

 25 ANOS

A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

JOÃO
LUIZ
LESSA
NETO



1 Introdução: negócios jurídicos processuais

O tema dos negócios jurídicos processuais tem ganhado atenção acadêmica e prática, reaproximando a discussão entre processo contencioso e acordo de vontades, tanto em relação à disposição e ao objeto do conflito quanto à definição do modo de ser do mecanismo ou procedimento de resolução de disputa¹. No Brasil, de maneira definitiva, o tema se colocou por força da introdução do Art. 190 no CPC^{2,3}, que criou uma cláusula geral de negociação processual, estabelecendo que as partes podem consensualmente dispor sobre todas as situações jurídicas processuais (ônus, poderes, deveres e faculdades) no âmbito do processo estatal, sempre que o processo versar sobre direitos que admitiam autocomposição.

As partes podem, então, moldar o processo às suas necessidades, estipulando mudanças no procedimento. A experiência da arbitragem, caso claro de processo flexível e adaptável por convenção das partes, de certo modo influenciou o processo estatal brasileiro. Um exemplo é o calendário processual, que é um negócio jurídico processual típico, previsto no Art. 191 do CPC e que já era uma prática comum nos processos arbitrais. Entretanto, o estudo dos negócios jurídicos processuais, que tem atraído a atenção da doutrina brasileira, é importante para a compreensão da própria arbitragem e seus institutos, já que nela se observam os influxos recíprocos entre negócio e processo.

1 CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 160, 2008.

2 Embora os negócios processuais não sejam uma “novidade” e vários trabalhos anteriores cuidavam do tema. Contudo, a introdução da cláusula geral de negociação processual no CPC atraiu grande atenção para o tema.

3 BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, 2017.

A convenção de arbitragem é a pedra fundamental para o desenvolvimento da arbitragem; ela é o negócio jurídico que autoriza o desenvolvimento da jurisdição estatal e define muitos dos aspectos do procedimento a ser seguido. O presente artigo, então, propõe-se a revistar o clássico tema da convenção de arbitragem e sua natureza jurídica⁴, para enquadrá-la como um negócio jurídico processual à luz da teoria do fato jurídico, com as consequências daí decorrentes.

2 Do fato jurídico ao fato jurídico processual

Nem todos os eventos verificados no mundo fenomênico, natural, possuem relevância para o Direito. Apenas alguns deles é que entrarão no mundo jurídico. São as próprias normas jurídicas que definem quais fatos do mundo natural serão, também, fatos jurídicos, a partir da previsão de suas hipóteses de incidência. O conjunto de fatos naturais contém o de fatos jurídicos, portanto. Apenas existem para o mundo jurídico os fatos que preencherem o suporte fático, hipótese de incidência de uma norma, passando a ser relevantes para o direito⁵. As normas jurídicas contêm a descrição de um suporte fático do qual resultará o fato jurídico e, também, a prescrição dos efeitos jurídicos decorrentes do respectivo fato.

Os fatos jurídicos, à luz da Teoria Ponteana, relacionam-se com três planos específicos em sua juridicidade: o plano da existência, o da validade (pelo qual apenas os atos jurídicos em sentido amplo passam⁶) e o

4 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 3. ed. Kindle Direct Publishing, 2019. p. 10-15.

5 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 50.

6 MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 17.

da eficácia, pertinente às situações jurídicas e aos efeitos dos fatos jurídicos. Os fatos processuais são uma espécie de fato jurídico, com a peculiaridade de que o fato se refere a uma relação processual⁷.

O processo é marcado pelo procedimento, concatenação de atos jurídicos sucessivos, tendente à prolação da decisão, e, por isso, tradicionalmente, os cursos de direito processual sempre apresentaram em sua organização os atos das partes, do juiz, dos auxiliares da justiça, para fins de organização de seu conteúdo. Evidentemente, considerando o procedimento arbitral, é possível falar que os atos das partes, dos árbitros, do perito e da secretaria da câmara que administra o procedimento são componentes do processo arbitral. Todos esses atos, realizados no procedimento, para seu desenvolvimento são atos processuais (*lato sensu*). Contudo, esse recorte é incapaz de apreciar a complexidade do fenômeno da processualidade (judicial ou arbitral). Vale dizer que reduzir a noção de ato processual à de ato do procedimento (nele praticado) é explicar apenas parte da questão e obscurecer a totalidade do fenômeno⁸.

Os atos processuais se enquadram na categoria mais ampla dos fatos jurídicos, e os aportes de sua classificação se prestam a explicar o fenômeno processual. Por isso, não é correta a redução entre processo e atos do procedimento. Existem, na verdade, considerando apenas os fatos jurídicos lícitos, as seguintes categorias: os fatos jurídicos processuais em sentido estrito, os atos-fatos jurídicos processuais, os atos jurídicos processuais em sentido estrito e os negócios jurídicos processuais. Além disso, os fatos processuais podem se verificar *fora* do procedimento. Existem os atos do procedimento, que são os atos processuais propriamente ditos, e os

7 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA, 1973. v. I, p. 423-424.

8 ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 550.

atos que não integram o procedimento e, até mesmo, em certos casos, o antecedem, e que dirão respeito a um procedimento específico quando forem levados a um processo⁹. A processualidade do fato jurídico, incluindo os atos, não se deve à sua realização ou verificação no procedimento, mas a seu valor para um processo, como indicado por Francesco Carnelutti¹⁰.

Fato jurídico processual, em sentido largo, é todo evento do mundo natural que, por preencher o suporte fático, faz incidir uma norma processual, e que produz efeitos processuais, atuais ou futuros, efetiva ou potencialmente¹¹. É o fato que, por preencher o suporte fático de uma norma processual, tem relevância para um processo.

3 Não existe uma ontologia dos fatos jurídicos – a convenção de arbitragem como fenômeno de direito material e de direito processual

A consequência primordial decorrente da incidência de uma norma jurídica consiste na criação dos fatos jurídicos. Sempre que há a incidência de uma norma jurídica, o fato do mundo natural é juridicizado e passa ao mundo jurídico¹².

Não há uma ontologia dos fatos para fins de juridicização. Nenhum fato é (enquanto fenômeno do mundo natural) ontologicamente pertencente a um ou outro ramo do direito. Com a juridicização, pela incidência da norma cujo suporte fático foi

⁹ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 32-34.

¹⁰ CARNELUTTI, 1973, p. 425.

¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 45-46.

¹² MELLO, 2012, p. 128.



preenchido (*fattispecie*), o fato, ao tornar-se jurídico, passa a ter sentido correlato a determinado ramo do direito. Há, portanto, fatos (eventos do mundo natural) que não entram no mundo jurídico por preencherem a hipótese de incidência de norma nenhuma e outros que entram de vários modos no mundo jurídico, por causarem a incidência de várias normas. E, aí, para cada norma que incida, o fato será adjetivado consoante o caso. Um mesmo evento do mundo natural poderá ser juridicizado como fato jurídico civil, processual ou trabalhista. O adjetivo normalmente pertence à norma que incide, preenchido que foi seu suporte fático. A convenção de arbitragem (ato humano voluntário e bilateral – negócio jurídico), portanto, existe (entra) no mundo jurídico de várias maneiras, a depender da norma que se considere.

Nada há de inusitado nisso, nem se trataria de alguma peculiaridade do negócio jurídico convenção de arbitragem. Basta pensar, por exemplo, no fato jurídico *stricto sensu* morte. A morte é pressuposto para a incidência de várias normas: extingue-se a personalidade do *de cuius* (norma cível relativa aos direitos da personalidade); abre-se a sucessão (norma cível sucessória); dissolve-se o vínculo conjugal (norma cível familiar); extingue-se o contrato de trabalho (norma trabalhista); dá-se a suspensão do processo em que litigava o sujeito (norma processual); perde-se a capacidade processual (norma processual); extingue-se a punibilidade do crime cometido (norma penal); e, se o sujeito for o árbitro de uma arbitragem, haverá a necessidade de sua substituição (norma processual). O mesmo fato, único fato do mundo fenomênico (já que se trata de uma única morte do sujeito), entra de várias formas no mundo jurídico e, à luz das normas que incidem, poderá ser considerado um fato jurídico cível, trabalhista, penal ou processual. O fato, por assim dizer, muitas vezes toma por empréstimo o adjetivo da norma considerada. Ele não é, ontologicamente (enquanto

fato do mundo natural), de uma ou outra categoria, senão o são as normas que passam a incidir pelo preenchimento de seus suportes fáticos. Pedro Henrique Nogueira, entretanto, coloca que o critério da norma jurídica que incide, embora seja importante, não pode ser considerado suficiente para caracterizar um fato como processual, mas são processuais os fatos jurídicos que, mesmo ocorridos fora do procedimento, repercutem no plano da eficácia processual, criando (ou tendo a potencialidade de criar) situações jurídicas processuais. Isso porque existem fatos jurídicos definidos em normas materiais que repercutem no plano processual¹³. A questão, então, do enquadramento tipológico dos fatos processuais sai do plano da existência do fato ou do ato jurídico e passa ao da eficácia¹⁴. Para compreender que são fatos, atos ou negócios processuais aqueles que produzem efeitos para um processo (atual ou futuro) e que repercutem nas situações jurídicas processuais. O ato processual (categoria da qual o negócio processual é espécie) é aquele que produz ou é apto a produzir efeitos no processo¹⁵. A noção de negócio jurídico processual, portanto, pode ser feita pela conjugação das noções de negócio jurídico e de ato processual¹⁶.

A doutrina tradicional brasileira, baseada, por exemplo, em Arruda Alvim, entendia que ato processual seria o ato do procedimento, vale dizer, ato praticado no próprio processo (por extensão,

13 NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55-58.

14 BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 148, 2007.

15 CABRAL, 2016, p. 48.

16 ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 244, 2015.



seriam atos processuais arbitrais os praticados na arbitragem). Entretanto, particularmente a partir da cláusula geral de negociação processual estabelecida no Art. 190 do CPC, essa posição foi revista. O próprio Arruda Alvim, por exemplo, reviu sua posição para entender que os atos praticados fora do processo não deixam de ser processuais; são processuais os atos nele praticados ou que podem a ele ser trazidos, não deixando de ser processual o ato praticado fora do processo e a ele não levado¹⁷.

O fato “celebração de uma convenção de arbitragem”, portanto, dimana os efeitos contratuais típicos do *pacta sunt servanda*, vinculando as partes ao convencionado. Dimana, também, um efeito de obstar a atuação da jurisdição estatal, vale dizer, impedindo o válido e regulando o desenvolvimento do processo judicial tendente a analisar uma controvérsia por ela abrangida, o que se designa por seu efeito negativo, e habilita potencialmente (eficácia potencial) o exercício da jurisdição privada pelos árbitros.

Não há como negar que várias normas processuais passam a incidir em virtude da celebração da convenção de arbitragem. O processo judicial deverá ser extinto (Art. 485, VII, CPC), se for apresentada exceção de arbitragem (Art. 337, § 6º, CPC). Na verdade, antes disso, ainda no plano pré-processual, não poderia sequer ter sido proposto (Art. 3º, LArb). É inegável a eficácia processual (para o processo judicial) da convenção de arbitragem. Só por isso ela já seria um fato jurídico processual, ao fazer incidir normas atinentes ao processo civil. Mas, e talvez com maior importância, ela é norma de jurisdição ao atribuir competência¹⁸ para

17 ALVIM, 2017, p. 550.

18 Metodologicamente, utilizamos jurisdição e competência como sinônimos para fins de arbitragem, embora seja possível pensar na divisão da atuação jurisdicional arbitral em esferas de competência. LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.

a atuação dos árbitros; nesse sentido, ela é norma de habilitação para, processualmente, ser exercido um poder: o poder de conduzir o processo e julgar o caso. É um negócio jurídico, um ato no qual a vontade humana é capaz de definir os efeitos e categorias, que está no cerne da possibilidade do posterior desenvolvimento da jurisdição arbitral. É a autonomia da vontade das partes que outorga aos árbitros seus poderes¹⁹.

4 Arbitragem: do contrato ao processo

A fonte de legitimação do poder *jurisdicional* do árbitro é diversa da do juiz²⁰. A legitimação daquele advém do livre consentimento e manifestação volitiva das partes, e a deste decorre, entre outros fatores, da investidura, da garantia do juiz natural e da conformação legislativa do Estado. Em ambos, entretanto, processo e procedimento, enquanto expectativa de conduta a ser reproduzida para a prolação da decisão, desenvolvem um papel fundamental. A aceitabilidade da decisão decorre necessariamente da observância pelo decisor de um processo preestabelecido. Não se sabe qual o conteúdo da decisão, mas se sabe qual o caminho até a sua prolação (*due process of law*).

Na arbitragem, a própria legitimidade do processo e, por consequência, a da sentença arbitral decorrem da vontade das partes. É a vontade das partes que permite o surgimento de uma jurisdição privada e o julgamento do conflito. Não é a lei que legitima uma arbitragem específica. Certamente, a lei reconhece, estabelece e legitima o sistema arbitral e permite o seu funcionamento. É,

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 48-49.

²⁰ FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 71.



entretanto, a vontade das partes que estabelece que um conflito determinado (ou determinável) será resolvido por arbitragem²¹. Nesse ponto de vista, a arbitragem é um fenômeno social que reclamou reconhecimento jurídico. Rigorosamente, é a convenção de arbitragem, enquanto negócio jurídico processual²², que permite toda a atuação dos árbitros nos limites da lei.

Os poderes jurisdicionais do árbitro e o exercício dessa jurisdição se legitimam pelo querer das partes. Daí a seriedade e importância de qualquer alegação que diga respeito à incompetência dos árbitros²³. Dizer que um árbitro é incompetente é dizer que ele não tinha poderes (jurisdição) para julgar aquele caso. É dizer que todo o processo daí decorrente não detinha qualquer legitimidade, já que não derivou do consentimento válido.

O ponto de partida da arbitragem é a convenção de arbitragem, um enunciado linguístico com uma vinculatividade específica. Uma norma de derrogação da jurisdição estatal geralmente ofertada. O processo arbitral se legitima nos exatos limites da jurisdição do árbitro. O problema da legitimidade do juiz ou do Poder Judiciário está ligado, em última instância, à questão de afirmação do Poder Político e decorre da própria feição constitucional e das regras de distribuição do poder do Estado. É uma questão relativa à Teoria Geral do Estado.

Evidentemente, a lei constitui um fator jurídico e, de igual maneira, metajurídico legitimador importante por autorizar a

21 BLACKABY, Nigel et al. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 340-341.

22 Para uma conceituação da noção de negócio jurídico processual, veja: BRAGA, 2007; DIDIER JR., NOGUEIRA, 2013.

23 BERMANN, George. The “gateway” problem in international commercial arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael et al. (Eds.). *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution*. Haia: Kluwer Law International, 2011. p. 54-55.

vontade das partes a estabelecer a competência dos árbitros. Resaltar o aspecto contratual da convenção de arbitragem e a importância da autonomia da vontade no tema não é olvidar que a lei reconhece e empresta efeito jurídico a essa manifestação volitiva. Aliás, a regra da competência-competência e o poder que os árbitros possuem de decidir sobre sua própria competência não derivam da convenção das partes, mas são uma atribuição prevista em lei. É a lei que autoriza que os árbitros decidam sobre a sua própria competência²⁴.

A arbitragem aparece como uma derrogação ou uma saída dos quadros da jurisdição estatal. É uma jurisdição privada, paralela, reconhecida pelo Estado. O desenvolvimento de um processo arbitral na ausência de jurisdição do árbitro representa, em alguma medida, uma usurpação do exercício da jurisdição estatal.

A alegação de incompetência do árbitro representa um momento de (potencial) crise e desequilíbrio dessa jurisdição privada. Do ponto de vista da legitimidade, aqui entendida como *aceitabilidade* da decisão, é o desejo das partes o ponto central para a arbitragem. É a premissa filosófica da *liberdade* para contratar o ponto central da arbitragem²⁵. Essa liberdade é levada ao ponto de afastar uma manifestação da soberania estatal, pois o *poder* de julgar é, também, na concepção moderna de Estado, uma das principais formas de afirmação do poder político, é prerrogativa própria do soberano.

A legitimidade da arbitragem é autônoma e simbolicamente decorre da percepção de uma capacidade de julgar adequadamente, da neutralidade do árbitro enquanto um *topoi* a que adere. A

24 POUURET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2. ed. London: Sweet & Maxwell, 2009. p. 386.

25 PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 3.



adesão voluntária do jurisdicionado se substitui à autoridade pública do Estado, que se impõe sobre todos²⁶.

Existe, com efeito, uma antiga discussão sobre a natureza jurídica da convenção de arbitragem. Para alguns autores, ela teria natureza meramente processual, pois o seu objetivo essencial seria a formação de uma jurisdição. Para outros, ela teria uma natureza meramente contratual (de direito material). Mais recentemente, tem sido prevalente a visão de que a convenção de arbitragem teria uma natureza mista, processual e material. Essa discussão seria importante, em uma visão tradicional, para determinar as normas aplicáveis à convenção²⁷.

A convenção de arbitragem é um negócio jurídico bilateral²⁸. Não há dúvidas de que, sob esse viés, ela é um contrato. Entretanto, ela é um contrato que determina e estabelece uma opção por um meio de resolução de disputas e habilita o exercício de uma jurisdição privada. Ela é um negócio jurídico processual.

Ela é um negócio jurídico bilateral, pois irradia eficácia bilateral: há a criação de deveres e obrigações recíprocos entre os contratantes (plano da eficácia). A bilateralidade, igualmente, diz respeito à composição subjetiva do suporte fático desse contrato. Para o nascimento de negócio jurídico e convenção de arbitragem

26 OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006. p. 41.

27 GABRIEL, Simon. Damages for breach of arbitration agreements. In: ARROYO, Manuel. *Arbitration in Switzerland: a practitioner's guide*. Haia: Kluwer Law International, 2013. p. 1472-1477.

28 “O negócio jurídico é o tipo de fato jurídico que o princípio da autonomia da vontade deixou à escolha das pessoas. A pessoa manifesta ou declara a vontade, a lei incide sobre a manifestação ou a declaração ou as manifestações de vontade; o negócio jurídico está criado: a declaração ou declarações, a manifestação ou manifestações de vontade fazem-se jurídicas; entram no mundo jurídico; o mundo jurídico recebe-as, apropria-se delas.” (MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1, p. 90-91.)

é preciso a manifestação de vontades concordes, para que entre no plano da existência²⁹.

Ela é um típico negócio jurídico processual bilateral³⁰, por dimanar efeitos tipicamente processuais e, mais que isso, determinar o modo de ser do processo e outorgar poderes aos árbitros. Seu suporte fático denota o poder concedido aos sujeitos de escolher a categoria jurídica e de estabelecer o desenvolvimento de um processo, observados os limites fixados pelo ordenamento jurídico³¹.

A convenção de arbitragem tem o objetivo de determinar o modo de ser de um processo. É um contrato em sua origem; um contrato que determina e habilita o exercício de uma atividade jurisdicional³². O chamado efeito vinculante da convenção de arbitragem, particularmente o chamado efeito positivo da convenção de arbitragem, impõe que as partes devem se submeter à arbitragem que pactuaram. Como corolário da boa-fé na execução do contrato e do dever de cooperação que as partes possuem para com o processo arbitral, não é possível que as partes adotem uma postura de protelar, obstar ou de, injustificadamente, tentar dificultar a instalação ou a condução do processo arbitral.

Não importa, contudo, se o caso é de uma cláusula compromissória arbitral ou de um compromisso. Ambos são negócios jurídicos próprios (autônomos) e que não se confundem com o (outro) contrato a que se refiram ou com o conflito que abranjam. É essa

²⁹ MIRANDA, 1954, t. 3, p. 209.

³⁰ Considerando a classificação e a Teoria Ponteaniana dos fatos jurídicos. Para uma exposição sistemática da classificação dos fatos jurídicos, veja: MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia* – 1ª parte. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003; MIRANDA, 1954, t. 1, p. 74-116.

³¹ DIDIER JR., NOGUEIRA, 2013, p. 59-60.

³² MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. XV, p. 174.



constatação, aliás, que fundamenta a doutrina da autonomia ou da separabilidade da convenção de arbitragem.

Isso significa que as partes têm o dever de agir com boa-fé, facilitando e cooperando com o árbitro para o bom desenvolvimento do processo arbitral, em obediência à convenção de arbitragem. A conduta abusiva da parte antes ou durante o processo pode e deve ser sancionada pelo árbitro. O árbitro possui poder geral de cautela para resguardar – e que deve ser capaz de assegurar – a boa condução do processo arbitral.

O reconhecimento da convenção de arbitragem como negócio jurídico processual impõe que lhe sejam aplicáveis normas não apenas substanciais, mas também processuais³³. O seu regramento jurídico é complexo, por se tratar de um negócio jurídico com eficácia eminentemente pré e paraprocessual. Além disso, os efeitos da convenção incidem tanto sobre o processo arbitral quanto sobre o Estado e o processo judicial (eficácia negativa).

Mesmo antes do processo arbitral, as partes estão contratualmente obrigadas a respeitar a convenção de arbitragem. As partes estão vinculadas pela convenção de arbitragem. O efeito negativo da convenção impõe que as partes se utilizem da arbitragem para o julgamento de seu conflito. Como a convenção é um negócio jurídico de direito material, cada parte é obrigada perante a outra a se submeter à arbitragem. Surgindo um conflito abrangido pela convenção e havendo o desatendimento alegado de uma pretensão material, surge a pretensão à utilização do remédio jurídico processual, por meio da arbitragem. As partes, assim, renunciaram à estatalidade do processo judicial e deverão utilizar o processo

³³ “Negar a esses negócios o caráter processual significaria reconhecer-lhes a natureza substancial e, automática e exclusivamente, estender-lhes todo o regime de direito material. Parece inegável, contudo, que o regime jurídico processual também deve ser aplicado a esses acordos [...]” (DIDIÉ JR., NOGUEIRA, 2013, p. 66.)

arbitral. Os contratantes, portanto, dispõem de pretensão material ao uso do remédio jurídico processual arbitral.

Quando há o surgimento de uma pretensão material não atendida, segundo Pontes de Miranda³⁴, uma pretensão de segundo grau à utilização do processo judicial (tutela jurídica estatal) se apresenta. Não sendo possível o exercício da ação material diretamente pelo interessado (pela vedação da tutela privada), quando surge (alegadamente) uma pretensão ou conflito abrangido por uma convenção de arbitragem, surge de modo análogo a pretensão ao uso da tutela jurídica arbitral.

A pretensão é titularizada pelo credor contra o obrigado. O credor pode exigir do devedor a satisfação de sua pretensão. Se A deve a B, B pode exigir que A adimpla a obrigação devida (exercício de pretensão material). Se A não adimple (resistência), surge para B a pretensão ao uso do remédio jurídico processual, representado pela ação processual (pretensão de segundo grau). Surge pretensão ao processo. Por outro lado, o conteúdo e a finalidade da pretensão à tutela jurídica são justamente a satisfação da pretensão material³⁵.

O exercício dessa ação de direito material diretamente pelo próprio titular do direito é, salvo exceções muito específicas, vedado pelo Direito brasileiro³⁶. Somente ao Estado compete concretizar a prática de atos materiais voltados à satisfação do direito. Só que, para que se desenvolva a ação de direito material, o Estado precisa ser provocado, o que é feito pelo exercício da pretensão à tutela jurídica ou por meio da ação de direito processual. O contrato de arbitragem faz que a ação processual deva ser exercida perante a jurisdição privada.

³⁴ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1, p. 124-125.

³⁵ MIRANDA, 1998, p. 245.

³⁶ Exemplos permitidos são o desforço imediato, a legítima defesa, o direito de retenção etc.



Geralmente, quando é violada a pretensão, surge a ação material, que consiste no poder de impor um direito àquele que está obrigado ao seu cumprimento. A pretensão constitui o grau de exigibilidade do direito e a obrigação de submissão ao adimplemento. Já a ação material constitui o grau de impositividade do direito, surgindo, em regra, apenas com a violação da pretensão³⁷.

Caso o direito titularizado seja potestativo e, portanto, não prestacional, o titular do direito poderá propor a ação para a realização de seu direito. No exercício do direito potestativo nada se exige do devedor. Há uma relação de poder-sujeição. O devedor apenas sofre as consequências jurídicas do exercício do direito. O direito de anular um contrato, por exemplo, é potestativo. O direito realiza-se pela sentença que decreta a nulidade, não sendo necessária qualquer prestação do devedor. Há, contudo, pretensão ao uso do remédio jurídico processual para anular o negócio.

Ao exercer a ação de direito processual, o sujeito provoca o Estado para que, exercendo a jurisdição – com a declaração do direito aplicável à espécie –, possa, em seguida, realizar a prática de atos concretos que corporificarão a ação de direito material. Tal atividade é eminentemente estatal, mas, ao optarem pela arbitragem, as partes renunciam à utilização da jurisdição estatal nos limites permitidos pelo ordenamento jurídico. Conforme a Teoria Geral do Direito, não atendida a pretensão de direito material, surge a possibilidade de ela ser processualizada. Para isso, é necessário exercer outra pretensão, que é a pretensão à tutela jurídica³⁸. Na

37 MELLO, 2003, p. 183.

38 “[...] o monopólio estatal da jurisdição faz nascer uma segunda pretensão (exigibilidade), além daquela que o titular do direito já possuía, contra o destinatário do dever jurídico. Tanto posso ‘exigir’ o pagamento (exercer pretensão) contra meu devedor quanto posso exigir que o Estado – quando fracasse aquela exigência privada – realize, através do processo, minha pretensão [...]” (SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 181.)

arbitragem, essa pretensão de segundo grau é que impõe o desenvolvimento do processo arbitral.

Na arbitragem, ocorre a renúncia à processualidade estatal e a escolha pela utilização da jurisdição privada. Ou seja, o processo cognitivo tendente à formação do título executivo judicial deverá ser desenvolvido arbitralmente. Apenas a prática de atos expropriatórios (propriamente constrictivos) continua como prerrogativa estatal, daí as regras sobre a execução da sentença arbitral e a necessidade de cooperação entre o juiz e o árbitro. O efeito próprio da convenção de arbitragem é determinar que a ação processual deverá ocorrer por meio de processo arbitral, afastando (efeito negativo) a jurisdição estatal.

Celebrada a convenção de arbitragem, as partes estão reciprocamente obrigadas a utilizar a arbitragem. Uma possui em face da outra pretensão ao uso da arbitragem. Tanto o autor pode iniciar o processo arbitral e exigir que o réu se submeta à arbitragem quanto o réu pode fazer essa exigência. Daí a existência da exceção material de arbitragem (verdadeiro pressuposto processual negativo para o processo judicial). A eficácia da convenção de arbitragem ocorre já no plano pré-processual, mas ela direciona o modo de ser do processo arbitral.

A pretensão à utilização da arbitragem é titularizada tanto pelo autor (suposto ou alegado credor de outra obrigação) quanto pelo réu (suposto ou alegado devedor de outra obrigação). Em nada se confunde a pretensão “principal” do caso com a pretensão ao uso do remédio processual arbitral. O autor pode ser credor do réu de alguma obrigação, mas autor e réu são sinalagmáticamente credores da obrigação de utilização da arbitragem.

Como se vê, caso uma das partes descumpra o que está estabelecido na convenção de arbitragem, violará o negócio jurídico estabelecido com a outra parte e praticará ilícito. Trata-se do



descumprimento de uma obrigação contratual. Qualquer das partes pode exigir que a outra submeta-se à arbitragem. Caso a recusa em participar da arbitragem cause dano à outra parte, tal dano decorrerá de ato ilícito e poderá ser sancionado civilmente.

Por outro lado, o interessado em propor uma demanda pode exigir que a outra parte se submeta a um processo arbitral. É isso, por exemplo, que justifica a ação dos Arts. 6º e 7º da Lei de Arbitragem, que serve para superar a cláusula compromissória vazia. De igual modo, o réu pode impedir o autor de prosseguir com o processo judicial (exceção de arbitragem)³⁹. Qualquer das partes pode exigir da outra o cumprimento específico da obrigação de submissão ao processo arbitral. Como regra, essa obrigação não se resolve em perdas e danos, mas deve ser cumprida especificamente⁴⁰. A lei privilegia sempre o cumprimento da convenção de arbitragem.

A violação da convenção de arbitragem pode ensejar o dever de reparar civilmente, pois constitui ilícito contratual, representando violação do contrato de arbitragem⁴¹. Existe direito subjetivo recíproco entre as partes de submissão à arbitragem. Portanto, é uma obrigação sinalagmática. Do ponto de vista obrigacional, uma parte é credora da outra da obrigação de utilização de arbitragem. Há, no momento em que se celebra a convenção, a convergência de interesse das partes de resolver o conflito – atual ou futuro – por arbitragem⁴².

39 GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 121-122.

40 MIRANDA, 2008, t. XV, p. 174-175.

41 DUTSON, Stuart. Breach of an arbitration or exclusive jurisdiction clause: the legal remedies if it continues. In: *Arbitration international*. Haia: Kluwer Law International, 2000. v. 16, n. 1, p. 99.

42 MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.

5 Conclusão

A convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual; ela é relevante para o preenchimento do suporte fático de várias normas processuais e, particularmente, por ser determinante para o modo de ser do processo arbitral. O reconhecimento dessa qualificação, contido, não afasta a importância de normas eminentemente materiais para a completa apreciação do fenômeno. Evidentemente, a convenção de arbitragem é regida pelo regime jurídico de direito material em seus requisitos de existência e na análise de seu conteúdo. Entretanto, os efeitos processuais e sua importância para a incidência de várias normas processuais (normas referentes à processualidade judicial e, também, da processualidade arbitral) requerem sua compreensão enquanto fenômeno complexo.

A convenção de arbitragem talvez seja o mais radical dos negócios processuais, pois ela afasta a própria jurisdição estatal, retirando, pela produção de seus típicos efeitos, a apreciação de determinado caso da processualidade estatal e, principalmente, habilitando o legítimo exercício de uma jurisdição privada. Ela é, então, uma norma de habilitação, a legitimar todo o desenvolvimento do processo arbitral.

Referências

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 244, 2015.



BERMANN, George. The “gateway” problem in international commercial arbitration. In: KRÖLL, Stefan Michael et al. (Eds.). *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution*. Haia: Kluwer Law International, 2011.

BLACKABY, Nigel et al. *Redfern and Hunter on international arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

BONIZZII, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 269, 2017.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 148, 2007.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 6 maio 2021.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 160. 2008.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, 1973. v. I.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUTSON, Stuart. Breach of an arbitration or exclusive jurisdiction clause: the legal remedies if it continues. In: *Arbitration international*. Haia: Kluwer Law International, v. 16, n. 1, 2000.

FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao processo civil: conceitos e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

GABRIEL, Simon. Damages for breach of arbitration agreements. In: ARROYO, Manuel. *Arbitration in Switzerland: a practitioner's guide*. Haia: Kluwer Law International, 2013.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 3. ed. Kindle Direct Publishing, 2019.

LESSA NETO, João Luiz. *Arbitragem e Poder Judiciário: a definição da competência do árbitro*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia – 1ª parte*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. Campinas: Bookseller, 1998. v. 1.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. t. XV.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. 1.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

OPPÉTIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006.

PAULSSON, Jan. *The idea of arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. 2. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2009.

SILVA, Ovídio Araujo Baptista da. *Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



Sobre o autor

JOÃO LUIZ LESSA NETO: Doutor pela Universidade de São Paulo (USP). *Visiting Researcher* na Georgetown University. Mestre pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), com período de estudos na Queen Mary University of London (*postgraduate associate*). Bacharel pela Faculdade de Direito do Recife (UFPE). Secretário-Geral da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp. Advogado.