Anteriormente, vimos que a arbitragem é um meio privado de solução de conflitos que se utiliza de um terceiro imparcial o qual decide a lide ao proferir sentença arbitral. Trata-se de método heterocompositivo de solução de conflitos na medida em que o terceiro imparcial e neutro impõe sua decisão e encerra a lide.

Agora veremos quais os limites estabelecidos pela Lei de Arbitragem à submissão da lide ao procedimento arbitral.

## As partes na arbitragem

A possibilidade de solução arbitral depende do aspecto subjetivo, relacionado a quem irá participar da arbitragem (ratione personae), e objetivo, referente à matéria objeto da arbitragem.

Em relação ao aspecto subjetivo, poderá ser parte na arbitragem a pessoa física ou jurídica capaz de contratar, nos termos da legislação civil. Ressalte-se que a capacidade de contratar é indispensável para a validade da convenção de arbitragem.

O Código Civil de 2002 estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Esta capacidade diz respeito à aptidão para ser titular de direitos.

A capacidade civil divide-se em:

- Capacidade de direito (ou de gozo): é inerente a todo ser humano, sem distinção. Refere-se à capacidade de adquirir direitos.
- Capacidade de fato (ou de exercício): nem todos a possuem ou a possuem plenamente. Refere-se à capacidade de exercer, por si mesmo, os atos da vida civil.

Existem algumas limitações ao exercício da capacidade civil, dispostas nos artigos 3° e 4° do Código Civil, e que se estendem à arbitragem, conforme disposto a seguir:

| Incapazes | Relativamente incapazes | Outros |
|---|---|---|
| Menores de 16 (dezesseis) anos. | Maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. | A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. |
| | Ébrios habituais e os viciados em tóxico. | |

| Incapazes | Relativamente incapazes | Outros |
| --- | --- | --- |
| | Aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. | |
| | Pródigos. | |

Além disso, não poderá ser parte na arbitragem quem apenas tenha o poder de administração e os entes despersonalizados. São entes despersonalizados as universalidades dotadas de representação ativa e passiva. Pode-se citar como exemplo o espólio, o condomínio, as sociedades de fato e as massas falidas.

Contudo, a autorização possibilita a celebração de convenção arbitral por entes despersonalizados. A ausência de autorização, neste caso, acarreta a nulidade da cláusula ou compromisso arbitral.

## A utilização da arbitragem pela Administração Pública

A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar a arbitragem para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do artigo 1°, § 1° da Lei 9.307/1996. Este dispositivo foi acrescentado pela Reforma da Lei de Arbitragem, realizada pela Lei n° 13.129, de 26 de maio de 2015.

Além disso, o artigo 11, inciso III da Lei de Parcerias Público-Privadas prevê a utilização “dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, (...) para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

No mesmo sentido dispõe a Lei de Concessões Públicas ao estabelecer que o contrato de concessão poderá prever o emprego da arbitragem para a resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Deve-se observar que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é aquela que detém a competência para a realização de acordos ou transações.

A utilização da arbitragem pela Administração Pública foi alvo de controvérsias relativas à matéria que seria discutida, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público. De acordo com este princípio, sempre que estiverem em conflito os interesses particulares e públicos, prevalecerá o segundo, por refletir o interesse da coletividade em função da qual deve operar o Estado. O interesse público não pode ser transacionado ou dirimido em função de qualquer interesse meramente particular.

Outro posicionamento moderado entende que os atos relativos às funções instrumentais do Estado, isto é, os meros atos de gestão, podem, sim, ser transacionados.

Existe ainda quem entenda que a arbitragem deverá ser utilizada pelo Poder Público sempre que se mostrar adequada para a solução da controvérsia, porque a arbitragem possibilita solução célere, com custo menor e proferida por um árbitro que possua conhecimento técnico especializado, o que está certamente em consonância com o interesse público.

Ressalte-se que a Administração Pública é a maior demandante do Brasil! Nesse tom, a utilização da arbitragem e de outros meios adequados de solução de conflitos, sem dúvida, produzirá impactos positivos ao funcionamento da resolução de demandas.

## A matéria objeto da arbitragem

Diz o artigo 1° da Lei 9.307/1996:

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

Assim, no concernente à matéria objeto da arbitragem, ela deverá abordar, necessariamente, direitos patrimoniais disponíveis. De acordo com Joaquim de Paiva Muniz (2015, p. 22), “direitos patrimoniais são aqueles pertencentes ao patrimônio de cada pessoa, consistindo no conjunto de seus direitos de valor econômico.”

Ainda de acordo com Luiz Antonio Scavone Jr. (2014), “entre os direitos de cunho patrimonial, encontramos as relações jurídicas de direito obrigacional, ou seja, aquelas que surgem nos contratos, nos atos ilícitos e nas declarações unilaterais de vontade.” Cabe destacar, também, que os direitos patrimoniais podem ser exercidos de forma livre pelo seu titular.

| O que pode ser levado à arbitragem | O que não pode ser levado à arbitragem |
|---|---|
| Disputas societárias | Questões criminais |
| Disputas no setor imobiliário | Questões de família |
| Controvérsias sobre direito do consumidor | Discussões tributárias |
| Questões comerciais | Questões relacionadas à segurança e medicina do trabalho |
| Prestação de serviço | Casos de falência |

Note-se que as consequências patrimoniais dos direitos indisponíveis podem ser submetidas à arbitragem, por exemplo, o valor de uma indenização por danos à honra e intimidade.

## Equidade

A equidade consiste na faculdade que o árbitro possui de não se ater a uma norma jurídica pré-existente nem a algum padrão qualquer, ou seja, ele poderá decidir a lide simplesmente com base naquilo que entender ser razoável, sem justificativas e parâmetros que devam ser levados em consideração.

Contudo, a autorização para que o árbitro julgue por equidade deverá obrigatoriamente constar do compromisso arbitral, se isto for convencionado por ambas as partes, nos termos do artigo 10 da Lei de Arbitragem.

Note-se que o árbitro poderá afastar a lei, isto é, não necessariamente ele irá afastá-la. É possível que, incumbido de tomar sua decisão por equidade, o árbitro entenda que o que está previsto na legislação é o mais justo.

Dentre as vantagens do julgamento por equidade, podemos citar as seguintes:

- Mitigação da severidade da lei e maior “jogo de cintura”;
- Adequação à realidade;
- Abrangência de casos não previstos pelo legislador;
- Prevenção do injusto desequilíbrio entre as partes.

A equidade, ainda, poderá ser dada dentro de alguns moldes pelos quais as partes podem optar:

- **Formativa:** preenche lacunas no ordenamento, havendo expressa determinação legal para tanto.
- **Supletiva:** utilizada quando a lei prevê a hipótese sem precisar exatamente as consequências.
- **Substitutiva:** possibilidade de afastar a incidência da lei, mesmo que esta discipline de modo diverso.

É de acordo com o artigo 2° da Lei de Arbitragem que as partes poderão escolher se a arbitragem será fundamentada em algum sistema normativo ou por equidade, vejamos:

> **Art. 2º** A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. (BRASIL, 1996)

Embora no julgamento por equidade o árbitro possua a faculdade de não se ater a uma norma jurídica pré-existente e decidir em conformidade com o que entender justo, ele não poderá proferir decisão que afronte a ordem pública e os bons costumes. Jamais poderia, dessa forma, sentenciar uma pena de morte, por exemplo.

Além disso, o árbitro deverá explicitar os motivos pelos quais entende que a decisão proferida é a mais equânime, seja lá quais eles forem.

A arbitragem por equidade ainda encontra resistência, visto que ela confere grande margem de atuação para o árbitro, que decidirá conforme aquilo que entender razoável estando preso somente aos direitos humanos e ao que mais for abrangido pela ordem pública e bons costumes.

## Ordem pública e bons costumes

> **Art. 2º (...)**
>
> § 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. (BRASIL, 1996)

As normas de ordem pública são princípios indispensáveis à organização da vida social, que poderão ou não estar dispostas em lei. São preceitos de direito que tendem a manter a singularidade das instituições, protegem os sentimentos de justiça e de moral e são aplicáveis à sociedade de acordo com suas características, variando em harmonia à época determinada e ao contexto. Assim, as normas de ordem pública podem mudar com o passar do tempo para se manterem coerentes à presente realidade social.

O conceito de normas de ordem pública é impreciso; todavia, entende-se que estas normas jamais poderão ser derrogadas pelas partes. Pode-se citar como exemplo o princípio da igualdade: não poderia a decisão arbitral afrontar este princípio, propondo-se previamente a favorecer determinada parte, ainda que sob o acordo de ambas, tendo em vista que a igualdade interessa a toda sociedade, compondo um aspecto da ordem pública.

Já os bons costumes são regras e princípios impostos pela moral que regem os padrões aceitáveis de conduta dos indivíduos, tal como a honestidade, por exemplo. Os bons costumes, assim como as normas de ordem pública, podem ser modificados com o passar do tempo adequando-se à cultura local.

## Princípios gerais de direito

Segundo o artigo 2°, § 2° da Lei de Arbitragem, as partes poderão escolher que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito:

> **Art. 2º (...)**
>
> § 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. (BRASIL, 1996)

Os princípios gerais de direito são linhas gerais de orientação, premissas e tendências de um ordenamento jurídico. Eles são fundamentos essenciais para a construção do sistema jurídico, seja por ter sido comprovada a sua veracidade ou por razões de ordem prática. Assim, os princípios gerais de direito irão condicionar e orientar a compreensão do ordenamento jurídico e sua interpretação exigirá técnicas abstratas e complexas (REALE, 2002).

## Usos e costumes

Os usos e costumes são práticas reiteradas que se consolidam com o tempo, a ponto de ser considerada obrigatória sua observância pela sociedade.

O costume compõe-se de dois elementos: a prática reiterada de um comportamento (uso) e a crença na sua obrigatoriedade. A crença geral, ou por uma parcela significativa, da sociedade na obrigatoriedade do costume é o que fundamenta a sua aplicabilidade (GONÇALVES, 2012). Assim se dá que as pessoas saibam naturalmente respeitar filas, por exemplo.

É importante observar que os usos e costumes diferem da equidade, na medida em que são parâmetros mais ou menos objetivos preestabelecidos pela sociedade. Para julgar em conformidade com os usos e costumes, o árbitro terá que avaliar quais são as práticas reiteradas consolidadas em determinado nicho social.

## Lex mercatoria (regras internacionais de comércio)

A lex mercatoria consiste em um conjunto de princípios gerais e regras geradas pelo costume no comércio internacional. Assim, ela não está ligada a um sistema legal específico, o que a torna um sistema jurídico supranacional.

Ela surge de uma afirmação crescente de práticas contratuais uniformes no comércio internacional e da consolidação de regras autônomas relativamente às legislações nacionais.

Além disso, a lex mercatoria advém da crescente conscientização dos operadores do comércio internacional da inadequação das leis nacionais para responder aos problemas decorrentes de contratos transnacionais.

## Arbitragem de Direito

A arbitragem de direito é aquela na qual as partes escolhem qual legislação será utilizada pelo árbitro para solucionar a lide, seja ela qual for.

É importante ressaltar que, embora o artigo 9° da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro estabeleça que as obrigações são qualificadas e regidas pela lei do país em que se constituírem, em se tratando de arbitragem, as partes poderão escolher uma legislação diferente da do local onde foi pactuado o compromisso arbitral para reger o procedimento. Este é só mais um aspecto que exemplifica a ampla liberdade de atuação que caracteriza a arbitragem.

Além disso, quando a Administração Pública for parte, a arbitragem de Direito deverá ser obrigatoriamente utilizada. É o que dispõe o artigo 2°, § 3° da Lei de Arbitragem:

> **Art. 2º (...)**
>
> § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (BRASIL, 1996)

A obrigatoriedade da arbitragem de Direito quando a Administração Pública for parte advém do Princípio da Legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente poderá atuar dentro dos limites da lei.

Cabe destacar que, por esta razão, não é possível a opção do julgamento por equidade na arbitragem em que a Administração Pública seja parte, haja vista que nesta modalidade, o árbitro pode decidir afastar a lei.

Ademais, conforme vimos anteriormente, o procedimento arbitral é sigiloso; contudo, em se tratando da Administração Pública, ele deverá ter a mesma publicidade de um procedimento judicial, nos termos do artigo 2°, § 3° da Lei de Arbitragem. Isto tem por objetivo facilitar o controle das atividades da administração pública pela sociedade, necessidade que os princípios da Publicidade e da Transparência visam a garantir.