

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

LUÍS GUSTAVO ROSA FEOLI

SISTEMA DE ARBITRAGEM BRASILEIRO

Porto Alegre

2011

LUÍS GUSTAVO ROSA FEOLI

SISTEMA DE ARBITRAGEM BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para obtenção
do grau de bacharel pela Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador:

Porto Alegre

2011

LUÍS GUSTAVO ROSA FEOLI

SISTEMA BRASILEIRO DE ARBITRAGEM

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do grau de bacharel pela
Graduação da Faculdade de Direito
da Universidade Federal do Rio
Grande do Sul.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Orientador:

Cesar Santolim

Prof.

Marco Fridolim Sommer dos Santos

Prof.

Césio Sandoval Peixoto

Dedico este trabalho a meus amigos e familiares. Também a todos aqueles que contribuem para a difusão do conhecimento e da sabedoria, incluindo os professores e colegas desta casa, que de uma forma ou outra atuam para um mundo mais próspero.

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a arbitragem. O ponto de partida é uma breve visão econômica do instituto, na qual se demonstra alguns fundamentos econômicos das transações e de sua governança contratual. A conclusão inexorável é a vantagem comparativa da arbitragem em relação à jurisdição unicamente estatal. Assim, surge a utilidade da arbitragem, como meio menos intrusivo de solver os litígios sociais.

Passo seguinte, é descrito todos os elementos normativos que perfazem o instituto.

Por fim, concluí-se, que a arbitragem pode ser a solução mais adequada para a solução de litígios tendo em vista a possibilidade de livre convenção sobre os árbitros e os critérios de justiça elencados para solução do litígio.

SUMÁRIO

Conteúdo

INTRODUÇÃO.....	6
1. Arbitragem e Economia	8
1.1 Custos de Transação, Governança e Atividade Jurisdicional	8
1.2 Modos de Governança e o uso da arbitragem.....	21
2 Aspectos Conceituais.	Erro! Indicador não definido.
2.1 Conceito.....	24
2.2 Natureza Jurídica da Arbitragem.....	24
2.3 Constitucionalidade da Arbitragem.....	31
3 Valores	33
3.1 Liberdade	Erro! Indicador não definido.
3.2 Acesso a Justiça – Direito Fundamental a Tutela Jurisdicional Efetiva.....	36
4 Princípios.....	38
4.1 Autonomia da Vontade.....	38
4.2 Boa Fé	42
4.3 Princípio do Contraditório.....	43
4.4 Princípio da Igualdade.....	44
4.5 Princípios da Imparcialidade e Independência do árbitro.....	45
4.6 Princípio do livre convencimento.....	48
5. Regras	51
5.1 - Pressupostos para utilização da arbitragem.....	51
5.1.1 Capacidade.....	51
5.1.2 Direitos patrimoniais disponíveis.....	53
5.1.3 Licitude do objeto.....	57
5.1.4 Manifestação da Vontade para arbitragem:.....	57
5.1.4.2 Compromisso Arbitral.....	64
5.2 Escolha das normas infringentes ao caso.	67
5.3 Escolha do Juízo	69
5.4 Processo Arbitral.....	76
Conclusão.....	87
Referências	89

INTRODUÇÃO

Em nosso tempo é comum ouvir-se a expressão crise do judiciário, primeiramente, tal problemática deve ser analisada integrada a própria crise do Estado, é senso comum na sociedade que o estado é moroso, corrupto, seus agentes são auto interessados, que sua atuação trava e desestimula o desenvolvimento social e por fim que o estado serve a manutenção do Estado e não à sociedade.

Tais insinuações também chegam ao judiciário, a grande crítica a sua atuação passa por duas linhas: morosidade e falta de rigor técnico que levam a insegurança e, por conseguinte, ao descrédito junto a sociedade. Entende-se que o grande problema do judiciário é seu procedimento imprevisível e com tantos subterfúgios que pode-se prolongar um processo por décadas. Sim, em minha breve experiência já pude observar processo com 18 anos de duração. Pereceu o interessado sem que em vida pudesse gozar o que lhe era devido.

Há pelo menos três décadas, discute-se a renovação do Direito, o primeiro projeto de lei de arbitragem remonta a 1981, muito embora, somente dez anos mais tarde tenha de fato engrenado com a chamada “operação arbiter”, encabeçada por Carlos Alberto Carmona, Selma Maria Ferreira Lemes e Pedro Antonio Batista Martins.

Assim, teve gênese a Lei 9.307/96, considerada avançada e em conformidade com as orientações internacionais sobre arbitragem. As grandes inovações do instituto foram a executividade da cláusula compromissória e da sentença arbitral, agora com efeitos de coisa julgada.

Resolvido o problema normativo, passou-se à problemática social, o revigorado instituto vive sua fase de enraizamento na cultura popular. Os problemas que se alinhavam há 30 anos tomaram proporções maiores.

A sociedade massificada e a democratização do acesso ao judiciário, por outro lado, o ambiente de rede da internet que possibilita a troca de conhecimento e a criação de novas práticas com uma rapidez nunca antes experimentada aliada a constante inovação das relações sociais.

Nem sempre permitem que a jurisdição unicamente estatal forneça as respostas adequadas a certos casos. Há de se louvar o esforço interno do poder judiciário através do CNJ em implantar práticas de gestão que visem seu aperfeiçoamento.

Deste contexto advém a urgência e emergência da arbitragem, a qual este trabalho visa descrever.

O trabalho começa com breves considerações econômicas sobre gestão das transações econômicas, de modo a justificar a utilidade da arbitragem no contexto social. Após, são elencadas todas as normas do instituto.

Quiçá, o grande interesse intelectual sobre a arbitragem reside no fato de que suas regras confluem para a livre escolha das partes. Liberdade em escolher a via arbitral, o julgador e os critérios de justiça para deslinde do caso.

1. Arbitragem e Economia

1.1 Custos de Transação, Governança e Atividade Jurisdicional

O século XX apresentou tecnologias inovadoras em todas as áreas do conhecimento, se por um lado observamos uma sociedade e um mercado cada vez mais especializado e fragmentado, foi possível observar experiências multidisciplinares nas ciências aplicadas.

Uma destas experiências, talvez a mais interessante, foi a integração de conceitos econômicos, jurídicos e sociológicos, na tecnologia chamada Análise Econômica do Direito – Law and Economics. A análise do fenômeno econômico e a teoria da empresa sob a perspectiva contratual, e a consequente problemática dos custos de transação, em muito aproximou o Direito e a Economia.

Tal perspectiva foi sedimentada e explicada por Oliver Williamson, que dedicou grande parte de sua vida acadêmica aos custos de transação, e por tal, foi agraciado com o prêmio Nobel da economia em 2009, ao citar James Buchanan:¹

If “mutuality of advantage from voluntary exchange is... the most fundamental of all understandings in economics” (Buchanan, 2001, p. 29), then the lens of contract approach is an under-used perspective.

Em breve síntese, a teoria neoclássica explicava a empresa como uma caixa preta donde entravam insumos e saiam produtos, coordenados pelo sistema de precificação das mercadorias (lei da oferta e da procura) que definiria a alocação dos recursos, conforme pesquisa de Williamson ao citar Harold Demsetz:²

¹ Williamson, Oliver. **Transaction Cost Economics: The Natural Progression**. Pág. 456. Em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html>. Acesso em: 27/06/2011.)

² Williamson, Oliver. **Transaction Cost Economics: The Natural Progression**. Pág. 457. Em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html>. Acesso em: 27/06/2011.)

Whereas the neoclassical theory of the firm treated the firm as a black box for transforming inputs into outputs according to the laws of technology, this was not, as Harold Demsetz observed, an all-purpose construction. It is a “mistake to confuse the firm of [neoclassical] economic theory with its realworld namesake. The chief mission of neoclassical economics is to understand how the price system coordinates the use of resources, not the inner workings of real firms” (1983, p. 377).

A perspectiva institucional da economia é focada nas organizações econômicas e suas relações. Para tanto, percebeu que existe uma unidade mínima na atividade econômica, a transação. A transação é um conceito dinâmico que contém em si as características do conflito, ordem e mutualidade. Veja, toda transação tem ao menos dois interesses conflitantes, desta feita necessária uma ordenação entre as partes para que haja ganhos mútuos. A cooperação não é natural, ao menos nos mercados em desenvolvimento, e portanto deve ser incentivada. Tal unidade foi pensada por John R Commons, novamente se remete ao laureado trabalho de Williamson:³

“The ultimate unit of activity ... must contain in itself the three principles of conflict, mutuality, and order. This unit is a transaction” (Commons, 1932, p. 4). Commons thereafter recommended that “theories of economics center on transactions and working rules, on problems of organization, and on the ... [ways] the organization of activity is ... stabilized” (1950, p. 21).

O primeiro autor a falar sobre custos de transação, ainda que de forma empírica e sem nomeá-los desta forma, foi Ronald H Coase, no célebre artigo “The Nature of firm”:

Referido autor, aponta que a empresa é uma organização de diversas transações comerciais, por exemplo, com fornecedores, consumidores, propriedade intelectual, sócios etc. Cada transação, ou contrato tem um custo para sua pactuação, manutenção, fiscalização e rompimento.

³ Williamson, Oliver. **Transaction Cost Economics: The Natural Progression**. Pág. 456. Em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html>. Acesso em: 27/06/2011.)

Assim, justifica-se a criação de uma empresa, pois ao se unificarem todas estas transações dentro de um mesmo espaço institucional reduzir-se-iam estes custos, pois, em verdade, estaríamos diante de um único contrato. Neste sentido, seguem as palavras de Coase⁴.

The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism. The most obvious cost of 'organizing' production through the price mechanism is that of discovering what the relevant prices are. This cost may be reduced but it will not be eliminated by the emergence of specialists who will sell this information. The costs of negotiating and concluding a separate contract for each exchange transaction which takes place on a market must also be taken into account. Again, in certain markets, e.g., exchanges, a technique is devised for minimizing these contract costs but they are not eliminated. It is true that contracts are not eliminated when there is a firm but they are greatly reduced. A factor of production (or the owner thereof) does not have to make a series of contracts with the factors with whom he is co-operating within the firm, as would be necessary, of course, if this co-operation were as a direct result of the working of the price mechanism. For this series of contracts is substituted one.

Não pairando dúvidas sobre a existência dos custos de transação, Ronad H Coase, em outro célebre artigo "The problem of the Social Cost", afirmou que estes são sempre maiores que zero, inexistindo transação absolutamente eficiente:⁵

The argument has proceeded up to this point on the assumption that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These

⁴ COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. In: **Economica**, Vol. 4, No. 16, 1937 p. 386-405.

⁵ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In **Journal of Law and Economics**, n.3, 1960, pag 1-44.

operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.

Diante desta realidade, os gestores econômicos devem harmonizar as transações, para tanto devem aplicar práticas de governança para elidir os custos de transação, Oliver Williamson, define governança como:⁶

Such a fate notwithstanding, the Commons triple of conflict, mutuality, and order anchors the concept of governance as herein employed – in that governance is the means by which to infuse order, thereby to mitigate conflict and realize mutual gains. The transaction, moreover, is made the basic unit of analysis.

Referido autor concluí⁷:

The economics of governance has helped to persuade many economists and other social scientists that (1) institutions matter and are susceptible to analysis, (2) adaptation to disturbances is a key purpose of economic organization, (3) the action is in the microanalytics, (4) positive transaction costs can be addressed in a disciplined way, and (5) public policy toward business needs to be informed by a broad (organizational) understanding of the efficiency purposes served by complex contract and economic organization.

No Estado Constitucional, cabe primordialmente ao Estado ser o otimizador dos custos de transação, tendo em vista oferecer aos cidadãos a possibilidade de resolver os distúrbios das atividades econômicas através de um poder estatal constituído, o Poder Judiciário. Rogério Gesta Leal, ao comentar os ensinamentos de Oliver Williamson,⁸:

Como quer Williamson, é preciso que as formas de governança tenham a consciência e desenvolvam ações para lidar com possibilidades futuras de rompimentos contratuais (de obrigações em

⁶ Williamson, Oliver. **The Economics of Governance**. Pág. 6 Em : < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

⁷ Williamson, Oliver. **The Economics of Governance**. Pág. 36 Em : < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais** : aspectos introdutórios. Brasília : ENFAM, 2010. Pág.33.

geral assumidas pelo e no Mercado), tendo as organizações – dentre elas o Estado enquanto Parlamento, Executivo e Judiciário – a responsabilidade de coordenar e minimizar os custos de transação econômica, através de mecanismos que desenhem, monitorem e exijam o cumprimento das obrigações entabuladas.

Para os empreendedores, o Ordenamento Jurídico tem tripla funcionalidade: Por primeiro, estabelecer os marcos normativos da atividade econômica; Por Segundo, cumprir os contratos pré estabelecidos, conferindo *court enforcement* às transações inadimplidas; Por terceiro garantir os Direitos de Propriedade.

Ocorre que em muitos lugares, mormente mercados imaturos e em processo de desenvolvimento, como o Brasil, a atividade jurisdicional não cumpre esta função, criando o ambiente para o fenômeno da *lawlessness*. Entendido como a atividade jurisdicional ineficiente que acaba por afastar os jurisdicionados de sua égide, e acaba por obrigar os agentes a encontrar soluções alternativas para harmonizar as falhas nas transações. Neste Sentido, Oliver Williamson:⁹

The economics of lawlessness focuses on institutional environments where the “government is unable or unwilling to provide adequate protection of property rights and enforcement of contracts through the machinery of the state” (Dixit, 2004, p. vii). I repeat, however, that even in states that make best efforts to provide protection for property rights and contract enforcement, the state’s access to information and the state’s protection and enforcement mechanisms are inherently limited. Whether, therefore, the rules of the game are well developed (as in the United States) or poorly developed (as in Vietnam (McMillan and Woodruff, 1999)), property and contractual hazards invite the use of private ordering to infuse order, thereby to mitigate conflict and realize mutual gains from trade. Circumstances where state law is “very costly, slow, unreliable, corrupt, weak, or simply absent” (Dixit, 2004, p. 3) nevertheless pose added private ordering challenges.

⁹ Williamson, Oliver. **The Economics of Governance**. Pág. 32 Em
: < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

Conforme Armando Castelar Pinheiro, para os agentes econômicos a atividade jurisdicional deve ser eficiente, além dos elementos por ele propostos, deve-se acrescentar o conhecimento tecnológico do bem da vida posto em análise:¹⁰

Em Pinheiro (2000), a utilidade esperada de recorrer à justiça depende, positivamente, do valor líquido que se espera receber e, negativamente, da variância desse ganho, que reflete a incerteza quanto a ganhar ou perder a disputa e ao tempo até que uma decisão seja tomada. Assim, a utilidade advinda da utilização de um mecanismo específico de resolução de conflitos, como o judiciário, é uma função do valor do direito em causa, dos custos envolvidos, da rapidez com que uma decisão é alcançada, da imparcialidade do árbitro, da taxa de juros (ou, mais precisamente, da taxa de desconto intertemporal), e da previsibilidade das decisões e do tempo até que estas sejam alcançadas. Neste sentido, um sistema que funciona bem deve ostentar quatro propriedades: baixo custo e decisões justas, rápidas e previsíveis, em termos de conteúdo e de prazo.

Ademais, ponderarão os custos para harmonizar o distúrbio da transação pela via privada, ou utilizando o mecanismo judicial como serviço. Conforme o autor acima citado, a atividade judicial em descompasso com a atividade econômica pode até travar o surgimento de novos empreendimentos.¹¹

Para se proceder a esse tipo de análise, é necessário primeiro definir o que é um bom judiciário. Ainda que haja propostas alternativas a esse respeito, opta-se aqui por pensar o judiciário como um produtor de serviços consumidos pelos agentes econômicos em suas atividades. Quatro características desse serviço são analisadas: agilidade, previsibilidade, imparcialidade e custo de acesso. Cada um desses atributos influencia a utilidade esperada de recorrer-se ao judiciário. Ex-post, eles influenciam a decisão dos agentes de recorrer

¹⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Pág. 06 Em <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>. Acesso em: 30/06/2011.)

¹¹ PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Pág. 01 Em <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>. Acesso em: 30/06/2011.)

ao judiciário ou a outro método de resolução de disputa. Ex-ante eles influenciam as decisões de produção, investimento e contratação em geral, na medida em que, sendo a ida à justiça algo que pode ocorrer em qualquer negócio, a forma como essa funciona ajuda a determinar o retorno esperado do negócio.

Caso a atividade jurisdicional não seja eficiente, os agentes econômicos recorrerão a meios contratuais para mitigar os custos de transação. Neste caso, o contrato substituirá o poder judiciário como instrumento para adequação das transações, portanto o desenho do contrato deverá estabelecer uma plataforma de trabalho na qual as partes transigirão, na prática são cláusulas que impõe obrigações de fazer condicionadas ou ônus materiais. Conforme Williamson:¹²

Contract laws (plural). As against the standard practice of there being one all-purpose law of contract, Karl Llewellyn, who was a leader in the Legal Realism Movement in the United States, moved beyond the concept of contract as legal rules (with court enforcement) by introducing the idea of “contract as framework,” predominantly as implemented by private ordering. Specifically, the “major importance of legal contract is to provide ... a framework which almost never accurately indicates real working relations, but which affords a rough indication around which such relations vary, an occasional guide in cases of doubt, and a norm of ultimate appeal when the relations cease in fact to work” (1931, pp. 736–737). This last condition is important, in that recourse to the courts for purposes of ultimate appeal serves to delimit threat positions. The more elastic concept of contract as framework nevertheless supports a (cooperative) exchange relation over a wider range of contractual disturbances than would a strict legal rules construction.

O contrato como desenho para harmonizar os custos de transação tem uma faceta não tão virtuosa, quanto mais arriscada a operação maior serão as cláusulas de garantias criando uma distorção que implica no aumento do custo do contrato. Estas cláusulas envolvem avais, fianças, garantias, mecanismos

¹² Williamson, Oliver. **Transaction Cost Economics: The Natural Progression**. Pág. 463 Em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html>. Acesso em: 27/06/2011.)

de verificação e acesso de documentos e práticas de gestão, multas, obrigações de demonstrar documentos, mecanismos de solução alternativa de controvérsia, além de todas as medidas assecuratórias que o engenho humano possa criar, conforme Oliver Williamson:¹³

The viability of the hybrid turns crucially on the efficacy of credible commitments (penalties for premature termination, information disclosure and verification mechanisms, specialized dispute settlement, and the like – the cost effectiveness of which varies with the attributes of transactions (Williamson, 1991b; Menard, 2004)).

Neste sentido, o autor recém citado coloca a arbitragem como elemento da gestão contratual das atividades econômicas, em verdade, face à sua agilidade, previsibilidade e maior conhecimento tecnológico sobre o bem da vida litigado é vantajosa em relação à jurisdição estatal. Caso a cultura arbitral se estabeleça, é possível que venha a reduzir os custos com *credible commitments*.

Neste sentir, Williamson cita um exemplo de governança das transações que considerou bem sucedida:¹⁴

The 32-year coal supply contract between the Nevada Power Company and the Northwest Trading Company is an example. Out of awareness that disturbances could lead to conflict and possible breakdown, this contract provided in part that “In the event an inequitable condition occurs which adversely affects one Party, it shall then be the joint and equal responsibility of both parties to act promptly and in good faith to determine the action required to cure or adjust for the inequity and effectively implement such action.” It furthermore instructed “The Party claiming the inequity [to] include in its claim such information and data as may be reasonably necessary to substantiate the claim and shall freely and without delay furnish such other information and data as the other Party reasonably may

¹³ Williamson, Oliver. **The Economics of Governance**. Pág. 16 Em
: < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

¹⁴ Williamson, Oliver. **The Economics of Governance**. Pág. 04 Em
: < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

deem relevant and necessary. If the Parties cannot reach agreement within sixty (60) days the matter shall be submitted to arbitration.”

Para o empreendedor, quanto mais eficiente for a negociação, mais lucrativa será sua atividade. Assim, buscam-se constantemente contratos duradouros e com mecanismos para adimplemento das obrigações entabuladas. Enfim, persegue-se a segurança e estabilidade dos contratos.

Aqui a arbitragem assume função essencial, o mercado não pode esperar o tempo do devido processo legal, este é dinâmico e exige respostas imediatas, automáticas. O processo judicial, em contraposição, tem duração prolongada e imprevisível. A noção sobre o tempo do mercado e do sistema judiciário não são harmônicos, o que cria empecilhos e travas à atividade econômica.

Nada obstante, o Brasil também enfrenta um problema de insegurança da interpretação jurídica que acarreta decisões díspares seja de órgãos estatais e tribunais, que acabam por produzir impactos econômicos diferentes em agentes do mesmo nicho de mercado, tal fato em última análise representa concorrência desleal e uma falha no mercado.

Além disto, a decisão deve ter em consideração o conhecimento técnico de determinado nicho do mercado, as decisões devem valorizar as boas práticas econômicas e incentivar os empreendedores a deslocar seu capital de posições seguras e estáveis e colocá-lo a serviço das atividades mercantis, assumindo seu risco inerente.

Questões sobre tecnologias, financeiras, societárias, contábeis e nichos específicos de mercado exigem para cognição plena do julgador, capacidade técnica em igual profundidade.

O ministro Nelson Jobim, no julgamento sobre a constitucionalidade da arbitragem, traz valiosa colaboração sobre contratos, custos de transação e a resposta do mercado face à atuação estatal: a migração à via arbitral:

Refiro-me, em primeiro lugar, ao tratamento uniforme, ou não que o poder judiciário esteja dando a certa matéria, ou seja a disparidade ou não, de tratamento e entendimento jurisprudencial sobre o tema.

Essa variável judicial diz com o grau de previsibilidade de uma decisão judicial.

A controvérsia jurisprudencial sobre o tema específico, ajustado no contrato, induz os contratantes a definirem condições e formas de produção de decisões previsíveis.

Quanto menor o coeficiente de previsibilidade, maior será a utilização de mecanismos que minimizem os efeitos dessa imprevisibilidade ou compensem os seus riscos (indenizações, multas, etc.)

Lembro, inclusive que a maior, ou menor previsibilidade da decisão judicial, é elemento para fixação da taxa de juros da negociação.

Maior a imprevisibilidade do marco legal da operação, maior a taxa adicional de risco “spread”.

O tamanho, maior ou menor da “taxa adicional de risco cobrada no mercado” decorre do maior ou menor grau de insegurança jurídica.

Outro dado importante diz com o tempo médio da demanda judicial.

Quanto maior for o tempo necessário para a produção de uma solução definitiva – seja quanto ao direito aplicável, seja quanto sua realização em concreto (execução) – tanto maior será a taxa de risco.

O mesmo se passa com o recurso às formas alternativas de solução de controvérsias.

(SE- AgR 5206 / EP – ESPANHA - AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA –
Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador:
Tribunal Pleno, voto-vista ministro Nelson Jobim, pág. 6 - 7.)¹⁵

No mesmo acórdão, complementa a ministra Ellen Gracie Northfleet:

A instabilidade econômica dos mercados internacionais e a volatilidade de capitais e preços e de mercadorias podem tornar mais onerosas às partes a manutenção de longa pendência que, até mesmo, uma decisão desfavorável, pois o conteúdo de incerteza relativamente às posições devedoras e credoras se torna entrave ao planejamento e desenvolvimento empresarial.

Neste diapasão, o caso da soja verde, trazido por Luciano Benetti Tim, divulgando as pesquisas do Instituto Pensa da USP¹⁶:

Uma boa prova de que os agentes econômicos necessitam de segurança e de previsibilidade e que a revisão do contrato pode trazer maiores prejuízos do que benefícios são os estudos do Instituto Pensa, que tem a grande vantagem de sair do debate meramente político ou ideológico e focar a discussão sobre os impactos das decisões judiciais no mercado envolvido.

Nesse sentir, a conclusão apresentada pelo referido instituto foi de que a revisão judicial de contratos agrários no Estado de Goiás dificultou financeiramente a safra do ano seguinte.

A situação enfrentada lá foi a de que algumas culturas, como a soja, eram financiadas, em muitos casos, com capital privado, ou seja negociadores faziam a compra antecipada da produção, entregando o pagamento imediatamente ao produtor, que com isso, capitalizava-se para o plantio. E no ano seguinte, este agricultor que já havia computado seu lucro no preço de venda antecipada, entregava o produto.

Pois houve uma inesperada valorização da soja e alguns produtores ingressaram com ações de revisão judicial dos contratos alegando imprevisibilidade, enriquecimento injustificado, etc, para não

¹⁵ STF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 13 de novembro de 2010.

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos Contratos Empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 37-38.

cumprir o pactuado, ou seja, a fim de não entregar o produto de seu plantio, pelo preço antes estipulado.

(...)

A conseqüência (coletiva ou social) disso foi a de que todos os outros agricultores que não haviam ingressado com ações foram prejudicados, pois os *traders* da região não mais queriam fazendo a operação de compra antecipada do produto, diante do flagrante risco de prejuízo da operação, já que se o preço da soja no ano seguinte ao contrato fosse inferior ao pactuado, eles arcariam com a perda e se o preço fosse mais elevado, os produtores ingressariam com ações para não cumprir o contrato.

O mercado per si é um ambiente sobremaneira complexo, que exige soluções céleres e que considerem os aspectos técnicos de cada nicho mercadológico. Por força destes fatores, considera-se a arbitragem como menos intrusiva e mais propensa a redução dos custos de transação.

Tal, ocorre não somente na análise micro, os indicadores macros também poderiam ser melhorados com um sistema de harmonização das transações mais eficiente, nas palavras de Armando Castelar Pinheiro:¹⁷

A partir das respostas das firmas pode-se obter uma estimativa, ainda que grosseira, do impacto agregado da melhoria do judiciário usando as participações no PIB, no investimento e no emprego, e a média de respostas de cada setor. Os resultados da aplicação desse procedimento indicam que no Brasil uma melhoria na eficiência do judiciário levaria a um aumento da produção de 13,7%, a uma elevação no nível de emprego de 9,4% e a um aumento do investimento de 10,4%. A partir do aumento do investimento é possível estimar que uma melhoria do desempenho do judiciário brasileiro, que o tornasse “equivalente em termos de agilidade, imparcialidade e custos à Justiça do Primeiro Mundo, incluindo-se aí sua capacidade de fazer respeitar com rapidez suas decisões, e que tirasse o poder da Justiça do trabalho de decidir sobre reajustes salariais e outros conflitos econômicos entre empresas e

¹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Pág. 17 Em <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>. Acesso em: 30/06/2011.)

empregados,” como consta da pergunta colocada aos empresários, faria a taxa de crescimento do PIB ser mais alta cerca de 25%. Isto é, por conta do mau funcionamento do judiciário, o Brasil cresce cerca de 20% mais devagar do que poderia crescer se tivesse um “judiciário de Primeiro Mundo

Bruno Meyerhoff Salama e Antonio Celso Fonseca Pugliese, trazem outro aspecto interessante da arbitragem. A competição entre o instituto da arbitragem e a jurisdição unicamente estatal, pode estimular tanto a elaboração normativa quanto a atuação dos tribunais estatais. Veja, a comparação das práticas pode fazer com que o judiciário emule as práticas arbitrais. Ou que o legislativo positive suas práticas e fundamentos.¹⁸

A competição entre a prestação jurisdicional pública e privada contribui, assim, para a modernização legislativa e para a melhora do ambiente normativo e institucional. Nas palavras de Richard Posner, “quando as partes podem efetivamente estipular o foro, público ou privado, para resolverem disputas [...] a competição é factível e nós devemos esperar o surgimento de uma legislação substantiva mais eficiente” (LANDES; POSNER, 1978).

Essa assertiva é comprovada, de um ponto de vista histórico, pela absorção da Lex Mercatoria pelas diversas legislações comerciais dos Estados modernos. A Lex Mercatoria pode ser definida como corpo de normas criado por comerciantes na Idade Média a fim de atender às necessidades do renascimento comercial europeu. Esse sistema de normas surgiu como alternativa aos sistemas jurídicos que criavam entraves (ou elevados custos de transação) às relações comerciais da época, oferecendo aos agentes econômicos um sistema de solução de conflitos independente do Estado (GOLDMAN, 1964).

Podemos afirmar, assim, que a competição incentiva os sistemas de prestação jurisdicional mais eficientes a inovar e os sistemas menos eficientes a emular. Ao longo do tempo, o aumento da competição entre a prestação jurisdicional pública e privada enseja alinhamento entre as políticas judiciais e as necessidades dos seus cidadãos. Nas

¹⁸ SALAMA, Bruno Meyerhoff, PUGLIESE Antonio Celso Fonseca. A Economia Da Arbitragem: Escolha Racional E Geração De Valor. **IN REVISTA DE DIREITO GV, SÃO PAULO**. Pág. 22. Jan-jun 2008.

palavras de Robert Cooter, “a competição enseja a evolução legal, [...] a inovação diferencia e a emulação harmoniza” (COOTER, 2000, p. 137).

Neste artigo, os autores informam a maior imparcialidade do juízo arbitral, mormente em casos de comércio internacional. Um juízo arbitral localizado em um terceiro país que não aqueles envolvidos na disputa, afasta qualquer possibilidade de questões de nacionalismos interferirem na justiça da decisão:¹⁹

,A diminuição de custos também pode ser reflexo de maior garantia de imparcialidade do árbitro. Em relações comerciais internacionais, por exemplo, existe temor de que as cortes estatais favoreçam a parte nacional em detrimento da parte estrangeira. A possibilidade de determinar, contratualmente, que a arbitragem ocorra em jurisdição estranha às partes faz com que cada uma delas retire de seus custos a parcela correspondente ao risco de litigar em ambiente jurídico desfavorável (BÜHRING-UHLE, 2005, p. 25).

Em síntese a arbitragem como elemento da governança contratual reduz os custos de transação tanto em escala micro como macro e, por ser mais eficiente, incentiva o comportamento virtuoso das partes.

1.2 Modos de Governança e o uso da arbitragem

Entendida a arbitragem como uma adaptação da governança das transações no intuito de mitigar os custos da transação, é necessário cruzar - lá com os modos de governança das transações informados pelas ciências econômicas e analisar sua possível eficácia no mercado. Lembrando que as transações com o estado e as que envolvam o interesse público não podem ser harmonizadas pela arbitragem.

¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhoff, PUGLIESE Antonio Celso Fonseca. A Economia Da Arbitragem: Escolha Racional E Geração De Valor. **IN REVISTA DE DIREITO GV, SÃO PAULO**. Pág. 20. Jan-jun 2008.

Williamson demonstra que existem três modos de governança: simples transações no mercado, hierarquias e contratos de longo termo, sendo a terceira colaboração da análise econômica dos contratos.

As primeiras são as transações pontuais, dada a sua simplicidade não ensejam política de governança, pois não são continuadas, a transação se resolve naquele momento. Para este modo de governança, Williamson entende que o sistema de harmonização das transações é o *legal law*, ou seja, via poder judiciário.

No outro extremo, há o modo hierárquico, no qual dada a complexidade e fundamentalidade da transação para a atividade econômica em análise, cria-se um ente com vida própria a unificar e hierarquizar as transações sob uma única propriedade, de modo que as transações sejam harmonizadas internamente. Nestes casos, em tese, não há conflito de interesses na transação, pois há controle uno sobre a organização.

Entre estes dois opostos, há o modo híbrido de governança com sua funcionalidade para transações em que a manutenção no tempo agregue valor a operação. Aqui, cabe a idéia de contrato como *framework* para adequação das transações.

Nesta senda, Oliver Williamson:

The economics of governance makes three basic governance structure distinctions: classical markets (simple spot market exchange), hybrid contracting (of a long term kind), and hierarchies (firms, bureaus). The key features of governance – differential incentive intensity, administrative control, and contract law regime – are postulated to vary among modes in internally consistent ways. Different attribute combinations give rise to distinctive adaptive strengths and weaknesses. Specifically, the market mode works out of high powered incentives, little administrative control, and a legal rules contract law regime – which is well suited to implement

autonomous adaptations but poorly suited to effect cooperative adaptations. The set of complementary attributes that describes hierarchy is antipodal to the market mode – in that hierarchy uses low powered incentives, considerable administrative control, and the courts are deferential – which reverses these adaptive capabilities. The hybrid is a compromise mode that is located between market and hierarchy on all three attributes and works well, but not surpassingly well, in both autonomous and coordinated adaptation respects. The viability of the hybrid turns crucially on the efficacy of credible commitments (penalties for premature termination, information disclosure and verification mechanisms, specialized dispute settlement, and the like – the cost effectiveness of which varies with the attributes of transactions (Williamson, 1991b; Menard, 2004)).

A atividade empresarial, em verdade, comporta os três modos de governança, e em todos eles há a possibilidade de utilização da arbitragem para harmonizar as transações.

Nas simples trocas do mercado, em qual são exemplos, negócios de ocasião para aquisição de um bem, a título de investimento ou até mesmo como elemento operacional da empresa, poder-se-ia utilizar a cláusula compromissória nestas negociações. Malgrado, referido autor autorize o poder judiciário neste modo.

No modo organizacional da firma, em que pese as transações sejam unificadas sob o mesmo título de propriedade, há espaço para a arbitragem para as transações de controle da empresa. Nas sociedades anônimas, a arbitragem já é utilizada em larga escala. Poder-se-ia ampliar este espectro de atuação utilizando a no tipo limitada.

Por fim, nos contratos de longo termo, governança mais aplicada na organização empresarial, em qual são exemplos os contratos com fornecedores e clientes, a arbitragem, também pode ser aplicada em larga escala. Nestas transações, a contratação estável é essencial, o custo de perda de clientes ou da falta de insumos para a atividade é altíssimo podendo travar a empresa por inteiro.

2. Aspectos Conceituais

2.1 Conceito.

Arbitragem é a resolução de conflitos sociais resistidos (lide), por terceiro imparcial, escolhido pelas partes, nos casos em que a lei assim o permita, mediante critérios de justiça convencionados, desde que a manifestação de vontade seja perfeita. Trata-se, portanto, de atividade jurisdicional mitigada na medida em que há decisão revestida de trânsito em julgado, sem, contudo, haver instrumentos próprios para medidas de urgência, coerção e execução, cooperando com a jurisdição estatal para tanto.

2.2 Natureza Jurídica da Arbitragem.

Usualmente, utiliza-se a expressão natureza jurídica, a fim de classificar dado instituto conforme os tradicionais ramos do Direito: Civil, Processual, Administrativo etc... E, assim, fazer incidir determinado microssistema jurídico. De certa forma, esta assertiva é correta, contudo o instituto da arbitragem é a prova irrefutável que não se pode falar em ramos do Direito, se não em teias de Direito.

Mostra-se correta, haja vista o Sistema Jurídico conter milhões de normas e cabe ao aplicador elencar aquelas pertinentes a determinado fato.

Todavia, a arbitragem parte de dois “ramos” diametralmente opostos: Atividade negocial e atividade jurisdicional, a primeira baseada na liberdade de constituir relações jurídicas e a segunda atividade privativa do poder judiciário, guardiã e adstrita ao Direito.

A jurisdição consiste no poder-dever de decisão sobre determinado conflito com instrumentos institucionais para cumprimento destas decisões. A evolução do Estado Constitucional incorporou a atividade jurisdicional para si. Em outros tempos, o “juiz” era o chefe do clã ou o tutor espiritual de determinada sociedade. Assim o eram, por terem o poder de deus ou o poder da força para fazer valer suas decisões.

No estado constitucional, o estado administra o uso da força conforme critérios comuns de justiça, o Direito. Isto representa uma garantia ao cidadão, que por um lado, abre mão de resolver suas disputas por suas próprias mãos e por outro tem a garantia do Estado que resolverá seus conflitos de forma justa e civilizada.

A Constituição de 1988 assim dispõe em seu artigo 5º, inciso XXXV:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Complementando, o inciso XXXVII, do acima referido artigo dispõe:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Neste sentido, preceitua o Código de Processo Civil:

Art. 1º A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este Código estabelece

Face a este arcabouço normativo, poderia concluir-se pelo monopólio estatal da atividade jurisdicional, ocorre que a Lei da Arbitragem (9.307/96) empreendeu verdadeira revolução no Direito pátrio, vale ressaltar que anteriormente ao advento desta lei, a arbitragem não era jurisdicional, vez que necessitava de homologação do laudo arbitral pelo poder judiciário e a cláusula compromissória não tinha execução própria, era resolvida no âmbito privado como perdas e danos.

Como dito, a jurisdição arbitral é mitigada, tendo em vista alguns poderes não serem outorgados ao instituto, aqueles que se utilizam da força coercitiva e aqueles referentes a medidas de urgência.

Ademais, a *fairness* do processo está garantida, tal expressão trata das normas que garantem um processo equilibrado e leal nas relações parte-parte e partes-juízo arbitral, em outros termos, a ordem pública cogente, para tanto existem mecanismos de controle perante o poder judiciário.

De fato seria inconstitucional outorgar a força coercitiva à ente privado, ou tolher de apreciação judicial fatos que violassem, por assim dizer, o “jogo limpo” e a lisura do procedimento arbitral.

Cita-se a possibilidade de recorrer ao poder judiciário: caso a parte que comprometida com a via arbitral resista à sua instituição; se haja conflito face à determinação do árbitro ou em casos de suspeição e impedimento deste; em casos de nulidade invalidade e ineficácia da convenção arbitral; em caso de necessidade de medidas coercitivas, cautelares e executivas; ou em casos de nulidade da sentença, sendo que aquelas que atentem à “fairness” não podem ser convalidadas.

A nova legislação é expressa no sentido da autonomia da manifestação de vontade para a via arbitral, dentro do permissivo legal, bem como da livre escolha do juízo e do direito aplicado à arbitragem, além disso, permite as partes estipularem seus critérios do que venha a ser justo. Por outro lado, confere a sentença arbitral o caráter de coisa julgada com força executiva.

Diante destas características, salta aos olhos os efeitos negociais e jurisdicionais da arbitragem. Em verdade, a arbitragem é negócio jurídico *sui generis*. Veja, o Código Civil (artigo 104 e seguintes), em sua parte geral traz as linhas gerais dos negócios jurídicos, e é neste arquétipo que se enquadra a convenção de arbitragem.

Em que pese, a lei de arbitragem, refira em seu artigo primeiro, “liberdade para contratar” e o Código Civil, no artigo 853, insira a cláusula compromissória dentro do livro dos contratos em espécie. Mesma terminologia, adotada por Guido Fernando da Silva Soares²⁰:

Ela é, a um só tempo jurisdição e contrato, sendo um procedimento estipulado pelas partes, com rito por elas determinado, ou na falta, suprido por lei processual de sede do tribunal arbitral, fundando-se no acordo de vontade das partes que procuram obter a solução de um litígio ou de uma controvérsia.

Contrato é espécie do gênero negócio jurídico, o que caracteriza o contrato é o seu objeto, ou seja, bens econômicos, o contrato envolve necessariamente troca de riquezas. É o instrumento da circulação de capital. Note-se, a arbitragem tem como objeto a prestação jurisdicional. De forma mediata haverá o direito a bem econômico que será concedido a uma das partes. O contrato, por seu turno, é sinalagmático, exige prestação e contraprestação, ou seja, vontades complementares e correspondentes. Na arbitragem as vontades são convergentes. Partilhando este raciocínio, traz-se a lição de Eduardo Silva da Silva²¹:

A recusa a expressões como *natureza contratual da arbitragem* ou *contrato de arbitragem* advém da constatação de que o termo contrato não consegue representar com a fidelidade necessária a dinâmica intrínseca ao instituto nem a gama de vínculos inerentes a tais pactos, seja entre as partes envolvidas ou destas com os árbitros, dos árbitros entre si, e ainda, destes com o tribunal arbitral que venham a constituir. Na mesma medida em que o termo *contrato* diz

²⁰ VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária, 2004.

²¹ Silva, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

normalmente com a circulação de riquezas e com a instrumental jurídico para o câmbio econômico, a idéia de negócio jurídico dispositivo e constitutivo serve melhor para designar pactos dirigidos à criação de vínculos em que não se faça presente a contraposição de vontades, típicas dos contratos, mas, ao contrário verdadeira convergência de vontades, que no caso da arbitragem, dirige-se a diluição de controvérsias, através da submissão a um microsistema próprio integrante do quadro geral de mecanismos de pacificação de controvérsias.

Enfim, partilha-se do posicionamento de Guido Fernando da Silva Soares, acima citado, de que a arbitragem tem natureza negocial e jurisdicional, não havendo contradição lógica intrínseca no instituto. A percepção do Direito não em ramos estratificados, mas sim em teias, fornece instrumentos hermenêuticos, para integração e sinergia dos efeitos das normas, mesmo que, aparentemente, suas premissas sejam inconciliáveis.

Ademais, refuta-se a idéia de usurpação privada da atividade jurisdicional estatal, como visto, a arbitragem interage com a jurisdição estatal e por vezes cobra cooperação desta. A arbitragem está inserida no Direito Positivo, o estado delega poder jurisdicional para os agentes privados nos casos restritos e limítrofes pela lei, direitos patrimoniais disponíveis.

O estado concede seu braço para complementar a jurisdição arbitral, como acima proposto. Antes de serem concorrentes ou excludentes, a jurisdição arbitral e estatal são co-operativas.

Em uma mão, os juízos arbitrais têm o respaldo do poder judiciário, em outra os juizados arbitrais reduzem a demanda litigiosa estatal e ainda, quando necessária a execução estatal, preparam a demanda com qualidade técnica em suas decisões. Deve-se levar em conta, que as demandas levadas a juízo arbitral são complexas e exigem conhecimentos técnicos que nem sempre o judiciário está preparado para resolver, são aqueles casos intrincados que nos trâmites estatais tornam-se morosos.

A fim de ilustrar o conceito cooperativo, contrapõe-se ao conceito de Carlos Alberto Carmona, festejado doutrinário da arbitragem, para quem a arbitragem tem natureza jurisdicional, sem intervenção estatal, assim a conceitua²²:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada a disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Tal, deve-se à idéia que o termo jurisdição representa para o autor, em suas palavras jurisdição resume-se a dizer o Direito, simplesmente, decidir a lide²³:

O art. 32 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem.

Em que pese a opinião deste autor, entende-se que a idéia de jurisdição é mais ampla. Para a sociedade não basta dizer quem está certo ou errado, é necessário efetivar-se esta decisão através da força, quando a decisão não for cumprida espontaneamente, refere-se à execução.

Haja vista o juízo arbitral não ter poderes para utilizar-se da força executiva, não possui jurisdição plena, esta reserva do uso da força ao estado, impõe a cooperação entre juízo estatal e juízo arbitral, compondo nestes casos, a jurisdição.

Evidente, que a força executiva da sentença arbitral na via estatal aumenta sobremaneira o cumprimento espontâneo destas decisões, jurisdição

²² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 51.

²³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 45.

é enfim, a tutela efetiva do bem da vida litigado e não mera decisão de expediente sobre quem está com a razão.

Adiante na mesma obra, o autor reitera esta idéia, todavia, admite a intervenção estatal²⁴:

Por último, ficou claro que a arbitragem é mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, de tal sorte que a intervenção do poder judiciário ou não existirá, ou então será invocada quando houver necessidade de utilizar a força diante da resistência de uma das partes ou de terceiros (condução de testemunhas, implementação de medidas cautelares, execução de provimentos antecipatórios ou execução de sentença arbitral.

A própria expressão “intervenção estatal”, denota pejorativamente a atuação do estado face à arbitragem, aqui, defende-se o termo cooperação em vistas à integrar e harmonizar os instrumentos jurisdicionais. O direito positivo define esta cooperação, não podem seus comentadores desconsiderá-la.

É muito comum, dentre aqueles que defendem a liberdade, aqui entendida, como a superioridade do juízo arbitral face ao estatal, defender a não intervenção do estado na sociedade, isto, contudo, é falacioso deve-se buscar a cooperação e integração dos interesses sociais com a atuação estatal.

É compreensível, em um país de atuação estatal maciça e sufocante, que os doutrinadores com tendências mais liberais busquem a ruptura com o estado a todo custo, mesmo que para isso percam a realidade das normas postas.

Enfim, não existe jurisdição privada, se não a cooperação estatal e privada. Vista sob esta perspectiva cooperativa não é violada a inafastabilidade do controle judicial nem a unidade da Jurisdição.

²⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 52.

2.3 Constitucionalidade da Arbitragem.

A questão da constitucionalidade da lei de arbitragem já foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Na interpretação do Supremo, o indivíduo não é obrigado a exercer sua ação sobre direitos disponíveis e nem o estado tem poderes para exercê-la em favor do cidadão, por se tratar de matéria que não translada a esfera do indivíduo. Também a inafastabilidade da jurisdição, em se tratando de direitos disponíveis, diz sobre a possibilidade de o cidadão acionar o estado, não que ele efetivamente deva fazer isso

O julgamento no Supremo não foi unânime, e as discussões foram polarizadas de um lado por Nelson Jobim, a favor da constitucionalidade, e de outro, Sepúlveda Pertence e José Carlos Moreira Alves contra. Nelson Jobim em voto catedrático orientou o argumento vencedor.

Resumindo estes fundamentos, traz se enxerto da argumentação da ministra Ellen Gracie Northfleet²⁵:

A leitura que faço da garantia enfocada no art. 5º, XXXV, é de que a inserção da cláusula assecuratória de acesso ao judiciário, em nosso ordenamento constitucional, tem origem e se explica pela necessidade de precaterem-se os direitos dos cidadãos contra atuação de órgãos administrativos, próprios de regimes autoritários. A arqueologia da garantia da via judiciária leva-nos a verificar que a cláusula sempre teve em mira, preponderantemente, o direito de defesa ante os tribunais, contra atos dos poderes públicos. Por isso mesmo é, ineludivelmente, o legislador o destinatário da norma que reza: “ a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

(SE- AgR 5206 / EP – ESPANHA - AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA – Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, voto ministra Ellen Gracie, pág. 5)

Complementando, vem o voto do ministro Carlos Velloso²⁶:

²⁵ STF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

Posta assim a questão, parece-me correta a afirmativa, contida no parecer do Procurador-Geral da República, no sentido de que “direito de ação” não quer dizer “dever de ação judicial. Nada impede exercer a pessoa física ou jurídica, o direito de transigir a respeito de direitos disponíveis. Não trata mal o princípio da inafastabilidade do controle judicial a pessoa que, capaz de contratar, submete à arbitragem os litígios seus, ainda mais se, ocorrendo causa de nulidade, pode ela pedir a tutela jurisdicional.

(SE- AgR 5206 / EP – ESPANHA - AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA – Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, voto ministra Carlos Velloso, pág. 1 -2)

Por fim, colaciona-se a ementa deste julgado, que assim, deu aval para desenvolvimento e sedimentação do instituto da arbitragem:²⁷.

3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art.

²⁶ STF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

²⁷ STF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

(SE- AgR 5206 / EP – ESPANHA - AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA – Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, ementa)

Estabelecido o conceito e natureza jurídica da arbitragem, passa-se a pontuar as normas deste instituto.

3 Valores

3.1 Liberdade

Passando aos aspectos normativos da arbitragem, Humberto Bergmann Ávila, conceitua os valores:

Os valores constituem o aspecto axiológico das normas, na medida em que indicam que algo é bom e, por isso, digno de ser buscado ou preservado, Nessa perspectiva, a liberdade é um valor, e por isso, deve ser buscada ou preservada..²⁸

Liberdade é o potencial dos agentes sociais de buscar seu ideal de vida boa da maneira que julgar adequado. Assim, os agentes podem perseguir seus objetivos de forma otimizada em conformidade com suas finalidades estabelecidas.

A liberdade produz efeitos duais, ou seja, da mesma forma que normatiza direitos subjetivos, normatiza também deveres subjetivos. Ambos efeitos atuam de forma integrada, se por um lado, temos potência para agir, por outro, temos o dever de sustentabilidade das relações e atividades que estabelecemos.

²⁸ AVILA, Humberto Bergamnn. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2ª tiragem, 2005, p. 96.

A sustentabilidade atua em todos as relações e atividades que o indivíduo estabelece, seja, em sua dimensão biológica (relacionando-se com o meio ambiente), dimensão econômica (relacionando-se com o mercado), jurídica(relacionando-se com o Sistema Jurídico), político, social etc...

A sustentabilidade implica que os entes com os quais nos relacionamos recebam impactos positivos, de forma que se mantenha no futuro a relação nos mesmos padrões de qualidade daqueles do tempo presente. A relação sustentável com meio ambiente, deve promover que as futuras gerações humanas possam interagir com o ecossistema em iguais condições ou melhores que as atuais.

Outro exemplo, somos livres para constituir atividade econômica no mercado, mas devemos primar pela sustentabilidade financeira do empreendimento sob pena do seu esgotamento. Devem-se adotar conduta leal e cooperativa nas relações comerciais, sob pena de perda do parceiro e aumento do custo de transação.

Enfim, sustentabilidade é a manutenção da prosperidade, sem esgotamento dos recursos e das relações, harmonizando a potência dos indivíduos, que sem este contrapeso poderiam dentro de sua autonomia exercer práticas com impactos negativos nos outros indivíduos e no meio que os cerca.

Liberdade é definida como a possibilidade de ação dentro do ordenamento legal, neste sentido John Rawls²⁹:

A descrição geral de uma liberdade, então assume a seguinte forma: esta ou aquela pessoa (ou pessoas) está (ou não está) livre desta ou daquela restrição (ou conjunto de restrições) para fazer (ou não fazer) isto ou aquilo. As associações assim como as pessoas físicas podem não estar livres, e as restrições podem variar desde deveres e proibições definidos por lei até as influencias coercitivas causadas pela opinião publica e pela pressão social. Na maior parte do tempo, discutirei a liberdade em conexão com limitações legais e

²⁹ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**; tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2ª Ed..São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 219.

constitucionais. Nesses casos, a liberdade é uma certa estrutura de instituições, um certo sistema de normas públicas que definem direitos e deveres. Colocadas neste contexto, as pessoas têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições que levam a fazê-la ou não fazê-la, e quando sua ação ou ausência de ação está protegida contra a interferência de outras pessoas.

Na tradição jurídica brasileira, a liberdade é vista como o poder de agir dentro dos limites legais, a exemplo da reflexão trazida por John Rawls

Entende-se esta tradição, haja vista concebermos o estado como o criador, provedor e protetor da sociedade, e se analisarmos historicamente assim o foi: O estado português criou a sociedade brasileira. Pensamos o estado como algo superior e autônomo em relação a sociedade. O criador que prevalece sobre o indivíduo e mantém o posto de gestor do bem, muitas vezes passando por cima da vontade individual. Utilizando metáfora contratual para criação do estado, pode-se afirmar, que o cidadão brasileiro foi obrigado a renunciar sua liberdade para fazer parte do estado.

Todavia, outra concepção é possível, a liberdade para alguns povos, principalmente aqueles que seguem a tradição britânica (Inglaterra, EUA, Austrália e Nova Zelândia) é anterior ao estado, é direito natural, intrínseco ao indivíduo.

Em verdade, como no exemplo norte americano, os indivíduos livres, que estavam sendo oprimidos, juntaram-se para formar o estado, para que este garanta a liberdade individual, sendo motivo legítimo para desconstrução do *status quo*, o abuso do estado face à liberdade do cidadão. Assim, o estado é na verdade o conjunto de todos indivíduos, está submetido à sociedade e deve primar pelas garantias individuais para que o indivíduo se desenvolva, por sua experiência, seu mérito e seu trabalho. É a ética do *self made man*. Neste sentido, para falar-se em liberdade deve-se ter em mente a declaração de independência dos Estados Unidos da América³⁰.

³⁰ <<http://www.lexrex.com/informed/foundingdocuments/declaration.htm> > Acesso em 15 de novembro de 2010.

We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.--That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed,---That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness

Nestes países, nos quais a liberdade é valor supremo e fundador do estado, não haveria sentido a discussão travada pelo STF sobre a constitucionalidade da arbitragem. A liberdade é anterior ao estado, e nem uma garantia pode ser maior, que a própria garantia da liberdade, ou seja, se o cidadão quer evitar o judiciário que assim seja. Não pode o estado tolher-lhe este direito de afastar a jurisdição estatal.

Destarte, a Lei de Arbitragem, ao delegar às partes a escolha do direito aplicável e do juízo competente promoveu a liberdade no sistema jurídico.

3.2 Acesso a Justiça – Direito Fundamental a Tutela Jurisdicional Efetiva

Como dito, o estado tomou, para si o poder de solver os conflitos da sociedade, através da atividade jurisdicional, assim a evolução histórica constituiu um poder específico dentro do arquétipo institucional do estado, o poder judiciário, de tal sorte que a prestação da tutela jurisdicional é dever do estado. Por isso, diz-se poder-dever.

Deste fato emergem duas conclusões: a) Quando observada uma lide, conflito resistido de interesses subjetivos, o indivíduo não pode utilizar-se de meios privados de execução ou seja não pode usar a força própria para tutelar seu interesse. Desta feita, deve recorrer ao estado; b) O estado deve garantir livre acesso para que o indivíduo leve seus conflitos à resolução eficiente (rigor

tecnológico e celeridade); c) deve efetivamente tutelar os interesses subjetivos litigados, de modo a produzir impactos na realidade.

O direito à tutela jurisdicional efetiva é visto como Direito Fundamental. Corroborando esta afirmação, trazem-se a baila os ensinamentos de Daniel Francisco Mitidiero:³¹

Seguramente, ninguém mais coloca em questão a existência, na ordem jurídica brasileira, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art.5º XXXV, CRFB).

O autor acima citado prossegue sua reflexão:³²

O direito fundamental à tutela jurisdicional implica o reconhecimento da existência de um direito a proteção jurisdicional adequada e efetiva. Adequada e efetiva. Adequada, no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la especificamente em tempo hábil.

A arbitragem, como já visto na análise econômica, é uma adaptação das governanças das transações e na medida que

³¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 60.

³² MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 92-93.

4 Princípios

4.1 Autonomia da Vontade.

Humberto Bergmann Ávila, assim, define aplicação dos princípios:³³

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (...)

O princípio da autonomia da vontade diz que as manifestações perfeitas da vontade criam normas para aqueles que assim procederem. Normatizam, e, portanto, obrigam as partes conforme sua vontade.

A vontade é a expressão do valor liberdade, é virtuosa, na medida em que o indivíduo pondera sua potência com a sustentabilidade de suas relações. A vontade é a força motriz da ação individual desde as relações pessoais do indivíduo até as atividades econômicas. Demonstra as posições e planos do indivíduo para o mundo a sua volta.

Autonomia por seu turno, expressa duas idéias: A primeira diz que a vontade é livre (livre iniciativa); A segunda, que uma vez exteriorizada ela é autônoma em relação ao indivíduo, assim, produz efeitos mesmo que o indivíduo mude, posteriormente, sua vontade.

Quando pensamos este princípio na relação econômica, devemos pensá-lo não de forma estática, mas de forma dinâmica, a vontade dos agentes

³³ AVILA, Humberto Bergamnn. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2ª tiragem, 2005, p. 96.

econômicos muda conforme o mercado e está sempre a serviço da otimização da relação econômica entre as partes. Contudo, uma vez declarada a vontade, se as partes consentirem na alteração do pacto, devem também manifestar a novel vontade. Ou seja, a relativização da vontade deve ser consentida entre as partes. O que, ciclicamente, entra no conceito de autonomia da vontade.

A autonomia da vontade tem por limite o Sistema Jurídico e as normas impositivas do estado em relação ao indivíduo. Tanto a lei de arbitragem quanto o código civil falam em ordem pública. A definição do conteúdo deste conceito é controversa, prefere-se dizer que a ordem pública são aquelas normas cogentes que o indivíduo não pode relativizar sua aplicação. No âmbito da arbitragem dizem respeito ao objeto do negócio jurídico arbitral e as normas que garantem o “jogo limpo” entre as partes envolvidas.

A doutrina civilista vem tentando dar novos contornos a este princípio, por exemplo, Eduardo Silva da Silva, glosando as lições de Luigi Ferri, Emilio Betti, Norberto Bobbio, Miguel Reale entre outros, constrói a evolução da terminologia do princípio de autonomia da vontade para autonomia privada, chegando a autonomia negocial³⁴:

Há também de se registrar o avanço, ao se distinguir, a autonomia privada do interior do amplo arcabouço da autonomia da vontade, sendo também, preciso reconhecer que o conceito ainda restou pouco preciso, na medida em que a autonomia privada passa a ser considerada substrato genérico de todos os atos jurídicos do Direito Privado e não só do negócio jurídico. Sob o teto comum da autonomia privada, abrigam-se concomitantemente a decisão particular de casar-se, de escolher esta ou aquela pessoa para cônjuge, a de edificar, a de prestar serviços, a de doar, a receber doações, a de obrigar-se solidariamente, alugar ou vender, entre tantos atos de autonomia privada.

Somando-se à tendência de especificidade e objetividade que trilham os institutos jurídicos como reflexo de uma sociedade plural e segmentada, o termo autonomia privada tem encontrado recentemente mais precisão. Doutrina, mais recente, em paralela

³⁴ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: Dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 71-72.

simetria a praxe dos que operam no campo da livre iniciativa econômica, passam a valer-se da expressão autonomia ou poder negocial, para designar o fundamento específico dos negócios jurídicos, produzidos, sobretudo no campo do direito dos comerciantes, e mais, modernamente da empresa, pela necessidade ainda mais continua de produção de novas formas jurídicas e negociais a fim de atender às necessidades sempre novas do comércio, com feição cada vez mais internacional. Não se trata de mera mutação do vernáculo, mas de reconstrução efetiva de um espaço reservado aos particulares com sua adequação aos valores que norteiam atualmente o Direito Privado, sobretudo com a valorização dos princípios constitucionais da solidariedade e da função social.

Todavia, em meu sentir, tais proposições são equivocadas. Primeiramente, por exprimir o mesmo conteúdo normativo, ou seja, são meramente variações literárias, são expressões sinônimas.

Em segundo lugar, tenta-se fazer crer que este princípio somente passou a ter restrições após o advento da Constituição de 1988 e o advento do conceito de função social e o valor solidariedade, ora, desde sempre, a autonomia da vontade encontrou resistência na ordem pública.

Faz-se crer que as relações econômicas necessitam da normatividade estatal para manutenção da probidade. Esquecem estes, que ao contrário da atuação estatal em muitos exemplos históricos, as trocas comerciais tendem a paz e a cooperação. Pois o mercado é seletivo, seleciona pelo lucro e confiabilidade que os parceiros comerciais emanam. Uma relação comercial desleal, não se repetirá e o próprio mercado e seus agentes encarregam-se de excluir os maus negociadores. Na verdade foi o próprio estado que adotou os princípios e valores do comércio: boa Fé, lealdade, cooperação, alteridade, relações equilibradas, *fair trade* etc...

Em terceiro, a vontade que manifesta-se para uma doação, para um casamento, para arbitragem ou para um contrato não tem diferença estrutural. São expressões da liberdade, nas quais incide o mesmo princípio, só que seus regimes são regulados por regras próprias.

Em quarto, tenta segmentar o Direito Privado ao invés de integrá-lo do ponto de vista sistemático, se bem analisarmos, a segmentação é a expressão do paradigma iluminista cartesiano. Muito se critica o individualismo pregado pelo iluminismo e a troca das terminologias, em verdade, tem esta motivação: Romper com o individualismo iluminista.

Aqui vale outra distinção, individualismo é o exercício virtuoso e sustentável da liberdade, egoísmo, por seu turno, é o exercício da liberdade com impactos sociais nocivos.

Por fim entende-se, que a expressão autonomia da vontade, é a que melhor instrumentaliza o valor liberdade, pois ela traz a idéia kantiana da liberdade ser virtuosa. Autonomia da Vontade, não denota egoísmo, desejos irascíveis, necessidades egocêntricas, levar vantagem sobre outrem, é, pois, o dever racional de exercer a liberdade de forma moralmente positiva.

Na arbitragem, a autonomia da vontade se perfeita, lembrando que existem regras para quando a vontade mostra-se viciada, obriga à instituição do juízo arbitral e permite escolha dos critérios de justiça e qual tribunal solverá o conflito.

No mesmo termo e sentido, como antes alinhavado, Ricardo Soares Stersi dos Santos³⁵:

A autonomia da vontade tem um papel de destaque na arbitragem, visto que o instituto está alicerçado, basicamente, na manifestação da vontade das partes. O aludido princípio exprime a idéia de que a vontade das partes cria, livremente, o negócio jurídico e determina seu conteúdo.

Em perfeita consonância, Carlos Alberto Carmona³⁶:

Contrariando a alternativa escolhida pela Lei de Introdução ao Código Civil, o legislador prestigiou, no que se refere à arbitragem, o princípio da autonomia da vontade que – na visão dos

³⁵ Santos, Ricardo Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2004, p 39.

³⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um comentário a Lei n. 9.307/96**. 2ª Ed. Ver. atual.e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 75.

internacionalistas – caracterizaria a possibilidade de exercerem as partes, livremente, a escolha da legislação à qual queiram submeter-se, limitada tal escolha, de um lado, pela noção de ordem pública e de, outro, pelas leis imperativas.

4.2 Boa Fé

Entende-se por boa fé, o dever de conduta do individuo de relacionar-se de forma honesta, leal e cooperativa de modo a possibilitar relações harmônicas e efetivas, no qual ambas as partes tenham pleno acesso às prestações que lhe cabem.

Tal principio, na verdade incide sobre todo o sistema jurídico, é instrumento deveras importante para concretização dos valores tendo em vista sua textura aberta operacionalizar o dever abstrato de que as partes em um negócio auxiliem-se mutuamente. Nesta sistemática, encaixam-se os valores mais nobres do sistema: Probidade, lealdade, previsibilidade, segurança, compromisso com a verdade, confiança etc...

Sua constituição é de tal forma aberta, que encontra-se na doutrina quem a defina como clausula geral ou ainda conceito jurídico indeterminado. Orlando Gomes assim a define³⁷:

“Ao princípio da boa-fé empresta-se ainda um outro significado. Para traduzir o interesse social de segurança das relações jurídicas, diz-se, como está expresso no Código Civil alemão, que as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocos. Numa palavra, devem proceder com boa-fé. Indo mais adiante, aventa-se a idéia de que entre o credor e o devedor é necessária a colaboração, um ajudando o outro na execução do contrato. A tanto, evidentemente, não se pode chegar, dada a contraposição de interesses, mas é certo que a conduta tanto de um como de outro, subordina-se a regras que visam a impedir dificulte uma parte a ação de outra”.

A boa fé aparece tanto na dimensão negocial quanto processual do instituto: Na primeira, devem as partes observá-la quando manifestada a vontade e na segunda no curso do processo arbitral.

³⁷ Gomes, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 43.

4.3 Princípio do Contraditório

A solução dos conflitos deve ser guiada pela busca da reconstrução da realidade fática e uma decisão conforme os critérios de justiça estabelecidos. Nesse âmbito o princípio do contraditório determina que as partes atuem positivamente de modo a colaborar para a decisão.

A arbitragem solve litígio ocorrido no passado em momento futuro, o julgador não esteve presente durante as negociações nem na execução do contrato. Assim, o processo corre de forma dialética para transportar os fatos para o ambiente institucional de sua resolução, as partes dialogam com o árbitro para viabilizar o juízo decisório justo.

Desta feita, as partes devem ter plena ciência dos fatos, provas e fundamentos expostos pela parte adversa e também poder contraditá-los, seja de forma meramente argumentativa ou se necessário produzindo provas. Sobre este princípio, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira³⁸:

Ora, o concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto na pesquisa dos fatos quanto na valorização jurídica da causa, constitui dado que influi de maneira decisiva na própria extensão do princípio do contraditório. Basta pensar que essa colaboração só pode ser realmente eficaz se vivificada por permanente diálogo, com a comunicação das idéias subministradas por cada um deles: juízos históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão.

Dentro dessas coordenadas, o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta a que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada

³⁸ Oliveira, Carlos Alberto Alvaro. **Garantia do Contraditório**. Disponível em <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm > , acesso em 10 de novembro de 2010. Pág 6-7.

decisão, possibilitando-se sua manifestação a respeito em tempo adequado (seja mediante requerimentos, recursos, contraditas etc.). Também se revela imprescindível abrir-se a cada uma das partes a possibilidade de participar do juízo de fato, tanto na indicação da prova quanto na sua formação, fator este último importante mesmo naquela determinada de ofício pelo órgão judicial. O mesmo se diga no concernente à formação do juízo de direito, nada obstante decorra dos poderes de ofício do órgão judicial ou por imposição da regra *iura novit curia*, pois a parte não pode ser surpreendida por um novo enfoque jurídico de caráter essencial tomado como fundamento da decisão, sem ouvida dos contraditores.

Complementando, Alexandre Freitas Câmara³⁹:

Ao afirmar a Lei de Arbitragem que o procedimento arbitral deve ser realizado em contraditório (o que faz dele mais que um “mero procedimento”, transformando-o em processo), impõe-se a estrita observância deste princípio, segundo o qual as partes deverão tomar conhecimento de todos os atos e termos do processo, podendo ainda manifestar-se sobre os mesmos. Assegura-se, com isto, a participação efetiva dos interessados na formação do provimento que irá solucionar o conflito de interesses existentes entre os litigantes. Tal participação se dará através da assunção, pelos litigantes, de posições jurídicas ativas e passivas ao longo do procedimento, podendo as partes praticarem atos na defesa de seus interesses (como, por exemplo, inquirir testemunhas ou apresentar documentos), e devendo ainda sujeitarem-se os litigantes à eficácia dos atos praticados pelo adversário (tendo de submeter, por exemplo, à produção de efeitos no processo de um documento trazido pela parte contrária).

4.4 Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade no processo arbitral determina que as partes sejam tratadas de forma idêntica pelo árbitro. Na arbitragem a expressão do

³⁹ Câmara, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei 9.307/96 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 1997, p. 67.

princípio é meramente formal na medida de que deve garantir paridade de armas aos litigantes.

Pelo objeto da arbitragem ser direitos disponíveis, e as partes serem consideradas livres e iguais, aliado ao fato de haver prévia estipulação procedimental e dos critérios de justiça, não se pode conceber que o árbitro atue de forma positiva a fim de corrigir eventuais desigualdades materiais entre as partes. A atuação do árbitro deve ser simétrica em relação às partes.

Neste Sentido, Carlos Alberto Carmona⁴⁰:

Quanto ao princípio da Igualdade, que estabelece a paridade entre os litigantes, necessário notar que não existem no processo arbitral os mesmos mecanismos de transformação da igualdade formal em igualdade material de que dispõe o juiz estatal. Desta forma, a igualdade de que trata a lei permanece numa dimensão estática, dificilmente superável. É preciso, porém, lembrar que no processo arbitral as partes encontram-se normalmente em situação bastante equilibrada e escolhem espontaneamente o meio através do qual resolverão seu litígio.

(...)

Em síntese quis, o legislador – ao inserir o princípio da igualdade como fundamento da arbitragem- deixar claro que as partes devem ter a mesma oportunidade de indicar árbitros, de produzir provas, de expor suas razões e fazer valer suas próprias razões, sem privilégios ou prerrogativas.

4.5 Princípios da Imparcialidade e Independência do árbitro.

Imparcialidade é a característica do julgador em não possuir vinculações prévias com quaisquer das partes, deve o árbitro posicionar-se em posição eqüidistante dos litigantes e que sua atuação na condução do processo e na

⁴⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.253-254..

decisão não seja tendenciosa para um dos lados. Deve estar, portanto, despido de interesses no conflito que julgará.

José Carlos Barbosa Moreira, assim lecionou:⁴¹:

(...)ao juiz não deve importar quem vença o litígio, que saia vitorioso o indivíduo 'x' ou o indivíduo 'y' considerados nas suas características de indivíduos. Mas deve importar, sem sombra de dúvida, que saia vitorioso quem tem razão.

A independência, por seu turno, exige que o árbitro seja autônomo e livre de qualquer tipo de coação ou pressão, seja por parte das partes, do estado, de agentes interessados no litígio, organizações, do tribunal arbitral etc.

Selma Maria Ferreira Lemes comparou e diferenciou os dois princípios⁴²:

Na visão deontológica este preceito é definido como a manutenção pelo arbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de sua prestação não ceda à pressão nem de terceiros nem das partes. Nesta independência de aplicação da objetividade está a liberdade de autodeterminação na ordem de sua conduta e no exercício arbitral.

A independência se fundamenta em critérios objetivos de verificação e, por sua vez, a imparcialidade está vinculada a critérios subjetivos que, na prática, são de difícil aferição já que externam um espírito (state of mind). É em decorrência deste aspecto prático, que a Corte Internacional de Arbitragem da Camara Internacional – CCI faz menção apenas à independência do árbitro no seu regulamento, no art. 7º, salientando que qualquer árbitro deve ser e manter-se independente das partes envolvidas na arbitragem.

Erro comum, é igualar os sentidos semânticos dos vocábulos imparcialidade e neutralidade. A neutralidade, diz respeito as convicções íntimas do árbitro, suas pré concepções intelectuais calcadas em sua experiência e seus valores morais.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Os poderes do juiz**. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). *O processo civil contemporâneo*. 1994.

⁴² LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: Princípios da Independência e da Imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado. *Jurisprudência* (Lei 9.307/96, sobre arbitragem). São Paulo, LTR, 2001, pág. 53-54.

Neste sentido, o árbitro deve ser imparcial, todavia, não pode ser neutro. A arbitragem como jurisdição específica, impõe ao árbitro que tenha determinadas pré concepções que auxiliarão no julgamento justo da lide. Seria ingenuidade pensarmos, que qualquer julgador, tanto estatal como arbitral seja tabula rasa e que decidiria o caso sem levar em conta suas pré concepções sobre o mundo.

Essa pureza decisória não existe, a possibilidade de escolha do árbitro é importante na medida em que permite escolher o árbitro conforme suas pré concepções, assim, sendo as premissas individuais do árbitro notórias é mais fácil prever a conclusão. Nesta senda, a decisão poderá estar conforme os critérios de justiça das partes. Enfim, a neutralidade não é desejada e mais que isso, é utópica.

Consubstanciando o antes dito, Selma Maria Ferreira Lemes⁴³:

Constitui equívoco manifesto confundir a neutralidade com a imparcialidade. Na linguagem comum podem ser utilizadas como sinônimas, mas na linguagem técnica possuem acepções diferentes. Qualquer árbitro deve ser e permanecer imparcial; mas nenhum árbitro pode ser neutro, posto que tal situação agride a própria natureza humana. O homem, ente pensante, racional, tem emoções; vive e pauta sua conduta em crenças e convicções íntimas. Supor o ser humano neutro é equipará-lo a um robô, um autômato.

A ciência jurídica, o Direito, por refletir e reger a convivência humana, espera que o julgador, ao avaliar os fatos provados e alegados, procure, entre as diversas opções jurídicas que se apresentam a melhor possível. O ato que exterioriza a decisão passa por processo psíquico de avaliação. Tem por substrato as crenças, as convicções e os valores sócio-políticos desse indivíduo que julga. Por lhe serem ínsitos, vê-se ele impossibilitado de impedir que atuem em seu subconsciente. No ato de julgar, de exercer uma opção dentre as muitas possíveis e razoavelmente justificáveis perante o Direito, não será possível libertá-lo do próprio inconsciente, de seus registros mais primitivos. Não há como idealizar um julgamento sem memória e

⁴³ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro:** Princípios da Independência e da Imparcialidade: abordagem no direito internaional, nacional e comparado. Jurisprudência (Lei 9.307/96, sobre arbitragem). São Paulo, LTR, 2001, pág. 64.

sem registros. “*Em sentido pleno, não há neutralidade possível*”, asseverou Luís Roberto Barroso.

Concluindo, os princípios da imparcialidade e independência devem permear o processo arbitral e principalmente a escolha do árbitro, determinam que é defeso ao árbitro considerar qualquer critério subjetivo, seja das partes, seja do entorno destas e do juízo arbitral. Devendo ater-se somente aos fatos, provas e fundamentos objetivamente postos a sua apreciação.

4.6 Princípio do livre convencimento.

O princípio do livre convencimento motivado, ou persuasão racional, informa que o julgador é livre para valorar as provas do processo da maneira que julgar adequado, desde que mediante motivação, conforme artigo 131 do Código de Processo Civil:

Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento

Referido princípio, não permite tarifa legal da prova, por analogia, entende-se também não ser viável a tarifa convencional na arbitragem. O conteúdo deste princípio está sacramentado pela jurisprudência, conforme ⁴⁴

CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO ESTADUAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA PROFISSIONAL. LER/DORT. NEXO CAUSAL. DANO. CONFIGURAÇÃO. RESPONSABILIDADE RECONHECIDA PELO TRIBUNAL A QUO. MATÉRIA DE PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. VALOR. MANUTENÇÃO. PERÍCIA. VALORAÇÃO. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.

⁴⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 865.803. Quarta Turma, Relator: Aldir Passarinho Junior, julgado em 11 de maio 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 15 de novembro de 2010.

I. Não padece de nulidade o acórdão estadual que enfrenta fundamentadamente as questões essenciais ao deslinde da controvérsia.

II. Pelo princípio do livre convencimento, o art. 145 do CPC apenas faculta ao Juiz o auxílio de um expert para a produção de necessária prova técnica, o que não se confunde com a vinculação do magistrado às conclusões da perícia (...)

Neste ponto, cabe uma crítica, muitas vezes a resolução de uma lide esta adstrita à prova técnica, especialmente, quando o objeto controverso ver-se sobre tecnologias. Por exemplo, um conflito sobre softwares ou sobre patentes. Nestes casos, ponderando o valor Justiça com o princípio da autonomia da vontade, poder-se-ia defender que a sentença arbitral ficasse vinculada a prova técnica, mediante convenção das partes, porquanto a violação destes direitos passa não por um juízo jurídico, todavia, técnico.

Por fim, impossível falar em princípio do livre convencimento, sem mencionar os estudos de Danilo Knijnik⁴⁵:

Portanto, à luz de tudo o que se disse, se quisermos responder científica e adequadamente sobre a questão de saber se a livre convicção do juiz é livre, ou quão livre ela é, teremos de concluir que, com FERNÁNDEZ, “no parece muy propia la definición de la convicción como libre, pues a los órganos jurisdiccionales no se les conceden márgenes de aportación subjetivos”. Todavia, “es aceptable la cualidad de libre si se predica de un sistema que actúa según reglas superiores”. Ou seja: a liberdade de que se trata é uma liberdade objetiva e, não, uma liberdade subjetiva, donde fica postulada, no contexto de sua objetividade, o apelo aos referidos modelos de constatação.

Referido autor buscou soluções para esta problemática no Direito comparado⁴⁶:

⁴⁵KNIJINIK, Danilo **Os “Standards” do Convencimento Judicial: Paradigmas para o seu Possível Controle**. Disponível em <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm > acesso em 12 de novembro de 2010. Pág.21..

Os diversos Standards – tais quais a ‘evidence beyond a reasonable doubt’, a ‘preponderance of evidence’ e as ‘special rules’ (v.g., “clear and convincing evidence”); a “mínima atividade probatória”, as dúvidas positivo-concretas e abstrato-negativas, a “doutrina do absurdo” e da “arbitrariedade”, a “congruência narrativa”, o “défaut de motifs” e os modelos matemático-probabilísticos –, por serem tais, devem ser vistos, apenas, como mais um ponto de vista para analisar -se um mesmo problema, concepção que se ajusta a uma ‘visão problemática’ do direito. Por isso, eles não podem, nem devem, ter por missão substituir o processo de convicção enquanto tal: seria algo absolutamente indesejável. Eles são verdadeiros momentos argumentativos, ângulos ou enfoques de observação, devendo ser testados e utilizados sucessivamente, de tal modo que o observador (o juiz, as partes, o tribunal) possa, ou seja, inclusive, obrigado a mudar seu ponto de vista e experimentar outra abordagem, consoante é da essência do pensamento problemático, que, haja vista, “amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo aberto e ponderado” .

Em breve síntese devem-se fazer dois juízos: a) Verossimilhança das alegações face à prova. b) Congruência entre as premissas e conclusões (não contradição e encadeamento lógico).

⁴⁶ KNIJINIK, Danilo **Os “Standards” do Convencimento Judicial**: Paradigmas para o seu Possível Controle. Disponível em <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm > acesso em 12 de novembro de 2010. Pág.49..

5. Regras

5.1 - Pressupostos para utilização da arbitragem

5.1.1 Capacidade

Humberto Bergmann Ávila define aplicação das regras:⁴⁷:

(...)As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes da suporte e nos princípios que lhe são axiologicamente, entre a construção normativa e a construção conceitual dos fatos.

A Lei de Arbitragem em seu artigo 1º dispõe que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, ressalvada a crítica da impropriedade do termo contratar, tendo em vista a convenção de arbitragem tratar-se de negócio jurídico *sui generis*. Tal artigo remete a parte geral do Código Civil, que preceitua ser regra a capacidade para atos da vida civil e cria as exceções nos artigos 3º e 4º do Código Civil:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

⁴⁷ AVILA, Humberto Bergamnn. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos . São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2ª tiragem, 2005, p. 129.

Art. 4o São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Assim, José Ubirajara Martins Flores⁴⁸:

Pessoas capazes (pessoas naturais e jurídicas) de contratar segundo as regras do Direito, ou seja, só as pessoas no exercício de sua personalidade, que podem praticar, por si, os atos da vida civil, sem necessidade de complementação, nesta prática, de ação ou vontade de outrem. O incapaz representado ou assistido pelo pai ou por seu representante legal, não expressa, por si, a sua vontade. Só pessoas que tenham adquirido capacidade civil, absolutamente capazes, poderão valer-se desta forma alternativa de solução de conflitos, tendo em vista que o ato de estipulação da arbitragem verifica-se através de acordo de vontades das partes e, ainda, que as mesmas possam transigir a respeito do direito que circunda o litígio.

Em complementação, Carlos Alberto Carmona⁴⁹:

Considerando-se que a instituição de juízo arbitral pressupõe a disponibilidade do direito, não podem instaurar processo arbitral aqueles que tenham apenas poderes de administração, bem como, os incapazes (ainda que representados ou assistidos). Isto significa que o inventariante do Espólio e o Síndico do condomínio não podem, sem permissão, submeter demanda a julgamento arbitral; havendo, porém, autorização (judicial, no caso do inventariante e do síndico da falência, ou da assembléia de condôminos, no que diz respeito ao condomínio), poderá ser celebrada a convenção arbitral. Sem autorização será nula a cláusula ou o compromisso arbitral.

⁴⁸ Flores, José Ubirajara Martins. **Arbitragem: Teoria e Prática**. Porto Alegre, Mutua – Caixa de Assistência IGEL e CREA, pág. 51.

⁴⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.55.

Como se vê, os entes despersonalizados (universalidade dotadas de representação ativa e passiva como condomínio em edifícios, massas falidas espólios, sociedades de fato) podem valer-se da arbitragem, eis que tem capacidade de ser parte e de estar em juízo, nada impedindo que disponham de seus direitos.

5.1.2 Direitos patrimoniais disponíveis.

Pode-se dizer que o requisito da capacidade compõe o elemento subjetivo da arbitragem, enquanto, o requisito do objeto da relação arbitral versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, compor seu elemento objetivo.

Primeiramente deve-se analisar o que seja patrimônio: É o conjunto de direitos e deveres (bens, créditos e débitos) que perfazem a esfera econômica do indivíduo, tem valor pecuniário, Orlando Gomes⁵⁰, assim exemplificou:

Da economicidade essencial do patrimônio, resulta que alguns direitos não se incluem no seu conteúdo. Tais: a) os direitos personalíssimos, como a vida, a liberdade, a honra; b) os direitos de poder, como os do pátrio poder ; c) as ações do estado, como a de contestação de legitimidade do filho e a de investigação de paternidade. Integram-no: a) os direitos reais, como o de propriedade e de usufruto; b) os direitos pessoais, como os de crédito c) os direitos intelectuais, como os de direitos autorais e os de propriedade industrial. Não fazem parte do patrimônio: a) as coisas públicas; b) as coisas comuns; c) as coisas fora do comércio.

Um direito é disponível quando seu titular pode livremente dispor sobre ele, inclusive renunciá-lo, ou transigir (conforme preconizava o revogado artigo 1.072 do Código de Processo Civil), nada obstante os ministros do Supremo tenham adotado este critério de julgamento, como, por exemplo, consta do voto da ministra Ellen Gracie Northfleet⁵¹:

Sem cláusula compromissória, as partes, podem, ou não, submeter a controvérsia surgida, ao longo da execução de um contrato à

⁵⁰ GOMES, Orlando . **Introdução ao Direito Civil**. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979, p.229.

⁵¹ STF. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em 14 de novembro de 2010.

arbitragem (tanto quanto poderiam, desde logo, transacionar sobre os respectivos direitos).

(SE- AgR 5206 / EP – ESPANHA - AG. REG. NA SENTENÇA ESTRANGEIRA – Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence – Julgamento: 12/12/2001 Órgão Julgador: Tribunal Pleno, voto ministra Ellen Gracie, pág. 5)

No mesmo sentido Carlos Alberto Carmona⁵²:

São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controverterem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo civil (art.1072, revogado) que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir.

Como não poderia deixar de ser, há zona de penumbra onde a possibilidade de uso da via arbitral não é tão clara, Alexandre Freitas Câmara, discorreu sobre o caso de alimentos⁵³:

Há autores que afirmam, pura e simplesmente, e sem fazer qualquer ressalva, que não cabe arbitragem quando o litígio versar sobre alimentos. Outros há que admitem a arbitragem em tais questões. Parece-nos que a razão está com os últimos. É certo que o direito a alimento é indisponível. Tal direito, porém, admite transação no que se refere ao quantum dos alimentos. Assim, se a controvérsia gira apenas em torno dos valores (não quanto a própria existência da obrigação de alimentar, posto que aí a causa versará matéria indisponível), nada impede que as partes elejam um árbitro para decidir o conflito (mesmo porque nada impede que as partes se auto componham, e, obviamente sendo possível autocomposição, é também possível a heterocomposição). Nunca é demais lembrar que é perfeitamente a fixação dos alimentos pela via negocial.

⁵² CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.56-57.

⁵³ Câmara, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei 9.307/96 2ª Ed.** Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 1997, p. 13.

Também na zona cinzenta, encontra-se a responsabilidade civil decorrente de ato criminoso, certo que a verificação da tipicidade, autoria e materialidade cabe ao Estado, todavia, a reparação cível pode ser discutida na via arbitral.

Outra acepção relevante para o termo disponibilidade é no sentido do estado das coisas, se constricto por gravame ou disponível para alienação. Por exemplo, disputa sobre determinado bem imóvel arrolado em execução fiscal pela Fazenda, não poderia ser objeto de arbitragem. Neste sentido Carlos Alberto Carmona⁵⁴:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ou não ser exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, por em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Questão interessante, que envolve os requisitos para utilizar-se da via arbitral é a participação da administração pública como parte em juízo arbitral. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de manifestar-se sobre o caso, no tocante a capacidade para contratar, ficou estabelecido que as sociedades de economia mista podem ser parte em juízo arbitral⁵⁵:

A sociedade de economia mista é uma pessoa jurídica de direito privado, com participação do Poder Público e de particulares em seu capital e em sua administração, para a realização de atividade econômica ou serviço público outorgado pelo Estado. Possuem a forma de empresa privada, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades mercantis, especificamente pela Lei das Sociedades Anônimas – Lei n. 6.404/76.

⁵⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo** Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver. atual.e ampl.São Paulo: Editora Atlas, 2004, p.56.

⁵⁵ STJ. Disponível em

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=692782&sReg=200302052905&sData=20070608&formato=HTML> Acesso em 16 de novembro de 2010.

No que se refere a disponibilidade dos direitos, ficou decidido que quando se tratar de atividade econômica poderá ser utilizada via arbitral, quando, por seu turno, tratar-se de atividade decorrente do poder de império da administração relacionada ao interesse público primário, não será viável o juízo arbitral:

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que 'as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis'.

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem.

A propósito, vem à baila a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 1993, p. 22), que define interesse público primário como aquele "que a lei aponta como sendo o interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos'.

Por fim, foram sopesados os impactos econômicos da decisão:

Note-se que, em se tratando a energia elétrica de *commodity* de tamanha importância para o País, sobretudo a partir da desregulamentação do setor promovida a partir dos anos 90, cumpre assegurar às empresas que se dedicam a sua comercialização e o seu fornecimento, sejam elas privadas ou estatais, mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios, que possam, efetivamente, contribuir para o aprimoramento desses serviços, com

reflexos positivos para o consumidor. Nesse contexto, não resta dúvida de que, sob o ponto de vista jurídico, a cláusula compromissória constitui um desses mecanismos. "

(REsp- 606345 /RS Relator(a): José Otavio Noronha – Julgamento: 17/05/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma, voto ministro José Otavio Noronha)

5.1.3 Licitude do objeto

Tendo em vista a arbitragem ser negócio jurídico, ela está submetida aos critérios de validade do artigo 104 do Código Civil, desta feita deve versar sobre objeto lícito, Tarcísio Araujo Kroetz⁵⁶, comentou o tema: “*A licitude como lembra J.M Carvalho dos Santos, exige ainda, como elemento, a motivação de correspondência com a ordem legal, sob pena do ato fraudar a lei.*”

De sorte que, não poderia a arbitragem versar sobre entorpecentes, por exemplo.

5.1.4 Manifestação da Vontade para arbitragem:

A perfectibilização do negócio jurídico exige a livre e perfeita manifestação da vontade, na arbitragem da mesma forma, tanto que os vícios na vontade e em sua declaração são casos de nulidade ou anulabilidade da convenção arbitral.

Os casos de nulidade estão previstos no código civil, no artigo 166 e 167:

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;

⁵⁶ Kroetz, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: Conceito e pressupostos de validade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 98.

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

Por seu turno, as causas de anulabilidade, são:

Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

No âmbito privado, existe relevante diferença entre as causas de nulidade e anulabilidade, a Lei de Arbitragem, contudo, os trata da mesma forma na medida de que iguala o regime das nulidades, invalidade e ineficácia da convenção, em verdade parece que a lei não utilizou os conceitos da forma adequada. Pois o código civil estabelece o gênero invalidade e as espécies nulidade e anulabilidade.

Vale ressaltar, que a não observância do requisito da arbitrabilidade “direitos patrimoniais disponíveis” causa a nulidade da convenção, conforme artigo 166, inciso VII do Código Civil.

Tais vícios podem ser alegados ao árbitro por via de exceção e caso este entenda pela validade da convenção, poderá a parte valer-se da ação anulatória à jurisdição estatal ou poderá alegá-los em embargos à execução, caso haja execução ajuizada.

A declaração de vontade para arbitragem ocorre através da convenção de arbitragem, esta é gênero, que contém duas espécies: cláusula compromissória e compromisso arbitral, conforme artigo 3º da Lei de Arbitragem:

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.

São independentes e ambas tem o condão de instituir o juízo arbitral e constituem a renúncia da jurisdição estatal, no objeto do contrato em qual incluso a cláusula compromissória ou nos limites do compromisso arbitral.

5.1.4.1 Cláusula compromissória

A cláusula compromissória é assim definida no artigo 4º da lei de Arbitragem:

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.

§ 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.

O direito positivo é claro (§1º), a lei exige forma escrita para validade da cláusula compromissória e também impõe que arbitragem está adstrita ao objeto do contrato, não podendo exceder seus limites. O STJ já decidiu que, em que pese, a falta de assinatura, é possível aceitação tácita da cláusula compromissória, devido, à recepção no Brasil da Convenção de Nova Iorque, pelo decreto n.4.311, que assim dispôs:

II

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

Tal hipótese foi observada nos autos, além da encampação da jurisdição arbitral pela parte, que não questionou a competência do tribunal no processo arbitral, segue ementa⁵⁷:

Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos.

1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.
2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal.
3. Homologação deferida.

(SEC- 856 Relator(a): Carlos Alberto Menezes Direito – Julgamento: 18/05/2005 Órgão Julgador: Corte Especial ,ementa)

Tal situação, evidentemente, depende de prova material consistente, em caso análogo o STF julgou de maneira oposta, não reconhecendo a cláusula compromissória, conforme ementa transcrita⁵⁸:

EMENTA: SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I). 2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos

⁵⁷ STJ, Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=549618&sReg=200500314302&sData=20050627&formato=HTML> Acesso em 17 de novembro de 2010

⁵⁸ STF, Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=265769>> Acesso em

escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular. 3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido.

Como visto a arbitragem é expressão da liberdade e, portanto, da autonomia da vontade. Para que estas normas não causem desigualdades materiais é necessário que as partes sejam equilibradas, tal não é o caso nas relações de consumo, em especial nos contratos de adesão. Neste microsistema, a lei visando a corrigir uma desigualdade material nas relações sociais impõe a desigualdade formal, para que, enfim, seja atingida a igualdade material. Neste sentido, o Código de Defesa do Consumidor:

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;

Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

Considerando, estes dispositivos, o legislador proibiu a arbitragem compulsória nas relações de consumo, assim o fez, pois nestas relações a declaração de vontade não é livre e sua manifestação, via de regra, não exterioriza a vontade do consumidor, poder-se-ia a afirmar que ocorre a aceitação da vontade do fornecedor de produtos e serviços. Por outro lado, garante ao consumidor que em contratos de adesão, as cláusulas que lhe limitem direito, como a cláusula compromissória que impõe renúncia da jurisdição estatal, estejam destacadas.

Desta feita, o artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, repete o Código do Consumidor, e garante meios para a que a autonomia da declaração de vontade nos contratos de adesão, seja respeitada:

§ 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.

A Lei de Arbitragem permite que a cláusula compromissória seja cheia, isso quer dizer, que esta pode remeter às regras de algum tribunal arbitral para instituição da arbitragem. Assim, a arbitragem procederá de forma automática, conforme o regulamento deste ente. É possível, outrossim, dentro da autonomia da vontade das partes, estabelecer todos os elementos para o processo arbitral que deveriam estar no compromisso arbitral, conforme artigo 5º da Lei:

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.

Aqui, vale uma reflexão de prudência, a arbitragem não pode assumir caráter mercantil, deve manter a aura sublime da justiça, explico, hoje em dia, as corporações são grandes usuários da arbitragem, mais que isso, da possibilidade aventada no artigo 5º da Lei de arbitragem. Assim, os bancos estipulam seus contratos, mormente aqueles de risco, com cláusulas desiguais, por exemplo, trava de perda para o banco sem que esta trava seja concedida ao cliente.

Muitas vezes o cliente, mesmo sabendo dos riscos, não tem escolha e assina o contrato, dada a cláusula compromissória cheia, o litígio é remetido ao tribunal arbitral e é iniciado o processo. Ocorre que o banco, em verdade, é o maior cliente deste tribunal o que pode macular sua integridade face à ameaça do banco em migrar para outro tribunal.

Por outro lado, a lei de arbitragem, determinou que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que está inserida, de sorte que constituem manifestações de vontades distintas, uma para resolução dos eventuais conflitos decorrentes do contrato e outra para o contrato em si. A nulidade do contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória, conforme artigo 8º da Lei de Arbitragem:

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

Quando a cláusula compromissória for vazia, a parte interessada na instituição do juízo arbitral deverá comunicar sua vontade a outra parte, convocando reunião para firmar-se o compromisso arbitral. Caso não ocorra acordo, aquele que intenta a arbitragem terá ação judicial visando à execução da cláusula compromissória, conforme dispositivos da lei de arbitragem que seguem:

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.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

O juiz, primeiramente, dará prevalência para que as partes, dentro de sua autonomia, acordem sobre os elementos da instituição da arbitragem, caso as partes não cheguem a acordo e a ação julgada procedente. O juiz togado determinará os elementos da arbitragem através da sentença, conforme os dispositivos da lei de arbitragem que seguem:

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

5.1.4.2 Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral pode ser utilizado sob duas óticas: a primeira como encadeamento lógico do processo arbitral, que começa com o pacto da

cláusula compromissória em contrato e ocorrido o litígio, necessário estabelecer os critérios para instauração do juízo arbitral. Tal, somente será necessário se a cláusula compromissória for vazia.

A segunda é quando houver litígio que verse sobre matéria arbitrável, poderão as partes através do compromisso arbitral levar a lide ao juízo alternativo. Tal situação pode ocorrer, inclusive, se já houver processo judicial em curso. Basta convenção entre as partes com a única formalidade de lavrar-se termo nos autos. De outra banda, pode ser efetuado extrajudicialmente, mediante instrumento público e duas testemunhas do acordo. Fica a crítica, se a cláusula compromissória cheia não necessita de instrumento público, da mesma forma não há razão para esta formalidade no compromisso. Tal necessidade é prescrita no artigo 9º da Lei de Arbitragem:

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.

O compromisso arbitral tem por elementos obrigatórios: a qualificação das partes; o(s) árbitro(s) ou quem está incumbido de o(s) indicar; o objeto da arbitragem e o local onde será proferida a sentença arbitral. Conforme artigo 10 da Lei de arbitragem:

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.

O artigo 11 da Lei de Arbitragem, que elenca os elementos possíveis do compromisso, em lista meramente exemplificativa, além de questões administrativas, tem alguns pontos relevantes:

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;

Caso as partes desconsiderem o Direito pátrio, e elejam a equidade ou outro corpo normativo para deslinde da controvérsia, deverão constar estes elementos no compromisso, por outro lado, é possível estabelecer prazo para apresentação da sentença.

O artigo 12 da Lei de arbitragem traz os casos de extinção do compromisso, que em última análise representam a extinção do juízo arbitral:

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.

Percebe-se a valorização das linhas mestras da arbitragem: a confiança no árbitro selecionado e a celeridade do processo. Enfim, no tocante a convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral) resta claro que seu conteúdo será a extensão da vontade das partes.

Traçadas as linhas sobre a convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral), deve-se trazer a regra da Kompetenz-Kompetenz, tal mandamento informa que o árbitro é competente para julgar sobre sua competência. Isto em um primeiro momento, pois se o árbitro declarar-se competente, e tiver curso natural o processo arbitral, a parte que sentir-se prejudicada tem ação de nulidade por este fato, além de poder fazer estas alegações em eventuais embargos à execução judicial.

Tal regra existe para que não se quebre o ritmo da arbitragem instituída, quer evitar-se intromissões e suspensões indevidas ao processo sem, contudo, tolher das partes o direito de revisão da decisão final. Conforme artigo 8º, parágrafo único da Lei de arbitragem:

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.

5.2 Escolha das normas infringentes ao caso.

O aspecto mais interessante da arbitragem é a escolha das normas que decidirão o caso concreto, conforme artigo 2º da Lei de Arbitragem:

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

Primeiramente, podem as partes elencar o Direito nacional para infringência no caso, malgrado o ranço que os agentes econômicos

têm em relação ao Direito Positivo, este não é de todo mal. Até mesmo o processo, guarda valores sublimes, o problema é o procedimento, ou seja, o encadeamento de atos, a infinidade de revisões decisórias e o trânsito entre instâncias.

A primeira sugestão da Lei é o julgamento por equidade, neste sentido, Selma Maria ferreira Lemes⁵⁹:

A equidade é vocábulo polissêmico. Gerad CORNU descreve cinco acepções ao termo (1) Justiça fundada na igualdade; esforço para dar a cada um o que é seu; (2) por decorrência do item 1, justiça ao caso particular; esforço para restabelecer a igualdade de tratamento, inegavelmente, de coisas desiguais; (3) atenuação, modificação efetuada no direito, na lei, em consideração às circunstâncias particulares; moderação, razoabilidade na aplicação do Direito. Neste sentido, equidade se opõe ao Direito estrito ou ao rigor do Direito (inflexibilidade, rigidez, espírito de exigência e severidade, sem indulgência nem tolerância na edição e na aplicação da lei “*dura lex, sed lex*”; “*summum jus, summa injuria*”)(4) Maneira de solucionar o litígio fora das regras do Direito, seguindo critérios, tais como a razão, a utilidade, o amor, a paz, a moral etc. Os árbitros e os juízes (franceses) podem decidir por equidade, desde que as partes lhe tenham conferido o poder de “*amiable compositeur*”. No Brasil, o juiz só pode decidir por equidade se estiver autorizado por lei (art. 127 CPC). Toada via, conforme, acima mencionado, com o advento do novo Código Civil e em decorrência das cláusulas gerais, há inclusive, entendimento doutrinário que defende a revogação tácita (ou até mitigação) do citado dispositivo do CPC. (5) Justiça superior ao Direito Positivo, justiça ideal, Direito Natural.

O § 2º do artigo acima citado, refere a possibilidade de julgamento pelos princípios gerais de direito, pelas regras do comércio internacional e pelos usos e costumes, ora, nenhum destes conceitos tem conteúdo determinado nem mesmo determinável de forma consensual.

⁵⁹ LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a Decisão por Equidade In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam**. São Paulo: Atlas Editora, 2007, pag.193.

O § 1º estabelece que pode-se escolher livremente o direito aplicado ao caso concreto, com limite nos bons costumes e na ordem pública. Destes dispositivos, que em verdade, nada esclarecem, resta uma conclusão interessante:

As partes podem convencionar os critérios de Justiça que entenderem adequados para solver o litígio. Encontrando óbice na ordem pública, que também é um conceito discutível, todavia, objetivamente tem se as normas de igualdade processual, que mantenham o “jogo limpo”. (*fairness*).

Seria possível inclusive, salvo melhor juízo, relativizar o princípio do livre convencimento e tarifar a decisão à prova.

5.3 Escolha do Juízo

A Lei de arbitragem define alguns critérios para escolha do árbitro, todavia, como em quase todos os aspectos desta lei, insere regra aberta que permite a autonomia da vontade das partes para conformar a arbitragem.

O único requisito objetivo para ser árbitro é a capacidade civil, conforme artigo 13 da Lei: “*Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes*” Contudo, um árbitro deve ter muito mais que isso, um árbitro deve ter respeito social, *know how* na área em que atue, confiança das partes e o mais, importante, ser um indivíduo justo.

Em que pese a dificuldade de definição do que venha a ser justiça, ao nos depararmos com um ser humano justo, este é reconhecido, sabedoria e ponderação emanam de suas considerações, enfim, deve ser razoável e proporcional.

Por vezes, podem as partes eleger tribunal já estabelecido, tais entes sobrevivem de sua credibilidade e não podem proferir decisões injustas, pois

estão submetidos à seleção natural da sociedade, se assim procederem perderão seu *marketing*, por assim dizer.

Uma decisão justa, só pode ser aferida a *posterioi*, ela é tal quando o vencedor entenda que não poderia ter perdido e o perdedor entenda que não poderia ter vencido. O perdedor deve ainda aceitar resignadamente a decisão. Um critério objetivo para verificar se a arbitragem é efetiva seria quantizar o número de execuções judiciais de sentenças arbitrais e cruzar com o número de demandas arbitrais propostas.

O processo de escolha dos árbitros é livre e respeita a vontade das partes, estes preferencialmente, devem determinar os árbitros ou deixar que o tribunal arbitral assim proceda. O número de árbitros para cada processo deve ser ímpar. É aconselhável que se eleja também suplentes ou que se declare expressamente que as partes não aceitam substituto. Conforme §1º e §3º, artigo 13 da Lei de arbitragem:

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

§ 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.

É comum, cada parte escolher um árbitro para compor o colegiado, ficando a encargo dos árbitros a escolha do terceiro julgador, nestes casos não ocorrendo acordo, podem as partes ajuizar ação judicial prevista no artigo 7º para que o juiz togado determine o árbitro, conforme §2º do artigo 13 da Lei:

§ 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 tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

A lei também impõe as virtudes do árbitro, além da imparcialidade e independência, já comentados, o árbitro deve ser competente, não no termo processual, mas com o significado de executar de forma satisfatória suas tarefas. Diligente, para julgar, atender as partes, em seu raciocínio e para o bom curso do processo arbitral.

Deve, outrossim, ser discreto. Face latente dos custos de transação é que os litígios têm efeitos negativos na percepção do mercado sobre as empresas. Os agentes econômicos, não vêem com bons olhos, quem muito litiga, mesmo que ao fim do processo esta empresa saia vitoriosa, o impacto negativo já estará consumado. Esta virtude é recomendada a todos os envolvidos na arbitragem, sem, contudo, ser um dever.

Muitos doutrinadores, afirmam que uma das vantagens da arbitragem é seu sigilo em contraposição à publicidade do processo estatal. Todavia, a lei não fornece nem um sequer mecanismo efetivo para tanto. Salvo, se as partes convencionarem cláusula penal para descumprimento do dever de sigilo. Contudo, ocorrida esta hipótese, não será prejudicial ao processo arbitral. Conforme §6º do artigo 13 da Lei de arbitragem, sendo resolvida em responsabilidade civil.

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

O artigo 14 da Lei de arbitragem apóia-se no Código de Processo Civil para elencar os motivos de suspeição e impedimento do árbitro:

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.

O código de Processo Civil assim dispõe:

Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

Art. 136. Quando dois ou mais juízes forem parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta e no segundo grau na linha colateral, o primeiro, que conhecer da causa no tribunal, impede que o outro participe do julgamento; caso em que o segundo se escusará, remetendo o processo ao seu substituto legal.

Art. 137. Aplicam-se os motivos de impedimento e suspeição aos juízes de todos os tribunais. O juiz que violar o dever de abstenção,

ou não se declarar suspeito, poderá ser recusado por qualquer das partes (

Regra interessante, é que o julgador tem o dever de revelar estes fatos. Por outro lado, a parte se tiver conhecimento destes motivos e mesmo assim aceitar o árbitro não poderá alegar tal fato posteriormente, o vício convalida. Todavia, se não tiver conhecimento ou se não tiver escolhido o árbitro deverá alegar na primeira vez que manifestar-se nos autos, neste ponto também vale a regra da competência-competência pela qual o árbitro é competente para decidir sobre sua suspeição ou impedimento. conforme os seguintes dispositivos da lei de arbitragem.

§ 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.

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.

Sendo preenchido o suporte fático supra, ou se o árbitro não estiver em condições físicas, será nomeado o árbitro substituto, vale ressaltar que as partes podem estabelecer cláusula de não aceitação de árbitro substituto, fato que acarretará a extinção do compromisso arbitral.

Se arbitragem institucional, seguir-se-á as regras do órgão para determinação do árbitro. Se arbitragem “*ad hoc*”, e não houver consenso sobre a determinação do árbitro substituto, poderá a parte interessada ajuizar a ação prevista no artigo 7º desta lei para que o juiz togado imponha o árbitro competente, vide artigo 16 da Lei de Arbitragem.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Os árbitros são penalmente responsáveis como se funcionários públicos o fossem, tal regra é justificada na medida em que os árbitros prestam a tutela jurisdicional, ainda que mitigada, função pública por natureza. A Lei de Arbitragem menciona os crimes de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, como causa de nulidade da sentença arbitral, todavia a responsabilidade criminal do árbitro não se resume nestes tipos. Desde que sua conduta seja tipificada, responde pelos crimes previstos nos artigos 312 a 327 do Código Penal. O artigo 17, assim dispõe:

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.

Aproveitando o ensejo da responsabilidade penal dos árbitros é de se referir também a responsabilidade civil destes. O direito positivo foi silente neste aspecto, muito embora, a Lei imponha uma série de deveres ao árbitro, o

maior deles é proferir uma sentença válida no tempo estipulado. Se este colaborar para a morosidade da causa com uma das causas de invalidade da convenção ou da sentença deverá ser responsabilizado. Carlos Alberto Carmona entende que o árbitro somente pode ser civilmente culpado por seus erros processuais, não materiais. Havendo erro material este é de responsabilidade das partes por terem escolhido mal os árbitros, em suas palavras:

Antes de mais nada, vale anotar o óbvio: o árbitro tem como obrigação fundamental proferir o laudo no prazo estipulado pelas partes (ou, na falta de estipulação, no prazo legal). Mas não existe a obrigação de proferir um laudo de ótima qualidade, concludente, lógico. Se o laudo é editado, ainda que não atinja a qualidade esperada, terá o árbitro cumprido sua missão e terá ipso-facto- direito ao recebimento dos honorários contratados (ou a serem fixados judicialmente, na prévia avença).

Assim eventuais *errores in judicando* não comportarão responsabilização dos árbitros. Terão as partes, em tal caso, escolhido mal os julgadores, e chi causa del suo mal, pianga se stesso!

Já quanto aos *errores in procedendo* a conclusão deve ser diversa. Se os árbitros não respondem civilmente pela má qualidade do laudo (ou mesmo pelo equivoco na decisão, questão muitas vezes, de ordem altamente subjetiva), o mesmo não se pode dizer quanto aos erros que vierem a ser cometido em matéria procedimental e que acarretem a anulação do laudo.

Neste aspecto, a conclusão de Carmona está equivocada, a arbitragem é uma relação jurídica complexa, que além da convenção de arbitragem entre as partes, na qual o árbitro aceitará sua função, existe um contrato privado entre as partes e o juízo arbitral. Na jurisdição estatal existe a mesma lógica, o estado paga a remuneração dos juízes.

Na arbitragem os litigantes devem arcar com este custo. Trata-se de um contrato de prestação de serviço específico, com objeto econômico – há circulação de riqueza mediante prestação e contraprestação - entende-se que

é prestação de fim e não de meio. Não basta proferir sentença arbitral, esta não pode conter erros materiais, deve-se ressaltar que a especialidade técnica visando a resolução de conflitos de forma adequada, é o motivo que leva a renúncia do judiciário face à arbitragem.

A Lei de Arbitragem prevê instrumento procedimental para que as partes indiquem erro material do árbitro (artigo 30), assim se uma das partes alegarem este erro e o árbitro ratificar a sentença com o erro, posteriormente se este for provado, demonstrará que o árbitro não tinha condições técnicas para cumprir com o encargo que assumiu, se por outro lado, a parte não alegar o erro dentro do procedimento adequado, não terá direito de reparação.

Ademais, dentro da autonomia conferida as partes, bem como ao árbitro, que pode aceitar ou não a tarefa, podem estas livremente estipularem obrigações e cláusulas penais entre os envolvidos.

De outra banda, o árbitro é equiparado ao juiz estatal, o artigo 18 da Lei de Arbitragem preceitua que *“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”*.

5.4 Processo Arbitral

Em que pese a lei fale em procedimento arbitral, em verdade, estamos diante de um verdadeiro processo, não há mero encadeamento de atos, mas também algumas garantias às partes. (contraditório, igualdade...) Dito isso, o processo começa com a aceitação do árbitro, conforme artigo 19 da Lei:

Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

O parágrafo único deste artigo impõe que, se necessário, o primeiro ato do processo será a complementação do compromisso arbitral:

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente

com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

O artigo 20 da Lei de Arbitragem informa que as partes devem em sua primeira manifestação, através de exceção, alegar o que segue:

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

A competência do árbitro diz respeito aos pressupostos para utilização da arbitragem (Subcapítulo 5.1), vale a regra da competência-competência, utilizada também para os casos de suspeição e impedimento

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Pela redação do caput do artigo 20 poder-se-ia pensar que esta exceção tem caráter preclusivo, ou seja, se não alegada na primeira manifestação da parte, tal vício convalidaria. Ocorre que tal dispositivo engloba situações diversas.

Por exemplo, se a convenção for nula, não precluirá, por outro lado, se for anulável, ocorrerá a preclusão, o ato convalida-se.

Por outro lado, se violados as garantias processuais de ordem pública não ocorre preclusão, se o vício for quanto a qualidade que o árbitro deveria ter, mas na verdade não possui, ocorrerá a preclusão.

O artigo 21 da Lei de Arbitragem estabelece as regras para escolha do procedimento arbitral, seguindo a lógica liberal do instituto, pode-se livremente convencioná-las, delegar tal competência ao árbitro ou tribunal arbitral, ou ainda, caso não ocorram estas hipóteses, caberá ao árbitro ou tribunal estabelecer estas normas.

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.

O § 2º remete aos princípios processuais do instituto, (vide capítulo 4), que caso violados dão azo a nulidade absoluta da arbitragem:

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

Tendo em vista o caráter negocial da arbitragem, na qual impera a autonomia da vontade, as partes são livres para litigar com ou sem advogado, ainda, poderão escolher livremente seu assistente

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

Assim como o juiz togado, o árbitro tem o dever de tentar conciliar o litígio, se for bem sucedido, homologará o acordo mediante sentença arbitral, cumprindo todos os seus requisitos de validade:

§ 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.

Cabe ao árbitro gerenciar a instrução do processo, ele pode inclusive fazê-lo de ofício, determinando a produção das provas que julgar necessárias. É prudente que o árbitro permita e operacionalize todas as provas que as partes julgarem necessárias a fim de evitar eventuais alegações de nulidade. Conforme artigo 22 da Lei de arbitragem:

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.

Caso uma das partes omitir-se face ao dever de prestar depoimento, o árbitro pesará esta circunstância ao proferir a sentença. Se o faltoso for testemunha, poderá o árbitro requerer que a autoridade estatal conduza-a para prestar testemunho, bastando que instrua o pedido com a convenção de arbitragem, por outro lado, a revelia não prejudica o processo arbitral e se substituído o árbitro caberá a este decidir se as provas são suficientes para seu convencimento, conforme artigo 20 §2º e §3º e §5º respectivamente:

§ 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.

Sendo necessárias medidas de urgências, os árbitros solicitarão cooperação do poder judiciário, a Lei é clara no sentido de que o pedido deve ser direcionado ao árbitro e este quem decide sobre o mérito do pedido, sendo o estado responsável pela execução, se necessário, conforme o dispositivo que segue:

§ 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.

Pode acontecer, por outro lado, que a medida de urgência seja necessária antes de instituída a arbitragem, nestes casos, a parte deverá dirigir-se diretamente ao poder judiciário, instruindo o pedido com a convenção arbitral, demonstrando que não visa a ajuizar a ação principal perante o estado. De sorte que necessitará no trintídio seguinte demonstrar que tomou as providências para instituir o juízo.

§ 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.

Na mesma esteira, cabe a indagação se é possível a antecipação dos efeitos da tutela. Tal serve a proteger os direitos face ao efeito corrosivo do tempo, há casos em que mesmo o dinamismo arbitral não faz frente a urgência do direito, portanto, seria possível à tutela antecipada, desde que prevista na convenção arbitral e lembrando que a execução deverá ser feita pelo juízo estatal.

O artigo 25 da Lei de arbitragem estabeleceu questão prejudicial ao juízo arbitral:

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.

José Eduardo Carreira Alvim lançou luzes sobre o tema⁶⁰:

Trata-se de questão prejudicial, ou seja, questão incidente que condiciona o julgamento da questão principal. As questões incidentes, preliminares ou prejudiciais, são em geral resolvidas pelo árbitro ou tribunal que, competente para julgar o conflito, o é também para resolver tais questões. (...) As questões prejudiciais podem também ser resolvidas pelo árbitro ou tribunal, quando versem sobre direitos disponíveis, só cessando a sua competência em face de direitos indisponíveis, porquanto, não, podendo tais direitos ser objeto de arbitragem, não podem, nem *incider tantum*, ser conhecidas em sede arbitral. Assim, se numa controvérsia sobre disposições testamentárias ou direito hereditário, de cunho disponível, surge dúvida sobre a qualidade de filho ou sobre estado civil (solteiro, casado, divorciado) de uma das partes, deve o árbitro ou tribunal remeter aos órgãos do poder judiciário competente.

No tocante à sentença arbitral o legislador preocupou-se com a duração do processo arbitral, de sorte que limitou a seis meses o prazo para sua prolação, salvo disposição em contrário das partes. O prazo começa a contar a partir da aceitação do árbitro de seu encargo. Conforme o artigo 23 da Lei de Arbitragem:

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

⁶⁰ Alvim, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem interno**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.352-353.

Os requisitos formais da sentença encontram-se nos artigos 24, 26 e 27 da Lei de Arbitragem, conforme segue:

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

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.

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.

O árbitro tem o dever de tentar conciliar o feito, bem como, as partes devem tentar buscar a conciliação. Conforme artigo 28 da lei:

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Aqui, vale reflexão, a doutrina é uníssona no sentido de dizer que a arbitragem é cooperativa, colaborativa e pacífica, representando a denominada nova cultura dos conflitos, que define o conflito como momento de crise das relações sociais, nos quais as partes devem ver como oportunidade dialética para aperfeiçoamento das relações, ao contrário da jurisdição estatal que favorece a tensão e a litigância entre as partes.⁶¹

Todavia, não podemos nos esquecer que arbitragem serve para resolução de conflitos, litígios, no termo processual lide. Se as partes conseguissem transacionar, assim o fariam, vez que os custos seriam menores. É falacioso pensar que a arbitragem é diretamente mais barata que a jurisdição estatal, basta pensarmos, que além dos custos do processo comum a ambos os processos, há o custo dos honorários arbitrais.

Assim, a arbitragem ocorre quando não mais possível transação forte unicamente na autonomia de vontade das partes e sim necessária decisão de terceiro imparcial. Ademais os mesmos princípios de comportamento das partes que norteiam a arbitragem, norteiam também o processo judicial (boa fé, cooperação...). Portanto, parece que o problema é mais de conduta pessoal das partes do que institucional.

O termo final da arbitragem ocorre com a sentença arbitral.

⁶¹ Por todos. FRANCO, Mariulza. Nova Cultura do Litígio: Necessária Mudança de postura. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam**. São Paulo: Atlas Editora, 2007.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Proferida a sentença, as partes podem pedir a reconsideração material da decisão, bem como, esclarecimentos sobre o encadeamento lógico da sentença, é remédio processual funcionalmente análogo aos embargos de declaração, conforme artigo 30 da Lei de arbitragem:

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Se bem refletirmos, o erro é intrínseco ao ser humano, nem mesmo os mais dotados e competentes seres humanos escapam dessa máxima. Sendo a decisão ato volitivo humano, torna-se critério universal de justiça que as partes possam pedir a reconsideração da sentença arbitral.

A Lei de arbitragem estabelece as hipóteses de nulidade da sentença arbitral, tais representam o controle judicial da arbitragem, a Lei estabelece nulidades absolutas e relativas.

Começando pelas absolutas que tem o condão de nulificar a sentença arbitral exterminando o processo arbitral, de sorte que não produzirá qualquer

efeito. Assim, caberá a parte procurar o poder judiciário para resolução do litígio.

As causas de nulidade absoluta, dizem respeito a quebra da confiança das partes face ao juízo arbitral, se demonstrado que o negócio jurídico arbitral, em qualquer das suas fases não cumpriu os padrões de lisura, não merece produzir efeitos.

Aqui usou-se o termo do inglês *fairness*, este qualifica não a Justiça material em si. Mas sim o respeito ao sistema jurídico, acima da discussão de quem está certo ou errado, as partes devem proceder de forma legal, ou seja, com alteridade face ao Direito, que em última análise é o respeito ao outro cidadão. O fator que liga a sociedade é a partilha da mesma ordem jurídica.

De sorte que o individuo que mantém condutas conforme o sistema tem expectativa legítima que aqueles com os quais se relaciona, procedam da mesma forma. Isto é *fairness*, o “jogo limpo”. Em que pese os litigantes estejam em lados opostos, impera a eles dever de manter a lealdade processual, uma vez quebrada esta confiança está decretado o fracasso da via arbitral, seguem tais hipóteses:

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Deve ser feita a observação, que no inciso I onde diz compromisso deve ser ler convenção, envolvendo também a cláusula compromissória.

Por seu turno, se a sentença falhar em aspectos formais ou de extensão do objeto da lide, ocorrerá a nulidade relativa, uma vez decretada pelo juízo estatal, o feito será remetido novamente ao juízo arbitral para que prolate nova sentença.

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

V - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

A fim de decretar a nulidade da sentença, deverá ser ajuizada ação no procedimento comum ou deverá ser alegada em embargos à execução.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Conclusão

O presente trabalho é a reflexão econômica e sociológica do instituto em sinergia com seus elementos normativos. Deve-se destacar, que o escopo do trabalho nada mais é que o esqueleto normativo da arbitragem, pois neste instituto as normas estatais representam o mínimo, cabe às partes convencionarem as normas arbitrais da maneira que as convir. O Direito positivo forneceu a fundação, as partes levantarão o prédio. Enfim, o instituto impõe uma regra simples: Os agentes econômicos são livres para convencionar seus critérios de Justiça.

Aí reside a beleza, o interesse a utilidade e funcionalidade do instituto, ele se ajusta às necessidades e as pré concepções de cada nicho do mercado. Permite, pois que segmentos altamente específicos e competitivos resolvam seus conflitos de forma célere e tecnicamente adequada.

Ao invés de tolher a Justiça, como aqueles que acreditam que só o estado pode fazer o bem pelos indivíduos, o instituto democratiza a Justiça. Veja, o mercado competitivo exige planejamento, estratégias envolvem duas variáveis: definição de atividades e tempo. Sem a previsibilidade do tempo, impossível traçar planos.

E é isto que faz o judiciário. Posterga as decisões, para um tempo longínquo o que faz com que o empreendedor não mais acredite na Justiça. O sistema moroso acaba por beneficiar os agentes econômicos menos virtuosos, aqueles que não cumprem suas obrigações, ou seja, o judiciário acaba por beneficiar os devedores. Com sistemas previsíveis de solução de conflitos o empreendedor sente-se mais seguro e sabe que os litígios serão resolvidos.

Todavia, não se tira a importância suprema do estado, pois somente, este pode usar a força. Assim, o estado empresta seu braço executivo para dar

concretude às decisões arbitrais. Desta forma, atuam em sinergia e cooperam em favor da Justiça.

O presente trabalho serve de instrumento, para que sua premissa seja observada na realidade: Diminuir os custos de transação, somente a aplicação social da arbitragem poderá consubstanciar este raciocínio.

Enfim, deixa-se o mercado livre, para que per si desenvolva-se e resolva seus litígios. É, pois, a ode Liberal em termos de Justiça.

Referências

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem interno**:. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AVILA, Humberto Bergamnn. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos . São Paulo: Malheiros Editores, 4ª edição, 2ª tiragem, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Economia e Justiça: Conceitos e Evidência Empírica**. Em <http://www.iets.org.br/biblioteca/Economia_e_justica_Conceitos_e_evidencia_empirica.pdf>. Acesso em: 30/06/2011.)

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei 9.307/96 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 1997.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário a Lei n. 9.307/96. 2ª Ed. Ver, atual.e ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2004, p. 45.

COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. In: **Economica**, Vol. 4, No. 16, 1937 p. 386-405.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. In **Journal of Law and Economics**, n.3, 1960, pag 1-44.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso De Direito Comercial**. V. I. 09 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

FLORES, José Ubirajara Martins. **Arbitragem**: Teoria e Prática. Porto Alegre, Mutua – Caixa de Assistência IGEL e CREA,

FREITAS, Juarez. **Interpretação Sistemática do Direito**. São Paulo. Editora Malheiros.

GUASTINI, Riccardo. Teoria e Ideologia da interpretação constitucional In: **Revista Interesse público**, v.8, n. 40, nov./dez 2006 p. 217-256.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 43.

KROETZ, Tarcísio Araújo. **Arbitragem**: Conceito e pressupostos de validade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997,

KNIJINIK, Danilo **Os “Standards” do Convencimento Judicial**: Paradigmas para o seu Possível Controle. Disponível em <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm >

JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). **Arbitragem no Brasil - aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Quartier Latim, 2008.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos Econômicos e Sociais das Decisões Judiciais** : aspectos introdutórios. Brasília : ENFAM, 2010

LEITE, Francisco Tarciso. **Arbitragem, mediação e conciliação no direito privado patrimonial brasileiro**: Instrumentos jurídicos para a solução de conflitos na sociedade brasileira contemporânea. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes Temas da Atualidade. Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro : Forense, 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro**: Princípios da Independência e da Imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado. Jurisprudência (Lei 9.307/96, sobre arbitragem). São Paulo, LTR, 2001

LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Orgs.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, in Memoriam**. São Paulo: Atlas Editora

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Processo Civil e Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 92-93.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz. In: Luiz Guilherme Marinoni (Org.). **O processo civil contemporâneo**. 1994.

MUJALLI, Walter Brasil. **A nova Lei de Arbitragem**. São Paulo. Editora de Direito. 1997

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Garantia do Contraditório**. Disponível em <http://advbr.info/apostilasdedireito/academia_bras_dir_proc_civ.htm > Acesso em 30/06/2011

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil v1**. Rio de Janeiro, Editora Forense 2001.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**; tradução: Almiro Pisetta e Lenita Maria Rimoli Esteves. 2ª Ed.. São Paulo: Martins Fontes, 2002,

SALAMA, Bruno Meyerhoff, PUGLIESE Antonio Celso Fonseca. A Economia Da Arbitragem: Escolha Racional E Geração De Valor. **IN REVISTA DE DIREITO GV, SÃO PAULO**. Pág. 13 a 28. Jan-jun 2008.

SANTOS, Ricardo Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2004.

SILVA, Ovidio A. Baptista. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2005.

SILVA, Eduardo Silva da **Arbitragem e Direito da Empresa: Dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos Contratos Empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. **Arbitragem no Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Universitária, 2004.

WILLIAMSON, Oliver. **The Economics of Governance**. Em: < http://www.aeaweb.org/assa/2005/0107_1645_0101.pdf >. Acesso em: 30/06/2011.)

WILLIAMSON, Oliver. **Transaction Cost Economics: The Natural Progression**. Em: <http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2009/williamson-lecture.html >. Acesso em: 27/06/2011.)