

PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

PRINCIPLES OF ARBITRATION

Arthur Rabay¹

Advogado em São Paulo-SP

SUMÁRIO: Introdução; 1 Noções gerais e conceito de arbitragem; 2 A atual crise do Poder Judiciário e os meios alternativos de solução de controvérsias; 3 Princípios – conceituação; 4 Funções dos princípios; 5 Princípios da arbitragem; 5.1 Princípio da autonomia privada; 5.2 Princípio da boa-fé; 5.3 Princípio da autonomia da cláusula da convenção de arbitragem

¹ Mestrando em Direito Civil pela PUC-SP, especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP, especialista em Direito Contratual pela PUC-SP, pós-graduado lato sensu em Obrigações e Contratos, com capacidade docente, pela ESA-OAB-SP, pós-graduado lato sensu em Direito Empresarial, com capacidade docente, pela EPM, pós-graduado lato sensu em Direito Civil, com capacidade docente, pela UNISUL, especialista em Direito Imobiliário, pelo SECOVI-SP

em relação ao contrato; 5.4 Princípio da competência-competência; 5.5 Princípio da força vinculante e obrigatoriedade da cláusula arbitral; 5.6 Princípio da temporariedade; 5.7 Princípio das garantias processuais; 6 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente trabalho aborda a arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias, em especial os princípios que a regem. Inicia abordando os aspectos históricos, as noções gerais e o conceito, acerca da arbitragem, perpassa pela análise crítica da crise do Poder Judiciário na atualidade, ensejadora de lentidão no término dos processos judiciais, e termina por vislumbrar a arbitragem como modalidade eficaz de composição de litígios. Ao depois, discorre acerca das funções atinentes aos princípios, no campo jurídico. Aborda, finalmente, um a um, princípios regentes de tal instituto jurídico, que propiciam a melhor compreensão do seu sentido e do seu alcance, bem como sua melhor interpretação e aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Meio Alternativo de Solução de Controvérsias. Princípios.

ABSTRACT: This paper deals with arbitration as an alternative means of dispute resolution, in particular the principles which govern it. Start addressing the historical aspects, the general concepts and concept about arbitration, embraced by the critical analysis of the crisis of the judiciary today, occasioning the slowness at the end of court proceedings, and ends with a glimpse of arbitration as a means of effective dispute settlement . By then, talks about the functions pertaining to the principles in the legal field. Discusses finally one by one governing principles such legal institution, which provide a better understanding of its meaning and scope, as well as its best interpretation and application.

KEYWORDS: Arbitration. Medium Alternative Dispute Resolution. Principles.

INTRODUÇÃO

De fato, conhecer o passado auxilia o exegeta a bem interpretar o instituto jurídico em análise no presente.

Conforme ensinança de Carlos Maximiano:

O Direito não se inventa; é um produto lento da evolução, adaptada ao meio; com acompanhar o desenvolvimento desta, descobrir a origem e as transformações históricas de um instituto, obtém-se alguma luz para o compreender bem. Só as pessoas estranhas à ciência jurídica acreditam na possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas².

Eis, pois, motivo relevante para justificar esta introdução, que abarca um breve histórico acerca da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos de interesses.

A doutrina estudiosa do assunto³ destaca que a arbitragem é um instituto jurídico vetusto, dos mais antigos que se tem notícia na história do Direito, já datando desde a época da jurisdição ou justiça privada, na Babilônia, 3000 anos a.C., na Grécia antiga e em Roma.

Inicialmente, utilizava-se a justiça de mão própria ou autotutela, devido à ausência de mecanismos próprios e organizados de solução de conflitos de interesses particulares ofertados pelas civilizações primitivas mais rudimentares, como forma de satisfação do sentimento de justiça.

Posteriormente, com o desenvolvimento social e político das civilizações, adotou-se a *justiça pública ou estatal* para dirimir as respectivas controvérsias. Assim, em linhas gerais, a evolução histórica da solução de controvérsias, no campo do Direito, pode ser dividida em duas fases bem distintas: a justiça privada e a justiça pública.

Na atualidade, entretanto, a distribuição da justiça encontra-se desumanizada com a lentidão e a massificação dos processos, e nota-se que as partes litigantes, diante da estatização da justiça efetivamente “perderam” a capacidade de diálogo e de autocomposição, sujeitando-se

2 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. Forense, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 137.

3 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 26-29.

a posição mais angustiante do que cômoda, de aguardar pelo julgamento da causa.

Efetivamente, as Faculdades de Direito ensinam aos alunos que no caso de conflito de interesses, resultante de pretensão resistida, conhecida como “lide”, em que duas ou mais partes litigam em torno de um objeto ou de uma relação jurídica, não havendo acordo / transação entre as mesmas, incumbe ao Poder Judiciário, por força de preceito constitucional, consistente no princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, derivado da própria Constituição Federal, apreciar e julgar as lides forenses, via de regra, mediante heterocomposição, isto é, o magistrado de primeira instância “decide” a causa, e os tribunais reapreciam tal decisão judicial, em caso de recursos, salvo os casos de conciliação no curso do processo.

Nota-se, assim, um total “esquecimento”, ou quando não, ao menos “desprezo” de ensinar e de despertar nos cidadãos a capacidade inata, latente e dormente de autocomposição, o que configura ao mesmo tempo lastimável erro e verdadeira heresia, pois a Justiça é um sentimento e um valor que transcende a jurisdição estatal e a justiça privada, podendo ser realizada tanto por aquela, quanto por esta, indistintamente, eis que é ubíqua, atemporal e inerente ao coração e à razão de cada ser humano.

Neste contexto social, em boa hora foi promulgada a Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307 de 23/09/1996), disciplinando a arbitragem no Brasil, a qual de maneira esparsa, fracionária e esporádica, encontrava previsão legal, tais como em leis domésticas de 1831 e 1837, que impunham a solução arbitral às questões relativas aos seguros e locação de serviços, na Constituição Imperial de 1824 (art. 160), nas Ordenações do Reino, no Código Comercial de 1850, na Constituição de 1988 (art. 114, §§ 1º e 2º), nas Leis dos Juizados Especiais – Lei n.º 7.244/84 e Lei n.º 9.099/95 (arts. 24/26), no Código Civil de 1916 (arts. 1.037 a 1.048) e no Código de Processo Civil de 1939 (arts. 1.031 a 1.036)⁴.

A supracitada Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307 de 23/09/1996), cumpre destacar, foi originada da Lei Modelo UNCITRAL, aprovada pela Assembléia das Nações Unidas através da Resolução 40/72, de 11/12/1985, tendo sido esta oriunda de comissão formada nas Nações Unidas em 1966, com sede em Viena, através de comitê constituído à época por representantes de 58 países, inclusive o Brasil, e 18 organizações

4 CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2007. p. 11.

internacionais, o qual durante três anos discutiu os termos de uma lei-modelo sobre arbitragem, visando harmonizar as diversas leis internas de diversos países.

1 NOÇÕES GERAIS E CONCEITO DE ARBITRAGEM

A arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias, distinto da jurisdição estatal, apresenta traços bastante marcantes e extremamente característicos⁵, a saber:

- 1) meio alternativo de solução de controvérsias, distinto da jurisdição estatal;
- 2) tendo como objeto direito patrimonial disponível (art. 1º, LArb);
- 3) instituída através da autonomia privada (vontade / consenso) das partes envolvidas para tanto (sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, nacional ou internacional), que podem elegê-la e adotá-la em detrimento da jurisdição estatal (arts. 1º e 2º, LArb), mediante convenção arbitral de regime jurídico contratual (cláusula compromissória ou compromisso arbitral - art. 3º, LArb);
- 4) com livre escolha do(s) árbitro(s) que decidirá(ão) a controvérsia, sempre em número ímpar (art. 13, § 1º, LArb), e com delimitação da questão / do objeto a ser apreciada(o) (art. 10º, inciso III, LArb); e
- 5) pela qual as partes envolvidas submetem-se a aceitar e a cumprir a decisão arbitral a ser proferida, vale dizer, decisão arbitral com força vinculante e obrigatória entre as partes envolvidas (art. 31, LArb), a qual terá a mesma eficácia de decisão judicial (art. 31, LArb), sem direito a recurso (art. 18, LArb).

Segundo leciona Francisco José Cahali:

a arbitragem, ao lado da jurisdição estatal, representa uma forma heterocompositiva de solução de conflitos. As partes capazes, de comum acordo, diante de um litígio, ou por meio de uma cláusula

5 Lei n.º 9.307/96 - Art. 1º - As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

contratual, estabelecem que um terceiro, ou colegiado, terá poderes para solucionar a controvérsia, sem a intervenção estatal, sendo que a decisão terá a mesma eficácia que uma sentença judicial⁶.

Já de acordo com José Cretella Júnior:

A arbitragem pode ser entendida como “sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida⁷.”

Bem de se ver que a arbitragem, e o respectivo processo arbitral, quando instituídos para dirimir controvérsias, deverão sempre respeitar determinados princípios, dentro os quais, determinadas garantias processuais (art. 21, § 2º, LArb), vale dizer, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, e ainda outros próprios, informadores de tal instituto jurídico, os quais serão abordados adiante, os quais assegurarão higidez e plena validade à arbitragem.

Dentre outras vantagens e atributos positivos da arbitragem, tais como celeridade, previsão de estimativa de custos e de despesas, e possibilidade de as partes litigantes estabelecerem sigilo a respeito da arbitragem e do seu respectivo procedimento em face de terceiros, urge também destacar que por tratar-se de iniciativa e de eleição das próprias partes litigantes, de maneira livre e espontânea, de submeterem o litígio ao julgamento perante árbitro ou câmara arbitral, as mesmas apresentam predisposição a cumprir a decisão arbitral, observando-se como ensinava Platão (*De Legibus, Libros 6 e 12*) – “o mais sagrado dos tribunais é aquele que as partes mesmas hajam constituído e escolhido de comum entendimento⁸”.

6 CAHALI, op. cit., p. 75.

7 CRETELLA JÚNIOR, José. Da Arbitragem e seu Conceito Categorical. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 98, Brasília, abr./jun. 1998. p. 128.

8 ALVIM, José Eduardo Carreira. apud *Tratado Geral da Arbitragem - Interno*, Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 78, nota 100.

2 A ATUAL CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

É apropriado e correto auto-intitular unicamente o Poder Judiciário de JUSTIÇA? Apenas e tão somente o Poder Judiciário é a única via exclusiva de acesso à JUSTIÇA?

Diante da morosidade da máquina judiciária, mesmo diante de vedação expressa a respeito inserida na Constituição Federal⁹, da produtividade ruim quanto à prolação de decisões judiciais, da enormidade do número de leis, e da atual insegurança e incerteza, não raras vezes, de interpretação das mesmas pela magistratura, bem como da dissonância de determinadas decisões judiciais frente a valores sociais universalmente almejados pela sociedade, fundir os conceitos de Poder Judiciário e Justiça, olvidando-se de outros modos de solução de conflitos, não se revela apropriado, nem tampouco correto.

Apesar de o Poder Judiciário cumprir relevante função essencial, e distribuir a Justiça em muitas causas (apesar de deixar a desejar em muitas outras), não pairam dúvidas que carece de aprimoramentos que ensejem credibilidade, respeito, celeridade e efetividade à jurisdição estatal, como bem demonstram a atual reforma do Código de Processo Civil, a constante atuação das Corregedorias Gerais de Justiça dos tribunais estaduais, e a consolidação do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, enquanto órgão de controle externo que tem por missão contribuir para que a prestação da jurisdicional estatal seja realizada com moralidade, eficiência e efetividade em benefício da sociedade¹⁰.

Dados obtidos no CNJ – Conselho Nacional de Justiça, evidenciam que há insuficiência de magistrados e de servidores e deficiência de aparelhamento e estrutura do Poder Judiciário.

9 Art. 5º, inciso LXXVIII – “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

10 O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. O CNJ foi instituído em obediência ao determinado na Constituição Federal, nos termos do art. 103-B. Criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005, o CNJ é um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília/DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, à coordenação, ao controle administrativo e ao aperfeiçoamento do serviço público na prestação da Justiça.

No Brasil, a média é de 1 (um) magistrado para cada 16.000 (dezesesseis mil) habitantes, enquanto em outros países têm-se 1 (um) juiz para no máximo 3.000 (três mil) jurisdicionados¹¹. No Estado de São Paulo, temos aproximadamente 2.508 magistrados, 61.499 servidores, e uma população de cerca de 41.737.337 de habitantes¹².

Tendo em vista que o Poder Judiciário mostra-se não raras vezes incapaz de compor lides de maneira efetiva e célere, evidencia-se que a “*cultura da sentença*” (solução de conflitos via decisão judicial única e exclusivamente por intermédio do Poder Judiciário – heterocomposição), de há muito pregada nas academias de Direito, merece reflexão, para ceder espaço à “*cultura da pacificação*” (solução de conflitos de maneira negociada, participativa e amigável entre as próprias partes litigantes - autocomposição)¹³.

Logo, a distribuição e o acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, eficaz, tempestiva e adequada, em cumprimento e aplicação do Princípio do Acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal), pode e deve ser assegurado não somente através da justiça estatal, como também através de meios alternativos de solução de controvérsias, tais como, arbitragem, mediação, conciliação, transação, dentre outros.

Neste sentido, de acordo com as lições de José Eduardo Carneira Alvim

Até então a jurisdição tem sido prestada, preferencialmente, pelo Estado, no suposto de que este, com a força de sua autoridade, fosse o único em condições de fazer justiça, em tempo e hora; a realidade, no entanto, mostrou não ser essa suposição de todo exata. Em quase todos os países do mundo, o Estado tem-se mostrado impotente diante de embates... para os quais vem-se buscando novas soluções, ao largo do processo judicial. É nesse contexto que entra em cena a jurisdição do consenso que caracteriza a arbitragem¹⁴.

11 ALVIM, op. cit., p. 77. nota 99.

12 Fonte: “Justiça em Números - 2010” – CNJ – Conselho Nacional de Justiça - www.cnj.jus.br

13 WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005. p. 684-690.

14 ALVIM, op. cit., p. 83.

3 PRINCÍPIOS JURÍDICOS – CONCEITUAÇÃO

Longe da pretensão de conceituar princípio, há que se destacar, entretanto, de início, que o sentido e o alcance das expressões do Direito, sempre que possível e/ou sempre que necessário for, merecem ser interpretadas e efetivadas através da efetiva aplicação do princípio jurídico, o qual, enquanto viga mestra de sustentação de todo o seu arcabouço, lhe enseja harmonia, coesão e coerência.

Para Genaro Carrio:

Principio de derecho, es el pensamiento directivo que domina y sirve de base a la formación de las singulares disposiciones de Derecho de una institución jurídica, de um Código o de todo um Derecho positivo. El principio encarna el más alto sentido de una ley o institución de Derecho, el motivo dominante, la razón informadora del Derecho [*ratio juris*], aquella idea cardinal bajo la que se cobijan y por la que se explican los preceptos particulares, a tal punto, que éstos se hallan com aquélla em la propia relación lógica que la consecuencia al principio de donde se derivan^{15 16}.

Para De Plácido e Silva:

Princípios, no plural, significam as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa [...] traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica [...] mostram-se a própria razão fundamental de ser das coisas jurídicas, convertendo-as em perfeitos axiomas [...] significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito¹⁷.

Para Miguel Reale princípios são:

15 CARRIÓ, Genaro. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. p. 33.

16 “Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das singulares disposições de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo o Direito positivo. O princípio representa o mais alto sentido de uma lei ou instituição de Direito, o motivo determinante, a razão informadora do Direito [*ratio juris*], aquela idéia cardeal abaixo da qual abrigam e pela qual se explicam os preceitos particulares, a tal ponto, que estes relacionam-se com aquela na própria relação lógica que a consequência ao princípio de onde derivam-se” (tradução nossa).

17 SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 639.

verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis¹⁸.

A norma jurídica (seja infra-constitucional, seja constitucional) pode ser o meio de positivação do princípio jurídico, podendo com este confundir-se ou não. Caso positivado através da norma jurídica, o princípio jurídico pode estar explícita ou implicitamente contido na mesma. Outrossim, observa-se que o princípio jurídico pode também dimanar ainda de outras fontes do direito, que não somente a lei, tal como a doutrina, a jurisprudência, ou até mesmo o direito natural, conforme o caso.

4 FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Dentre as inúmeras funções dos princípios jurídicos, e em caráter meramente exemplificativo (“*numerus apertus*”), pode-se destacar as seguintes:

- *FUNÇÃO ESTRUTURAL* – Os princípios jurídicos tem função estrutural, eis que mantém coerência e harmonia e propiciam coesão ao sistema jurídico. Neste sentido, são os ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Melo: e “Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda estrutura neles esforçada”¹⁹.
- *FUNÇÃO INTERPRETATIVA* – Além disso, os princípios jurídicos revelam-se nortes hermenêuticos seguros, que auxiliam e contribuem tanto para interpretação das

18 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 299.

19 MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. p. 230.

normas jurídicas em geral, como também nos casos de lacunas em que a lei seja omissa, indicando o direito a ser aplicado ao caso concreto, e inclusive prestam-se a dissipar dúvidas e/ou obscuridades no ordenamento jurídico. A respeito, têm-se as palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo: “Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”²⁰.

- *FUNÇÃO AXIOLÓGICA* – Quando houverem conflitos principiológicos na aplicação ao caso concreto, cada qual ostentando valores diversos, pode-se, dentre outras alternativas, submeter os princípios em colisão à ponderação e fim de resolver a questão, através do princípio da proporcionalidade²¹.
- *FUNÇÃO SOCIAL* – A própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, também estabelece a função social dos princípios, ao prescrever que a aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum²².

Bem de se ver, assim, que as funções dos princípios jurídicos revelam-se extremamente relevantes no campo jurídico.

5 PRINCÍPIOS DA ARBITRAGEM

Em apertada síntese, pode-se arrolar, dentre outros, os seguintes princípios da arbitragem: autonomia da vontade e limites (arts. 1º e 39, I e II, LArb); boa-fé (art. 20, LArb); autonomia da cláusula da convenção

20 MELO, op. cit., p. 230.

21 ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002. p. 147.

22 Art. 5º - Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

de arbitragem em relação ao contrato (art. 8^a, LArb); competência-competência (art. 8^o, p.ú., LArb); temporariedade (arts. 12, III, 11, III e 23, LArb); garantias processuais (devido processo legal / ampla defesa / contraditório / igualdade das partes / imparcialidade do árbitro / competência do árbitro / livre convencimento - arts. 13, § 6^o, 21, § 2^o, 38, III LArb); homologação única de sentença arbitral estrangeira (art. 35, LArb); e do ônus da prova em desfavor do réu (homologação de sentença arbitral proferida no exterior - art. 38, LArb). Estes e outros são abordados a seguir.

5.1 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA

O princípio da autonomia privada, confere aos particulares a auto-regulamentação e a auto-determinação de seus interesses, desde que não sejam contrários à ordem pública, aos bons costumes e às normas cogentes / imperativas (art. 5^o, inciso II, CF; art. 17, p.ú., LICC; arts. 1^o, 2^o, §§ 1^o e 2^o, e 39, I e II, LArb; e art. 51, VII, CDC).

Na arbitragem, a lei de regência da matéria, qual seja, Lei n.º 9.307/96 – Lei de Arbitragem (LArb) autoriza expressamente que os particulares valham-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis²³, podendo-se valer tanto de regras de direito material, quanto de regras de direito instrumental.

Com efeito, tal liberdade conferida aos particulares de há muito já consistia o norte e a regra em matéria de Direito Privado, consubstanciado no antigo brocardo jurídico *PERMITTITUR QUOD NON PROHIBETUR*: “Tudo o que não é proibido, presume-se permitido”, que garante ao particular que ele pode fazer tudo que não for proibido por lei, diferentemente do Direito Público, que é regido pelo princípio da legalidade, só se podendo fazer o que a lei permitir expressamente.

Dentro de tal liberdade, há que se destacar, encontra-se tanto a liberdade de contratar (liberdade para contratar ou não, e escolher com quem fazê-lo), como também a liberdade contratual (liberdade para estabelecer livremente o conteúdo do contrato²⁴).

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

24 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Verbete liberdade contratual*. Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371, São Paulo: Saraiva, 1977.

5.2 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ

Na esteira da consagração pelo Código Civil vigente do princípio da eticidade, segundo o qual devem os contratantes observar nas fases pré-negocial, de execução do contrato e pós-contratual os ditames da probidade e boa-fé^{25 26 27}, também na arbitragem prevalece o princípio da boa-fé, que veda o abuso de direito, o comportamento contraditório, o ato emulativo e/ou eivado de má-fé, bem como a alegação em juízo a própria torpeza, por parte de quaisquer dos litigantes que voluntariamente elegeram a arbitragem como meio alternativo de solução do litígio a que se encontram submetidos.

Efetivamente, como ensina Selma Maria Ferreira Lemes:

Não pode uma parte, após ter eleito espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido. É tendo também como substrato o princípio da boa-fé que o legislador outorgou caráter obrigatório e efeito vinculante à convenção de arbitragem²⁸.

Neste mesmo diapasão, a jurisprudência confirma a plena validade do juízo arbitral instituído pelas partes que o elegeram livre e voluntariamente, eis que “... se nulo fosse este juízo arbitral a parte que a ele acorreu, que com ele concordou, que dele participou, não pode, depois de vencida, invocar sua nulidade” (STJ - Resp 616-RJ – 890009853-5 – j. 24/04/1990).

Bem assim, a fim de se evitar “surpresa”, diante de comportamento abusivo e/ou eivado de má-fé, é que o legislador determina que “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” (artigo 20, LArb).

25 Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

26 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

27 Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

28 FERREIRA LEMES, Selma Maria. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado* n.º 51, Edição AASP – Associação dos Advogados de São Paulo, out. 1997. p. 32/35.

Outrossim, com a mesma intenção, a Lei de Arbitragem estabelece prazo de 90 (noventa) dias para propositura da demanda de decretação de nulidade da sentença arbitral, após o recebimento da notificação da mesma ou de seu aditamento (artigo 33, LArb).

5.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA CLÁUSULA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM EM RELAÇÃO AO CONTRATO

Como todos bem sabem, em matéria de Direito Contratual prevalece o *Princípio da Conservação dos Contratos*, o qual pode ser subdividido em (i) *preservação* (art. 184, do Código Civil); (ii) *conversão* (art. 170, do Código Civil); e (iii) *aproveitamento* (“na cláusula suscetível de dois significados, interpretar-se-á em atenção ao que pode ser exequível – princípio do aproveitamento”²⁹). As nulidades, por seu turno, podem ser de duas ordens: nulidade absoluta e nulidade relativa (artigos 166 e 171, do Código Civil).

No âmbito da arbitragem, por sua vez, prevalece o princípio da autonomia da cláusula da convenção de arbitragem em relação ao contrato, ou seja, mesmo diante da nulidade deste, aquela permanece hígida e válida, não havendo que se falar em relação principal / acessório.

A respeito, a lei é clara e peremptória: “Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (LArb).

De acordo com os esclarecimentos de Luiz Antonio Scavone Junior:

A cláusula arbitral ou compromissória não é acessória do contrato. Portanto, como é autônoma, a nulidade do contrato não implica em nulidade da cláusula arbitral. O significado do dispositivo, portanto, indica que qualquer alegação de nulidade do contrato ou da cláusula arbitral... deve ser dirimida pela arbitragem e não pelo Poder Judiciário³⁰.

29 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro* – v. I – Parte Geral, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 302.

30 SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 87.

5.4 PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA

De origem alemã, tal princípio da competência-competência (*Kompetenz-Kompetenz*), quer significar que cabe ao(s) próprio(s) árbitro(s) a decisão acerca de eventual invalidade da cláusula arbitral e/ou do respectivo contrato (art. 8º, p.ú., LArb)³¹.

Ou nas palavras de Francisco José Cahali, “... atribui-se ao árbitro a capacidade para analisar sua própria competência, ou seja, apreciar, por primeiro, a viabilidade de ser por ele julgado o conflito, pela inexistência de vício na convenção ou no contrato”³².

Efetivamente, diante de corolário lógico irrefutável, não há como se admitir a eleição da via arbitral, e ao mesmo tempo permitir-se ao Poder Judiciário que trate de sua validade, conforme de há muito já ensinavam os antigos romanos, no adágio *electa una via non datur regressus ad alterum* (eleita uma via não se pode substituí-la por outra – tradução livre).

E isto porque, se coubesse primeiramente ao Poder Judiciário a competência para conhecer e julgar a validade / invalidade da convenção de arbitragem e/ou do contrato, haveria postergação por longo período acerca da efetiva solução da controvérsia, favorecendo inclusive *intuito meramente procrastinatório* de quaisquer das partes envolvidas, e configuraria verdadeira aniquilação do instituto da arbitragem e afastamento da via arbitral.

5.5 PRINCÍPIO DA FORÇA VINCULANTE E OBRIGATORIEDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL

Como cediço, de há muito prevalece o princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), segundo o qual as partes devem cumprir com as estipulações ajustadas entre si.

Com relação à cláusula de convenção arbitral (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), o caráter vinculante de tal ajuste, uma vez livre e espontaneamente estabelecido entre as partes, obriga-as a submeterem-se à arbitragem para solução de lides entre as mesmas, com exclusão da Jurisdição Estatal.

31 Art. 8º [...] - 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 - LArb.

32 CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2011. p. 75.

Acerca do tema, J.E. Carreira Alvim leciona que:

A arbitragem traduz o modo de resolução de conflitos que se contrapõe a jurisdição estatal; o juízo arbitral é o órgão encarregado da resolução do litígio, substituindo o juízo judicial; a convenção da arbitragem nada mais é do que o acordo das partes de submeter o litígio à decisão dos árbitros³³.

De fato, a Lei de Arbitragem reconhece tal caráter vinculante e força obrigatória à cláusula de convenção de arbitragem: 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.

Assim, em havendo resistência e/ou recalcitrância por parte daquele que firmou cláusula de convenção de arbitragem, a parte interessada e prejudicada pelo descumprimento poderá força-lo a submeter-se à arbitragem para solução de controvérsia.

5.6 PRINCÍPIO DA TEMPORARIEDADE

A relação obrigacional, a fim de não se configurar sujeição eterna, ostenta caráter transitório, como regra geral. Se assim não o fosse, a obrigação poderia transformar-se em verdadeira “escravidão”, não mais admitida no mundo civilizado.

A respeito do tema, ensina Álvaro Villaça de Azevedo que a obrigação ostenta caráter transitório, eis que, “se fosse perpétua, importaria servidão humana, escravidão, o que não mais se admite nos regimes civilizados”³⁴.

Neste contexto, a sujeição ao juízo arbitral, não pode e não deve prolongar-se indefinidamente no tempo, sem que haja prolação de sentença arbitral, ressaltando-se não ter sido esta a intenção do legislador ao promulgar a Lei de Arbitragem.

33 ALVIM, J.E. Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

34 AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de Direito Civil – teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: RT, 1994. p. 31.

Com efeito, se é vedado o *non liquet* (não julgamento), bem como o retardamento indefinido no julgamento da causa, conforme previsto no art. 126, do Código de Processo Civil³⁵, aplicável à jurisdição estatal, do mesmo modo não há como se permitir a ausência de julgamento arbitral, aplicando-se o seguinte argumento: pior do que decidir errado, é não decidir.

Ademais, com o descumprimento do prazo para prolação de sentença arbitral, indefinidamente, sem sanção, restaria malferido o princípio constitucional de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, Constituição Federal).

Assim, resta consagrado o princípio da temporariedade, segundo qual, decorrido o lapso temporal previsto na cláusula de convenção de arbitragem para prolação da sentença arbitral, ou nada tendo sido convenicionado, decorrido o prazo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, e 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, restará extinta tal cláusula contratual, e aberta a possibilidade de ajuizamento de ação perante o Poder Judiciário para solução da controvérsia (arts. 12, III, 11, III e 23, LArb)³⁶.

5.7 PRINCÍPIO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Para que a arbitragem seja considerada válida, deve-se assegurar à mesma que se façam presentes no curso do procedimento arbitral garantias processuais mínimas, através das quais as partes litigantes possam exercer suas prerrogativas processuais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre

35 Art. 126 - O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

36 Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter [...] III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

[...]

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral: [...] III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III [...]

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

convencimento do árbitro, decisão fundamentada, etc.)³⁷, e sem as quais a sentença arbitral sequer pode gozar de credibilidade e confiança, quer das partes litigantes, quer da sociedade.

Trata-se, à toda evidência, da *Teoria Garantista* – Espanha, de lavra do Prof. Antonio M. Lorca Navarrete, segundo a qual:

Não pairam dúvidas que os Princípios Informadores do Processo Judicial encontram guarida no procedimento arbitral, ou seja, os Princípios da Tutela Jurisdicional e do Devido Processo Legal... a existência da arbitragem implica o desenvolvimento de um sistema de garantias processuais que possuem projeção constitucional. Constituem as garantias do cidadão, espelhadas nos princípios de direito constitucional processual (art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV)³⁸.

Ou como ensina José Eduardo Carreira Alvim:

A arbitragem, *ex vi legis*, é informada por alguns princípios (art. 21, § 2º, LArb), aos quais, em razão da função que cumprem, denomino de princípios ‘diretores’ do processo arbitral. São eles os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Aliás, a grande diferença entre o processo arbitral e o judicial não está na natureza jurídica de ambos – que é precisamente a mesma –, mas em permitir a arbitragem que as partes escolham árbitros e as regras do procedimento arbitral, o que não se admite no processo judicial^{39 40}.

37 arts. 13, § 6º, 21, § 2º, 32, inciso VIII, 38, III, LArb.

38 FERREIRA LEMES, op. cit., p. 33

39 ALVIM, op. cit., p. 169.

40 REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS:

- Art. 5º, inciso LV, CF – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

- Art. 93, inciso IX, CF – “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”

- LArb - Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: [...] II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

- LArb - Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência [...]

6 CONCLUSÃO

Conclui-se que a arbitragem é meio alternativo de solução de controvérsias, e enquanto instituto jurídico sujeita-se a diversos princípios que lhe asseguram higidez, validade, coerência, estrutura e harmonia sistêmicas.

Também em caso de interpretações múltiplas o operador do direito deve socorrer-se e buscar solução nos princípios da arbitragem, afastando dúvidas, lacunas e/ou obscuridades, bem como situações e/ou ocorrências absurdas e desequilibradas.

A tão almejada confiança e credibilidade da arbitragem perante a sociedade, decerto que trespassa pela consolidação de principiologia própria e dela carece.

A função social dos princípios da arbitragem transcendem os interesses meramente privados e particulares, e a reposiciona e a consolida como ferramenta célere e eficaz de interesse e relevância social para acesso à Justiça.

Em suma, a principiologia da arbitragem confere maioria e o consolida enquanto instituto jurídico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. *Tratado Geral da Arbitragem - Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Curso de Direito Civil – teoria geral das obrigações*. 5. ed. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Verbete liberdade contratual*. Enciclopédia Saraiva do Direito 49/370-371. São Paulo: Saraiva. 1977.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 1983.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. São Paulo: RT, 2011.

CARRÍO, Genaro. *Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números - 2010*. Disponível em: <www.cnj.jus.br>.

CRETELLA JUNIOR, José. Da Arbitragem e seu Conceito Categorical. *Revista de Informação Legislativa* n. 98, abr./jun. 1998, Brasília.

CRETELLA NETO, José. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

FERREIRA LEMES, Selma Maria. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado* n.º 51 – out. 1997. Edição AASP – Associação dos Advogados de São Paulo.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – v. I – Parte Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1980.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação, in: *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover* (organizadores: Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005.