitivos do árbitro, isto é, desprovidos de caráter coercitivo e executivo, porque estes últimos são exclusivos da jurisdição judicial. No processo de cognição, portanto, o árbitro é o juiz competente para decidir acerca do fato e do direito que lhe foram submetidos. Pode, inclusive, conceder, confirmar ou cassar tutelas provisórias, cuja execução, porém, dependerá do juízo estatal. A sentença arbitral, bem por isso, equivale à sentença judicial, como título executivo judicial, produzindo efeitos imediatos, não se sujeitando à reforma no mérito ou ao reconhecimento por homologação, salvo se estrangeira, nem mesmo à rescisória. Depende, no entanto, para seu cumprimento forçado, da intervenção da jurisdição judicial, ocasião em que sua validade formal poderá ser contestada, assim como o pode em ação própria. Ressalte-se, por fim, que o alcance dos poderes do árbitro deriva da autorização das partes e, portanto, nada impede que as partes, livremente, o restrinjam inclusive para a prática apenas de atos decisórios definitivos e para admitir sua revisão por órgãos próprios.

## 6. REFERÊNCIAS

1. Alexy, R. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
2. Aragão, A.S. A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

3. Ávila, H. Teoria dos princípios (da definição à aplicação). São Paulo: Malheiros, 2003.
4. Barros, A.R. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.
5. Bastos, C.R. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.<sup>a</sup> edição, 1990.
6. Bonavides, P. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 9.<sup>a</sup> edição, 2000.
7. Canotilho, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.<sup>a</sup> edição, reimpressão, 1999.
8. Carrió, G. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.<sup>a</sup> edição, 1979.
9. Dworkin, R. A matter of principle. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.
10. Dworkin, R. Taking rights seriously. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978.
11. Farias, E.P. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 2000.
12. Ferraz Júnior, T.S. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 1989; e 3.<sup>a</sup> edição, 2001.
13. Ferreira Filho, M.G. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.<sup>a</sup> edição, 1990.
14. Fiorin, J.L. Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos. São Paulo: Contexto, 2002.
15. Gadamer, H-G. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.<sup>a</sup> edição, 1998.
16. Grau, E.R. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica) São Paulo: Malheiros, 3.<sup>a</sup> edição, 1997.
17. Grau, E.R. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
18. Grau, E.R. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998.
19. Grau, E.R. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2.<sup>a</sup> edição, 1998.
20. Kritsch, R. Soberania: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002.
21. Larenz, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.<sup>a</sup> edição, 1997.
22. Maximiliano, C. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 10.<sup>a</sup> edição, 1988; e 19.<sup>a</sup> edição, 2001.
23. Mello, M.B. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10.<sup>a</sup> edição, 2000.
24. Montoro, A.F. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo.
25. Müller, F. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.<sup>a</sup> edição, 1996.
26. Neves, A.C. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise.
27. Reale, M. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 5.<sup>a</sup> edição, 1994.
28. Sanchis, L.P. Sobre princípios y normas: problemas de razonamiento jurídico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
29. Sarmento, D. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> tiragem, 2002.
30. Tura, M.A.R. Arbitragem e Mediação. São Paulo: Juspodivm, 2019.
31. Tura, M.A.R. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. Revista de Informação Legislativa. Volume 41, número 163. Brasília: Senado Federal. 2004.
32. Vilanova, L. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997.
33. Warat, L.A. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.<sup>a</sup> edição, 2.<sup>a</sup> versão, 1995.