

SEMINÁRIO: ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS

1. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

O art. 1º da Lei 9.307 apresenta como requisito subjetivo para a arbitragem a capacidade de contratar das partes. Segundo Carmona, trata-se da capacidade jurídica, a aptidão para ser sujeito de direitos e deveres.

Conforme Francisco Amaral, capacidade é a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade, ou a medida jurídica da personalidade. Complementa alegando que, enquanto a personalidade é valor ético que emana do próprio indivíduo, a capacidade é atribuída pelo ordenamento jurídico, como realização desse valor.

Deve-se atentar para a distinção entre capacidade de fato e capacidade de direito: esta é a aptidão para titularizar direitos e deveres, enquanto aquela é a aptidão para o efetivo exercício de tais direitos ou deveres.

A eleição da via arbitral necessita tanto do poder de titularidade, quanto do poder de disponibilidade do direito. Assim, os incapazes e aqueles sujeitos que detêm apenas poderes de administração nem sempre poderão celebrar convenção de arbitragem, necessitando de autorização específica (judicial, no caso de inventariante e de síndico; da assembleia de condôminos, no caso de condomínio).

Neste ponto, deve-se ressaltar que a arbitrabilidade subjetiva deve ser analisada em conjunto com a objetiva. Para a arbitragem ser possível, deve haver partes capazes, mas também disponibilidade dos direitos patrimoniais. Nesse íterim, torna-se objeto de discussão a viabilidade de arbitragem envolvendo menores – afinal, o art. 82 do CPC exige a presença do Ministério Público em causas que envolvam interesses de menores, atribuindo caráter de indisponibilidade à matéria.

2. PRINCÍPIOS

À arbitragem aplicam-se, em geral, princípios contratuais e princípios processuais. Quanto ao processo, destacam-se os princípios decorrentes do devido processo legal, tais como a ampla defesa, o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro, dentre outros. No que tange ao aspecto contratual, a boa-fé e a autonomia da vontade são princípios de importância especial. Além desses, destacam-se os princípios da competência-competência e da autonomia da cláusula da convenção de arbitragem.

Quanto aos princípios relativos ao devido processo legal, não há observações que destoem do processo judicial comum, motivo pelo qual não serão feitos comentários mais detidos, preferindo-se a análise daqueles típicos da via arbitral.

2.1. Autonomia da vontade

A autonomia da vontade, por sua vez, é de fundamental importância no procedimento arbitral. Tal princípio confere aos particulares a autorregulamentação e a autodeterminação de seus interesses, por meio da liberdade de contratar e da liberdade contratual, o que fundamenta e autoriza a eleição da via arbitral como alternativa ao Judiciário. Ainda mais profundamente, por meio dessa autonomia, os particulares elegem a lei e o procedimento a regerem a arbitragem, além de escolherem os responsáveis para proferirem a decisão à qual se submeterão, sob força imperativa.

No Brasil, a autonomia da vontade resta consagrada no art. 2º da Lei de Arbitragem. Para parte da doutrina, referido dispositivo autoriza a liberdade para a escolha da lei aplicável, tanto nos casos de arbitragens internas, quanto nas hipóteses de arbitragem internacional, respeitando o limite dos costumes e da ordem pública. Para outra parcela, porém, tal liberdade ocorreria apenas para os procedimentos internacionais, de modo que as arbitragens meramente internas, envolvendo partes brasileiras, aqui domiciliadas e relativamente a contrato celebrado e com execução no País deveria seguir a lei brasileira.

Deve-se ressaltar que, diante do silêncio das partes sobre a lei aplicável, no direito brasileiro, recorrer-se-á à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro¹.

O anteprojeto de alteração da Lei de Arbitragem insere um parágrafo no referido art. 2º, com o seguinte teor: “as arbitragens que envolvem a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade”. Assim, o legislador consagra a possibilidade de a Administração Pública participar de arbitragens e expressamente limita os contornos da autonomia da vontade em tais casos. Em todo caso, não parece imprescindível o acréscimo, tendo em vista que o novo parágrafo nada mais apregoa, senão os princípios administrativos da legalidade e da publicidade, o que estaria abarcado pelo respeito à ordem pública, já previsto no §2º da Lei 9.307.

2.2. Boa-fé

Atrelado ao princípio da autonomia da vontade está o da boa-fé. Este, a ser compreendido como proceder honestamente, de maneira proba, significa também que, a partir do momento em que as partes avençam convenção de arbitragem, não podem se eximir da via eleita, senão por meio de novo consenso. Conforme Selma Maria Ferreira Lemes, “é tendo também como substrato o princípio da boa-fé que o legislador outorgou caráter obrigatório e efeito vinculante à convenção de arbitragem”.

Juntos, esses dois princípios representam pilares da arbitragem: a autonomia das escolhas e a probidade com que agem os pactuantes possibilita que o procedimento seja instaurado num ambiente mais colaborativo entre as partes, em que, muito embora apresentem interesses

¹ O Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul (Decisão CMC 3/98) e entre o Mercosul, Chile e Bolívia (Decisão CMC 4/98), criado para reger as relações entre particulares originárias de contratos internacionais, adota, em seu art. 10, solução diversa da LINDB: “As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito do comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre essa matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes”. Logo, o decreto que promulgou referido Acordo no País fez ressalva ao referido art. 10, indicando a interpretação de permitir às partes escolherem, livremente, as regras de direito aplicáveis à matéria a que se refere o dispositivo em questão, respeitada a ordem pública internacional.

momentaneamente antagônicos, apresentam a finalidade comum de resolver o mais brevemente possível a questão. Ao escolherem o procedimento e a lei aplicável, assim como o próprio árbitro, as partes compreendem-se mais efetivamente como partes da construção do método resolutivo, estabelecendo-se uma relação de maior confiança e legitimidade.

2.3. Autonomia da cláusula compromissória

O princípio da autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato tem base no art. 8º da Lei de Arbitragem. A cláusula compromissória faz-se, pois, independente do contrato: este funciona como mero suporte material de veiculação do pacto, mas, na eventual nulidade deste, a convenção poderá ser livremente aproveitada, se não contaminada. Significa dizer que a cláusula é autônoma, e não acessória ao contrato, pois, nos dizeres de Carlos Alberto Carmona, a causa do contrato principal é diversa daquela que motiva as partes a elegerem a via arbitral para futuras controvérsias.

O autor ainda destaca questão importante: diante da autonomia da cláusula compromissória, uma vez resilido o contrato, sem qualquer menção expressa quanto à convenção arbitral, não desliga as partes da eleição da arbitragem como método de resolução de futuros conflitos. Logo, eventual controvérsia que surja a respeito do contrato resilido deverá ser posta aos árbitros, e não ao Judiciário. Assim, para se desvincularem da convenção arbitral, as partes devem se manifestar expressamente, nestes casos.

2.4. Competência-competência

Do alemão *kompetenz-kompetenz*, indica o poder do árbitro de decidir acerca da própria competência, ou seja, de incumbi-lo da análise da validade da convenção de arbitragem, ou da viabilidade de ser por ele julgado o conflito.

Trata-se de atribuição condizente com o escopo da arbitragem, pois, caso fosse necessário apresentar ao Judiciário eventuais alegações de invalidade acerca da convenção, o intuito de celeridade e eficácia restaria prejudicado.

Não obstante, deve-se destacar que o ordenamento pátrio não atribuiu competência exclusiva aos árbitros para avaliar a matéria. Nesse sentido, por exemplo, o juiz togado poderá verificar a validade de convenção de arbitragem em litígio posto em juízo para extinguir o processo, remetendo as partes para a via arbitral.

Neste íterim, Carmona faz a seguinte análise de concorrência da competência: caso o réu, em sede de contestação, alegue a existência de convenção de arbitragem e o autor alegar a nulidade de referido pacto, dois caminhos poderão ser traçados. Caso o juiz reconheça a nulidade, a decisão judicial será definitiva e a controvérsia seguirá no Judiciário. Por outro lado, se o juiz entender pela validade da convenção, o processo judicial será extinto, mas, na via arbitral, o árbitro poderá se valer normalmente da competência-competência para reavaliar a validade e eficácia do pacto, prevalecendo, em última análise, a decisão arbitral.

Deve-se ressaltar que os limites para a avaliação do juiz acerca da validade da cláusula não se encontram tão bem delimitados pela doutrina. Carmona sugere que a melhor forma de se realizar o princípio da competência-competência reside em permitir que o juiz reconheça a invalidade da convenção apenas nos casos em que for verificável *prima facie*, por ausência de algum de seus requisitos, mesmo diante de uma cognição sumária.

2.5. Força vinculante e obrigatoriedade da convenção de arbitragem

Em consonância tanto com o princípio da autonomia da vontade, quanto com o princípio da boa-fé, uma vez estipulada convenção de arbitragem, seja por meio de cláusula compromissória, seja por meio de compromisso arbitral, as partes estarão vinculadas ao método alternativo de resolução de conflitos.

De maneira clara, Carmona destaca que a convenção apresenta duplo caráter:

“(…) como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral (art. 19)”²

Este princípio também contribui para a efetivação da arbitragem. Mais uma vez, se a convenção, que, via de regra, é estabelecida previamente ao conflito entre as partes, não fosse suficiente para afastar a competência do Judiciário, muitas seriam as vezes em que uma das partes resistiria à via arbitral. Logo, para evitar que se desvirtuem as finalidades de celeridade e efetividade, garante-se a vinculação e obrigatoriedade da convenção, para que as partes, diante do conflito, não se oponham nem prejudiquem a resolução do conflito pela arbitragem.

² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: comentários a Lei 9.307/96*. 3ª Ed: p. 79.