

DA ARBITRABILIDADE

Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 10/2000 | p. 360 - 365 | Out - Dez / 2000
DTR\2000\481

Marcos Paulo de Almeida Salles

Área do Direito: Bancário

Sumário:

Acreditamos seja a revisão dos conceitos constantes do Código de Processo Civil (LGL\1973\5), em seus arts. 1.072 e 1.094 do CPC (LGL\1973\5), um ponto de partida para a conceituação de arbitrabilidade, no sentido do que é apropriado para a Arbitragem. Da mesma forma, o art. 1.037, do CC/1916 (LGL\1916\1) e seguintes. *

Segundo Clovis Beviláqua, ¹o "Compromisso é o acto jurídico pelo qual as partes em vez de recorrerem ao Poder Judiciário, escolhem juízes árbitros, para decidirem suas questões. É instituto que se aproxima da transação, a cujos princípios se submete, embora dela se distinga sob pontos de vista essenciais. Seu fim é também extinguir obrigações, o que se obtém pela sentença arbitral."

Parece-nos que o ilustre civilista deixa claro nesta assertiva, que ainda que não tenha a mesma essência de transação, o compromisso arbitral submete-se às suas regras e procura extinguir obrigações por meio de sentença arbitral.

O mesmo fim continua sendo buscado pela arbitragem, em sua nova roupagem, conforme a Lei 9.307/96, podendo então nós irmos buscar na mesma causalidade o princípio que deve nortear o nosso pensamento a respeito da arbitrabilidade. Isto é, se a pretensão arbitral é, e continua sendo, um modo extintivo das obrigações, mesmo tendo saído do corpo do Código Civil (LGL\2002\400), pela lei Marco Maciel, isto não nos impede de continuar, naquele, buscando elementos para conceituar sua aplicabilidade.

Assim, agrada-nos a idéia de recorrer à figura da transação, para buscar uma aproximação com as conclusões de que se devem revestir as questões passíveis de serem submetidas a uma arbitragem. Tal já se encontrava no Código Civil (LGL\2002\400) em seu art. 1.048: "Ao compromisso se aplicará, quando possível, o disposto acerca da transação".

Ainda segundo Clovis, ²o fim do compromisso é instituir uma jurisdição privada em lugar da ordinária para a solução de uma controvérsia jurídica; o fim da transação é pôr termo a uma controvérsia jurídica por acordo entre as próprias partes". O modo de solver a controvérsia no compromisso é o juízo arbitral... o modo de solver a controvérsia na transação é o acordo direto das partes, mediante mútuas concessões.

Assim se analisarmos a amplitude objetiva das transações veremos que ali, no art. 1.035, do CC/1916 (LGL\1916\1) se encontra o ponto comum entre ambos os institutos, a natureza patrimonial dos direitos de caráter privado subsumíveis a ambas as figuras jurídicas. Portanto a arbitrabilidade principia na análise das possibilidades de se poder submeter o objeto da arbitragem à condição de direito patrimonial disponível, tal como aqueles que podem ser objeto de transação. Por isso mesmo "as pessoas capazes de contratar poderão em qualquer tempo, louvar-se em árbitros que lhes resolvam as pendências" (art. 1.031, do CC/1916 (LGL\1916\1)), tal como preconiza o art. 1.º, da Lei 9.307/96, fazendo sobressair a disponibilidade dos direitos patrimoniais que objetivamente se podem submeter à arbitragem.

Convém, porém, avaliar preliminar e subjetivamente os agentes da convenção de arbitragem que não de ser capazes, pois a arbitragem trata-se de um contrato entre os postulantes, partes no negócio subjacente ³e os árbitros, contrato este cuja causa é a prestação de uma tutela jurisdicional privada, por meio de uma sentença, pela qual os árbitros se obrigam.

Como diz bem Durval Vianna, ⁴as partes devem "ter *capacidade para transigir*, por envolver a convenção de arbitragem uma forma de renúncia de direitos, na medida em que as partes submetem

a solução de suas divergências a um terceiro, renunciando ao conhecimento desta divergência pelo juízo estatal". Isto é, devem, as partes que pretendem ser postulantes na arbitragem, poder renunciar inclusive ao direito de revisão da sentença em segundo grau, como ocorre na jurisdição privada, como também, por exemplo, renunciar a uma lei específica, pretendendo autorizar a solução por equidade.

É necessário portanto compreender que mesmo sem prejuízo da disposição constitucional da submissibilidade ao Poder Judiciário, o resultado da arbitragem é, desde logo, consensualmente desejado pelas postulantes, isto é, obter uma solução para a controvérsia, proposta pelo meio privado, onde os árbitros são livremente escolhidos pelas postulantes, deve portar as mesmas características de expectativa que têm partes que se submetem aos sacrifícios próprios das transações, com a finalidade de evitar os inconvenientes da busca da tutela jurídica processual prestada pelo Estado quando se lhes é dado pactuar a solução por meio de concessões recíprocas. E é em meio a essas concessões recíprocas que devemos colocar aquela que representa a pré-submissão à decisão arbitral, que, por isso mesmo, é admitida terminativamente, sem possibilidade de revisão por outro corpo de julgadores que, sobre o primeiro, teria ascendência.

Conforme nos lembra o saudoso Prof. Washington de Barros Monteiro, ⁵"transação constitui ato jurídico bilateral pelo qual as partes, fazendo-se concessões recíprocas, extinguem obrigações litigiosas ou duvidosas, torna-se assim essencial à transação: a) reciprocidade de ônus e vantagens; b) existência de litígio, dúvida ou controvérsia entre as partes".

Não se trata portanto de liberalidade de uma das partes em relação à outra, há que se encontrar, perante o sacrifício de ambas, que pode ser obtido por meio de concessões recíprocas, ou pela via da delegação a terceiros (os árbitros), a qualificação e a quantificação do referido sacrifício, a que, desde logo, as partes prometem se submeter, quando elegem a via arbitral, obrigando-se pelo cumprimento do *decisum* dos árbitros. Uma vez que já havia um sacrifício aceito, faltando apenas defini-lo, não há que se pensar em duplo grau de jurisdição privada, à vista da eleição dos julgadores pelas partes, tendo podido elas ponderar livremente sobre a notória especialidade que os conceitua como árbitros.

Do mesmo modo que "é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas", por meio da transação, fica clara a natureza que tem esta última, e que pode também ser atribuída à arbitragem, onde apenas se remete a um terceiro, mutuamente escolhido, o encargo de definir a concessão, impondo-a *ex lege* às partes.

Ainda dentro das características comuns a um instituto e outro, apontadas pelo Prof. Barros Monteiro, ⁶fica fácil também compreender a afirmada negativa recursal, pois como "não se admite transação com caráter condicional, isto é, transação que não ponha fim ao litígio, antes se converta em fonte de novas disputas", também não há que se admitir a arbitragem não terminativa, pois admitir-lhe o recurso seria manter a lide após a solução aventada para por termo à controvérsia.

Neste ponto cabe meditar sobre a arbitrabilidade no prisma subjetivo, valendo dizer da possibilidade de, apesar dos agentes serem capazes, os direitos patrimoniais poderem vir, em relação a eles, a ser indisponíveis e, em decorrência como assim se comportam diante da transação, o tutor em relação aos negócios de tutelado; o curador, referentemente ao curatelado; os pais, na dependência da autorização judicial em relação aos filhos menores; os pródigos; o cônjuge sem a outorga do outro, quando se trata de bens imóveis ou assemelhados; o síndico em relação à massa falida etc. Do mesmo modo que se tem comportado a doutrina em relação à transação, comportar-se-ão ditos agentes frente a arbitragem, pois a eles, se não é dado transigir, também não lhes é dado submeter esses mesmos direitos a um constrangimento que decorra da decisão arbitral; nesse caso apenas a decisão judicial tem o condão solutório.

Verificado que a autorização para a prática da arbitragem pela livre manifestação da vontade das partes, não está abrangida pelas restrições impostas pela Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400), podem as partes postulantes eleger, no ato convencional da arbitragem, o amparo legal que pretendam dar ao *modus solvendi* da controvérsia, inclusive adotando procedimentos alienígenas ou institucionais especialmente combinados ou, até mesmo, autorizar aos árbitros invoquem a equidade, como fonte da sua convicção.

É importante na análise prévia da controvérsia, verificar as condições do direito que se envolve a pretensão resistida, uma vez que as partes são agentes capazes para submeter-se à arbitragem, e

dar cumprimento à sentença arbitral, que no entanto não deve poder vir a ser alvo da nulidade a que alude o art. 36 da Lei 9.307/96, pela ausência dos dois elementos jurídicos que compõem a legitimação do objeto da arbitragem:

- 1) a patrimonialidade;
- 2) a disponibilidade.

O conceito de patrimônio, encontramos-lo tratado, principalmente no direito comercial, pelos Professores Sylvio Marcondes⁷ e Oscar Barreto Filho,⁸ que concluem pela universalidade de bens e direitos que são passíveis de quantificação monetária e que constituem a garantia dos credores da pessoa de seu titular. Portanto excluem-se do âmbito da submissão à arbitragem os direitos que tenham apenas natureza pessoal, tais como os de família (não, no entanto, os decorrentes da herança, pois os direitos hereditários são patrimoniais), do estado das pessoas, tais como a atribuição ou distribuição do " *pátrio poder*", do matrimônio (destes também não a eventual partilha de bens nos casos de separação) etc.

A disponibilidade por sua vez deve ser apreciada com cautela, especialmente no presente intuito, pois ela possui sentidos próprios quer se trate de direito privado, quer se trate de direito administrativo, e, como veremos mais adiante, em ambos os campos do direito, seu conceito é importante para a utilização do juízo arbitral como foro privado apropriado para a solução de controvérsias.

No campo privado a disponibilidade é a possibilidade qualitativa da alienação a qualquer título, de bens ou direitos individual ou coletivamente titulados. Derivado desta forma de se dispor livremente de bens ou direitos é que a economia conceitua as disponibilidades existentes em um acervo patrimonial, pela maior ou menor possibilidade de sua imediata conversão em valores monetários.

Quanto aos direitos de natureza privada, não nos parece muito difícil identificar a sua livre disposição, estejam eles na esfera cível, estejam na esfera comercial. Aliás, diga-se de passagem, é neste campo do direito que a arbitragem encontra maior aplicabilidade, justamente porque estamos tratando com titulares de direitos caracterizados pelo moderno direito comercial, como "empresários". Isto é praticantes da atividade reconhecida como empresa, assim posta pelo Código Civil (LGL\2002\400) italiano de 1942, que revolucionou a antiga teoria do ato de comércio. Como a busca da tutela jurisdicional arbitral se fulcra na celeridade seguida do sigilo, melhor pretendente à sua eficiência não há que o empresário.

Neste campo encontramos inclusive, a via arbitral colocada na Lei de Sociedades Anônimas (art. 129, § 2.º, da Lei 6.404/76), sem nos esquecermos da, embora curta, presença da arbitragem no Código Comercial. É sempre possível invocar a arbitragem como modo de solução de controvérsias, quer no contrato de sociedades por quotas de responsabilidade limitada quer em tantos outros contratos mercantis que por sua própria natureza tratam objetivamente de direitos patrimoniais disponíveis.⁹

No âmbito direito privado a dicotomia entre direitos reais e pessoais é mais nítida, dando-nos a visão mais clara da disponibilidade sobre direitos patrimoniais. Já no campo do direito público, ou naqueles terrenos onde existe uma publicização de direitos que, embora patrimoniais possam não ser plenamente disponíveis, é que vamos encontrar correntes de pensamento antagônico quando se trata das apreciações sobre a arbitragem no direito de trabalho e a arbitrabilidade nos contratos de que participa o Estado.

No direito administrativo¹⁰ a disponibilidade dos bens e direitos do Estado está condicionada a situações próprias em que se consagra a sua livre disposição, casos em que se pode pensar em arbitrabilidade no direito público.

Não sem propriedade, o Prof. Amauri Mascaro Nascimento¹¹ enquadra o direito do trabalho como direito privado, salientando que "há algumas normas de direito de trabalho que são administrativas", justificadas "unicamente em função da existência das relações de trabalho", e, por isso mesmo secundárias, atribuindo natureza contratual privada ao acordo que objetiva a prestação do fator trabalho. Não é, no entanto, pacífica esta postura, que nos levaria a admitir ampla disponibilidade sobre os direitos daquele ato decorrentes. Nós mesmos, às vezes, temos dificuldade em aceitar certas circunstâncias de natureza individual, inclinando-nos todavia, por aquelas que decorrem dos

acordos de natureza coletiva, a que alude o art. 444, da CLT (LGL\1943\5), tanto que temos assistido ao funcionamento de cláusulas arbitrais, que se inserem em relações contratuais de trabalho como objeto da livre estipulação em contratos coletivos, beneficiando com sua celeridade, conflitos deles decorrentes.¹²

Finalmente a arbitrabilidade que envolve a figura do Estado é matéria de permanentes preocupações dos juristas, frente a mencionada correlação que fizemos entre a arbitragem e a transação, ao início da exposição.

O Prof. José Carlos Magalhães,¹³ já à época da legislação anterior, manifestou que "quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica, igualando-se a particulares: os atos portanto tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precária por sua própria natureza".

A esse respeito temos observado as mais diversas atitudes, pela negativa total, o que contrariaria não só os casos já existentes e reconhecidos, como, por exemplo, os contratos internacionais e empréstimos (estes amparados pelo art. 32 da Lei 8.666/93), em que o Estado é o devedor principal ou mesmo apenas o garantidor, quando o ato é praticado por organismos de sua administração indireta, por empresas públicas ou sociedades de economia mista. Quando se trata de decisão alienígena, uma vez homologada a sentença arbitral pelo STF, passaria à Justiça Federal a competência para conhecer de sua execução, uma vez que uma das partes postulantes é o Estado.

A Lei 8.666, que trata da licitação e, portanto, dos contratos em que se objetiva o patrimônio do Estado, condicionando-lhe assim a disponibilidade, em seu art. 55 da Lei 8.666/93, obrigando ao estabelecimento do foro da sede do ente administrativo, não elimina a possibilidade da transação e, *ipso facto*, da arbitragem. Nada impede, no entanto se alvitre a possibilidade da eventual autorização prévia de Poder Legislativo para a prática de ato submetendo o Estado à decisão arbitral.

Contudo preocupa-nos a inclusão na "reforma do judiciário" de artigo em que a nobre relatora Deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, justificando-o como amparo constitucional ao instituto da arbitragem, exclui a figura do Estado como parte capaz para submeter-se à arbitragem, motivo pelo qual nos arvoramos em sugerir emenda que ao menos o faculte mediante autorização legal ou legislativa, evitando-se a negativa constitucional à já existente arbitrabilidade excepcional, quando se trata de direitos patrimoniais disponíveis titulados pelo Estado.

(1) Código Civil (LGL\2002\400) *comentado*. São Paulo : Francisco Alves, 1919. vol. IV. p. 194.

(2) Op. cit., p. 204.

(3) Entende-se por negócio subjacente aquele negócio jurídico de que venha a derivar a arbitragem para solucionar-lhe as controvérsias. A submissão à arbitragem pode ter sido deliberada pelas partes desde o aperfeiçoamento do contrato, por meio da inserção da cláusula compromissória ou poderá vir a ser deliberada posteriormente, por meio de compromisso arbitral.

(4) *Comentário à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro : Adcoas, 1998. p. 28.

(5) *Curso de direito civil*. São Paulo : Saraiva, 1968. vol. 4. p. 340).

(6) Op. cit., p. 341.

(7) *A responsabilidade de comerciante individual*. Rio de Janeiro, 1956.

(8) *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo : Saraiva, 1986.

(9) Como exemplo de antiga utilização de arbitragem no campo comercial, lembramos aquela compulsoriamente aplicada aos contratos das bolsas de mercadorias desde os idos de 1917 na BMSP, atualmente BM&F.

(10) Em direito administrativo há ainda um conceito subjetivo de disponibilidade que se diz da colocação suspensiva da atividade do funcionário público, sem que se rompa a relação que o vincula à máquina administrativa - colocação em disponibilidade.

(11) *Iniciação ao direito do trabalho*. p. 58.

(12) Há em São Paulo um conselho Arbitral do Estado de São Paulo (CAESP) especializado na prestação desse tipo de arbitragem institucional que vem cuidando especialmente da mediação.

(13) *Arbitragem comercial*. p. 69.