



APONTAMENTOS SOBRE A ILEGITIMIDADE DAS DECISÕES POR EQUIDADE NA ARBITRAGEM

Daniel Mendes Barbosa¹
Aline Lima Pessoa de Mendonça²

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar a legitimidade das decisões proferidas por equidade no procedimento arbitral. Isso porque, ao se permitir que a equidade seja utilizada para fundamentar uma decisão, os destinatários da mesma não se reconhecerão como autores e, por conseguinte, a decisão proferida nada mais será que a visão idiossincrática do julgador em relação ao óbice apresentado para resolução. Com isso, o devido processo legal restará violado e a decisão, de acordo com o paradigma democrático, não será legítima. Através do método dedutivo, demonstrar-se-á a ilegitimidade das decisões proferidas por equidade.

Palavras-chave: Arbitragem; Equidade; Legitimidade; Democracia; Processo

NOTES ON ILLEGITIMACY OF EQUITY DECISIONS IN ARBITRATION

ABSTRACT:

This work aims to examine the legitimacy of the decisions of equity in the arbitral proceeding. This because, allowing equity is used to support a decision, the recipients will not recognize _ as authors and therefore the decision is nothing more than a idiosyncratic vision of the judge regarding the dispute submitted to resolution. Thus, due process remain infringed and the decision, according to the democratic paradigm will not be legitimate. Through deductive method, will be demonstrating the illegitimacy of decisions of equity.

Keywords: Arbitration; Equity; Legitimacy; Democracy; Due Process

1 INTRODUÇÃO

Conflitos de interesses são inevitáveis no meio social e são, no geral, solucionados pelos próprios envolvidos, através de atos que traduzem atitudes unilaterais (renúncia, submissão desistência) ou bilatérias (transação), ou pro-intermédio de terceiros, que intercedem no conflito, resolvendo-o em lugar dos envolvidos.

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade FUMEC (2004). Especialista em Direito Processual pela PUC/MG. Foi professor do Centro de Ensino Superior de Itabira e da pós graduação em Direito Processual Civil da FEVALE - UEMG e Advogado do Sette Câmara Correa e Bastos Advogados Associados.

² Advogada nas áreas de Direito Civil e de Direito Imobiliário. Mestranda em Direito Privado pela Universidade FUMEC de Belo Horizonte/MG. Pós-Graduada em Direito Civil e em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada pela Universidade Federal de Ouro Preto - Minas Gerais.





São várias as maneiras de solução de controvérsias³, sendo o mais prestigiado o da Jurisdição, modelo já explanado. Entretanto, paralelo a esse sistema, há aquele em que o Estado não age diretamente na solução do conflito, autorizando a um terceiro, mediante decisão com força de tutela estatal (sentença), resolver o conflito.

Numa democracia, onde se predomina, a despeito da existência do princípio da autonomia da vontade, pode-se dizer que o uso da arbitragem para solução das controvérsias poderia ser utilizado pelas partes, diante da liberdade individual do ser social.

A Arbitragem poderá ser instaurada somente quando se tratar de direitos disponíveis e transigíveis, ou seja, direitos que as partes podem validamente e legalmente dispor.

Por conseguinte, poderá a arbitragem ter como objeto tão somente de direitos que possam ser alvo de negociação entre os envolvidos, seja ela pela conciliação ou pela transação.

A solução de conflito entre as partes por Arbitragem dar-se-á pela convenção de arbitragem, entendendo ser essa a cláusula compromissória e pelo compromisso arbitral, sendo este o meio dos quais as partes submetem a solução de seus litígios ao órgão arbitral.

Cláusula compromissória é o acordo por meio do qual as partes, utilizando-se do instrumento contratual, obrigam-se a submeter os conflitos que possam existir entre as mesmas e que sejam referentes àquele referido contrato.

A partir da existência dos institutos acima elencados, a arbitragem poderá ser utilizada de acordo com as regras estabelecidas pelo órgão arbitral ou entidade especializada. Nesse caso, as partes se submeteram às regras criadas pelo órgão arbitral, ou até mesmo por suas próprias regras, todas devendo constar na cláusula compromissória.

Escolhida pelas partes as regras, seja suas próprias ou de algum órgão, a convenção somente será normatizada por estas regras, não permitindo outras *a posteriori*.

Além disso, poderá ser a arbitragem de equidade ou de Direito. Isso dá ao instituto maior flexibilidade para prover decisões, pois além de poder ser de acordo com a Lei (de direito), poderá ser de acordo com o senso de justiça descompromissada do árbitro.

Todavia, as decisões por equidade não pode ser encarada como uma decisão democrática e, por conseguinte legítima, pois as partes que sofrerão com os seus efeitos nada

³ A autotutela, que era a “justiça com as próprias mão”, a qual não foi recepcionada por nosso ordenamento jurídico, somente a autodefesa (desforço incontinenti, legítima defesa, exercício regular de direito; a evolução história nos trouxe a mediação, a qual um terceiro, sem competência para julgar



mais serão do que meros expectadores de uma justiça que será revelada por uma onisciência de um julgador vinculado, única e exclusivamente, à sua noção de justo.

Será abordada no presente artigo a aferição de legitimidade da decisão proferida por equidade nos juízos arbitrais, destacando-se o conceito de equidade e o método de legitimação dessa decisão a partir da Teoria Democrática de Jürgen Habermas e da Teoria Neoinstitucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal, passando pela Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório de Elio Fazzalari.

Portanto, o objetivo do trabalho é verificar a impossibilidade de se considerar legítima uma decisão proferida com juízos de equidade.

Para desenvolver o presente trabalho, utilizar-se-á o método dedutivo, utilizando-se como ponto de partida os princípios que tutelam o devido processo legal, e que determinam a participação das partes na produção do provimento final. Além disso, analisar-se-á a democracia a partir dos discursos de justificação de Jürgen Habermas a fim de demonstrar a impossibilidade de legitimação de uma decisão equitativa.

A esse método se unirá a pesquisa doutrinária, consultando autores que estudam as teorias apresentadas.

Assim, o presente trabalho, através de uma pesquisa bibliográfica, fazendo uso do método dedutivo, visa apontar uma resposta a seguinte questão: é legítima uma decisão proferida se utilizando da equidade para colocar fim a um conflito?

Esse será o ponto fulcral do presente trabalho, qual seja, a aferição da legitimidade da decisão proferida por equidade.

2 DA EQUIDADE

Para verificar a questão da legitimidade das decisões por equidade, é importante retornar a ideia aristotélica do que seria a equidade. Para ele, a equidade é um modelo de aplicação normativa pela qual, quando a lei, que se expressa universalmente, não abranger uma hipótese específica surgida, exigir-se-ia a correção dessa generalização da hipótese normativa. Com isso, tem-se que a equidade seria a “correção da justiça legal” (OLIVEIRA, 2013, p. 54). Nesse sentido, Aristóteles assim definiu:

E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E, mesmo, é esse o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é



impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, coimo a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à formada pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos (ARISTOTELES, 1987, p. 25-30)

Com isso, corrigindo a justiça legal, a equidade realiza a justiça.

E, hodiernamente, o conceito de equidade mais difundido é aquele que, ao autorizar o árbitro julgar de acordo com a equidade, a lei o permite a agir como se fosse, ao mesmo tempo, legislador e juiz. Nesse caso, ocorre a equidade substitutiva, que é identificada como “a justiça do caso singular, ainda que resulte em derrogação da justiça legal” (CARREIRA ALVIM, 1995, p. 38).

Portanto, a ideia utilizada de equidade utilizada para as decisões se trata da forma de aplicação normativa a partir da análise do caso, corrigindo a *justiça legal*, o melhor, criando a própria justiça legal. Ou seja, o julgamento por arbitragem será de acordo com o senso de “justiça descompromissada” (CARREIRA ALVIM, 1995, p. 41).

Nesse sentido, “corrigir a lei, ‘é dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso’” (OLIVEIRA, 2013, p. 57).

Com isso, a aplicação da norma se dará partir do conteúdo ético que o “escolhido” para decidir terá a partir da análise do caso.

E, a Lei de Arbitragem assim dispõe sobre a equidade:

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 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.

§ 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.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 2º)

3 DA LEGITIMIDADE DAS DECISÕES





O que se percebe, a partir dessa análise da equidade, é que o ato de decidir está-se fundada, tão somente, na vontade do Pretor como fonte do direito.

Na arbitragem, podem-se escolher as regras que serão utilizadas na solução de conflitos oriundos daquele contrato onde se encontra o compromisso arbitral. Não se pode esquecer que o Brasil é regido por sistema de *civil law* onde impera o princípio da legalidade. Ao se autorizar a escolha das regras, não se obedece ao devido processo legal, onde repousa a segurança do cidadão perante o Estado. A fragilidade de tal opção remete à *common law*, onde a jurisprudência sociologia é que “diz o que é o direito”, ficando assim a mercê dos ideais de “justiça” do julgador.

É importante lembrar que a arbitragem poderá ser instaurada somente quando se tratar de direitos disponíveis e transigíveis, ou seja, direitos que as partes podem validamente e legalmente dispor.

Carreira Alvim afirma que a referência de

direitos disponíveis, pelo art. 331 (CPC), deve ser entendida em termos, de forma a compreender aqueles aos quais a lei reconhece ao seu titular, ou alguém por ele, o poder de disposição, seja no campo do direito de família, patrimonial, obrigacional ou qualquer outro, o que se extrai da conjugação desse preceito com o disposto no art. 447, que admite, igualmente, a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei admite transação. Aliás, o art. 447 alude, no seu caput, a direitos patrimoniais de caráter privado, que abrangem direitos pessoais e direitos reais, estando aquela expressão em oposição a direitos intransigíveis, em relação aos quais não tem lugar a conciliação, como não tem também a transação (Código Civil, art. 1035). (CARREIRA ALVIM, 1995, p. 135)

E, sendo a arbitragem de equidade, o árbitro utilizará sua ideia de justiça para a resolução do conflito. Como já explanado, que diz o que é devido ou não é o povo. Não é o árbitro

construtor do direito, mas concretizador do ato provimental de encerramento decisório do discurso estrutural do procedimento processualizado pelo due process of law democrático, em suas incidências substancial (substantive) de garantias implantadas constitucionalmente e procedimental (procedural) do modo adequado de aplicação constitucionalmente assegurado. (LEAL, R., 2001a, p. 16)

Não pode o árbitro ter discricionariedade, pois esse está vinculado ao Processo, mesmo sendo esse considerado pela Lei juiz de fato e de direito.

Como elucida o prof. Rosemiro Pereira Leal,

a jurisdição (juicação), por si mesma, não pressupõe critérios de julgar ou proceder, mas a atividade de decidir subordinada ao dever de fazê-lo



segundo os princípios do Processo. Hoje, sabemos que a sentença não pode ser a síntese do sentimento do juiz sobre a questão sub judice, porque haveria, no caso, jurisdição sem processo. (LEAL, R., 2001b, p. 42)

O uso da equidade pelo árbitro não condiz com a realidade constitucional vivida hoje.

Para a legitimação das decisões, estas devem ser elaboradas no plano do discurso de aplicação. Este será no plano da adequabilidade das normas no contexto fático-jurídico, devendo ser aplicados nos limites da situação fática (adequabilidade). Logo, no paradigma atual, a teoria da interpretação proposta por Kelsen, que entendia a aplicação do Direito como um exercício de um poder discricionário (KELSEN, 1987, p. 368) que, mesmo na arbitragem, é incompatível.

Essa adequação na aplicação da norma deverá ser realizada em um processo. A essência deste está na simétrica paridade da participação nos atos que preparam o provimento por aqueles que sofrerão seus efeitos. Sem isso, a adequação restará ao juízo único do julgador. Nas lições de Habermas,

os discursos de aplicação não se referem à validade de uma norma, mas à adequabilidade de sua referencia a uma situação (...) o discurso de aplicação deve determinar quais são as descrições de fatos relevantes para a interpretação da situação em um caso controverso, bem como determinar qual dentre as normas *prima facie* é a adequada, uma vez que todas as características significativas da situação tenham sido registradas de forma tão completa quanto possível (HABERMAS, 1996, p. 194).

Nesse contexto, não é despiciendo afirmar que o ato de decidir não pode ser considerado um momento idiossincrático do órgão competente a proferir a tutela, pois o procedimento que prepara a decisão deve ser em contraditório, ou seja, processualizado. Cumpre ao julgador decidir sobre as questões postas em juízo, sob pena de violação ao devido processo legal.

Deve-se ter em mente, ainda, que vivemos hoje num Estado Constitucional, sendo este “uma ordem política livremente estabelecida pela vontade do povo de modo que os destinatários das normas legais podem, no mesmo tempo, se reconhecerem como os autores da lei.” (HABERMAS, 1995, p 92).

E, o que assegura que os destinatários das decisões (aqueles que sofrerão seus efeitos) se reconheçam como seus autores é o devido processo legal, uma vez que

a hermenêutica desenvolvida no procedimento processualizado, nas democracias plenas, não se ergue como técnica interpretativa do juízo de



aplicação vertical (absolutista) do direito, mas como exercício democrático de **discussão horizontal** de direitos pelas partes no espaço-tempo construtivo da estrutura procedimental fixadora dos argumentos encaminhadores (preparadores) do provimento (sentença) que há de ser “a conclusão” das alegações das partes e não um ato eloquente e solitário de realização de JUSTIÇA. (LEAL, R. 2009b, p.57)

Com isso, a decisão por equidade infringe a *construção de uma sociedade (não causalidade sociológica) que passe pelo processo democrático do exercício coletivo das conquistas* históricas jurídico-normativas *de todos igualmente decidirem o* devir. (grifos do autor)

Ainda com o autor,

o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado. (LEAL, R., 2001a, p. 22)

O uso da equidade pelo árbitro, não condiz com a realidade constitucional vivida hoje. O Estado é regido por princípios constitucionais, que devem ser utilizados, dentre eles o devido processo legal, onde a isonomia, a ampla defesa, o contraditório regem o procedimento até o provimento final. Não será o árbitro que dirá o que é ou não devido, e sim as partes, através de um procedimento baseado na principiologia constitucional, que construirá a tutela. Mormente, na hipótese da equidade substitutiva. Por isso, Habermas afirma que

nós devemos (sollen) obedecer a preceitos morais porque nós sabemos que eles são corretos, e não porque esperamos realizar certos fins agindo assim (...). Questões de justiça dizem respeito às pretensões controversas em conflitos interpessoais. Nós [só] podemos julgá-las imparcialmente à luz de normas válidas. (...) Por esta razão, justiça não é um valor no meio dos outros. Valores sempre disputam com outros valores. Eles dizem que bens específicos, pessoas ou coletividade buscam ou preferem sob circunstâncias específicas. Apenas da perspectiva delas podem os valores ser temporariamente apresentados em uma ordem hierárquica. Pois os valores pretendem uma validade relativa, enquanto a justiça pretende uma validade absoluta: preceitos morais pretendem ser válidos para toda e cada pessoa. (GALLUPO, 1994, p. 197).

Com isso, ao decidir por equidade, além de não ser a decisão a efetivação do discurso apresentado no procedimento processualizado, o arbitro, ao *corrigir a lei* estará vinculado às suas tradições, violando-se, assim, a adequação da aplicabilidade norma ao caso concreto. A ligação com as tradições não é compatível com o estado atual.



Numa sociedade descentrada e diferenciada como a atual em que não se pode assumir, em razão da enorme diversidade das formas de vida, uma atitude acrítica diante de conteúdos éticos tradicionais, a aplicação de uma norma, à luz de tais conteúdos, resulta como algo bastante discutível. E até antidemocrático.

Uma organização política plural e democrática, de base multicultural e que pressupõe uma pluralidade de formas de vida, não pode pressupor uma única concepção ou um modelo único de vida boa, algo inviável diante da hipercomplexidade da sociedade mundial contemporânea (OLIVEIRA, 2013, p. 59).

Diante desse cenário, a decisão por equidade, pra fins de legitimação, basear-se-ia apenas na posição de imparcialidade do julgador. Mas, essa imparcialidade seria apenas a característica da isenção. Mesmo assim, a decisão seria formada a partir de seu senso ético. Mas, na verdade, a imparcialidade que legitima a decisão está bem definida por Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia:

O jurista problematiza a posição de imparcialidade do aplicador: a imparcialidade está não num suposto distanciamento (como se o juiz pudesse apenas subsumir o caso a uma norma abstrata), mas, num equidistanciamento em relação às partes que deverão reconstruir discursivamente o caso – a participação em contraditório das partes é fundamental, pois serão elas que tentarão reconstruir, tanto quanto possível, um evento que, por definição, poderá ser perfeitamente refeito, por mais *esforçados e sinceros* que sejam autor e réu (BAHIA, 2004, p. 326).

Dessa forma, o que legitima a decisão não será apenas a oportunização das partes na produção do provimento final, mas, principalmente, a efetivação pelo julgador, através de argumentos lógico-jurídicos, da dialeticidade instaurada no procedimento. Ou seja, a decisão por arbitragem apenas relega o “poder” decisório ao julgador – será este terceiro que julga.

Segundo Habermas,

A tarefa de julgar, para que realize a função socialmente integradora da ordem jurídica e a pretensão de legitimidade do Direito, deve simultaneamente cumprir as condições de uma decisão consistente e da aceitabilidade racional (HABERMAS, 1998, p. 198).

Assim, a decisão por equidade modifica o legitimador da decisão do “povo soberano” para o julgador. O que é totalmente contrário ao paradigma democrático do instituto da decisão. Isso porque

nos procedimentos jurídicos institucionalizados que buscam solucionar conflitos interpretativos específicos, o juiz deve decidir por argumentos internos ao direito e a partir das narrativas concernentes a estados de coisas,



entrecruzando-se, assim, discursos acerca da verdade dos fatos e da correção normativa (LEAL, A. 2008, p. 153).

Portanto, decisões legítimas são prolatadas no direito democrático mediante a institucionalização do princípio do discurso. Nas lições de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

Nas sociedades modernas, então, o Direito só cumpre a sua função de estabilizar expectativas de comportamento se preservar uma conexão interna com a garantia de um processo democrático através do qual os cidadãos alcancem um entendimento acerca das normas de seu viver em conjunto, ou seja, através de processos em que as questões acerca do que seja justo para todos (as morais), de que seja bom para eles enquanto unidade concreta (as éticas) e acerca de quais políticas devem ser implementadas para tanto (as pragmáticas), devem ser respondidas da melhor maneira, ainda que sujeitas a diversas interpretações históricas. (OLIVEIRA, 2002, P. 51)

Com isso, a decisão na arbitragem, mormente a proferida por equidade, não pode ser considerada legítima, por não ter sido proferida no “juízo de direito” (LEAL, R. 2013, p. 4).

A arbitragem, ao conceber a criação de procedimentos específicos pelas partes, que visam, tão somente, uma pseudo solução para a crise temporal instaurada no judiciário, não se vincula “ao paradigma do direito constitucionalmente adotado” (LEAL, R. 2013, p. 4).

Com isso, as normas a serem aplicadas sempre deverão passar pelo espaço discursivo inaugurado pelo Processo. Dessa forma, qualquer tipo de solução de controvérsia onde a *correção da norma* será feita a partir do sentido de justiça do julgador, não será legítima, pois não será produzida a partir de uma “hermenêutica-isomênica” (LEAL, R. 2013, P. 10) no juízo de direito. Isso quer dizer que

o processo começa a se definir pela participação dos interessados no provimento na fase que o prepara, ou seja, no procedimento. Mas, essa definição se concluirá pela apreensão da específica estrutura legal que inclui essa participação, da qual se extrairá o predicado que identifica o processo, que é o ponto de sua distinção: a participação dos interessados, em contraditório entre eles. (GONÇALVES, 2012, p. 96)

Portanto, as decisões, para que sejam legítimas, devem concretizar a participação dos envolvidos que, em contraditório, participam da preparação da sua produção.

E, as decisões arbitrais se afastam da legitimação (aceitabilidade), pois, como elucidada Rosemiro Pereira Leal,

Os juízos dos julgadores, em ficando no lugar dos juízo democráticos de direito constitucionalizados em 1988 no Brasil, vão conduzir uma justiça examinatória conforme o sistema dispositivo da teoria da prova, ou seja, em parâmetros de conveniência e equidade, seguindo a máxima do *jura novit*



cúria ou do da *mihi factum, dabo tibi jus*, afastando a possibilidade de formar juízos de direito pela via de instalação, em todo o iter procedimental, do contraditório com obediência aos demais direitos fundamentais de ampla defesa e isonomia na dinâmica processual da operacionalização do instituto da prova. (LEAL. R. 2010, p. 131)

Ainda com o autor,

o momento decisório não é mais a oportunidade de o juiz fazer justiça ou tornar o direito eficiente e prestante, mas o instante de uma DECISÃO a ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo PROCESSO constitucionalizado. (LEAL, R. 2002, p. 69)

Aroldo Plínio Gonçalves assim endossa:

Como o procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão entre as normas e dos atos por elas disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários dos seus efeitos, em contraditório, ou seja, em simétrica igualdade de oportunidades, e, pelo “dizer e contradizer”, que resulta da controvérsia sobre os atos, seja-lhes assegurado o exercício do mesmo controle sobre a atividade processual. (GONÇALVES, 2012, p.113)

Isso quer dizer que o árbitro está vinculado ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, à sua principiologia, dentre as quais, o devido processo legal.

Logo, os únicos critérios diretivos para o exercício da função jurisdicional, que culmina quando os órgãos jurisdicionais proferem a decisão final (sentença, provimento), são os ditados pelo princípio da permanente vinculação dos atos da jurisdição ao Estado Democrático de Direito, quais sejam, rigorosa observância do ordenamento jurídico (reserva ou prevalência da lei), visando a sua realização na maior medida possível, preservando-se, sempre a supremacia do sistema constitucional, o que exige adequada e permanente interpretação das normas jurídicas em conformidade com o texto da Constituição. (DIAS, 2004, p. 134)

Por isso, deve ser descartada qualquer decisão que seja prolatada a partir de premissas dissociadas da constitucionalidade, dotada de subjetivismo e arbitrariedade. Ronaldo Bretas de Carvalho Dias, traz a baila o “complexo de Magnaud”, que assim explica:

Jean-Marie Magnaud foi o juiz que, na França, presidiu o Tribunal de Primeira Instância de Chateau-Thierry no período de 1899 a 1904, cujos julgamentos se tornaram célebres, mas assim sobressaindo porque subvertiam a ordem jurídica. Almejava ser o bom juiz o clemente com os miseráveis e severo com os poderosos. Apesar de bem redigidas, suas sentenças, muitas vezes, eram distanciadas das fontes do direito, sem qualquer preocupação com as regras e princípios jurídicos, com a doutrina ou com a jurisprudência. Algumas decisões por ele lavradas revelam, incerteza e insegurança jurídicas, formulado regras apoiadas unicamente no sentimentalismo e nos seus juízos e opiniões pessoais, que variavam em cada situação apreciada, ainda que semelhantes os casos julgados. Essas decisões



assim proferidas simbolizavam a anarquia jurídica, porque levavam em conta a classe, a mentalidade religiosa ou a ideologia política das pessoas que postulavam a jurisdição. Ao ditar suas sentenças comportava-se Magnaud como se fosse a própria encarnação do direito, um misto de legislador, de vidente, de apóstolo e de evangelizador, dir-se-ia espécie mitológica do Juiz-Zeus. Para alguns, doutrinadores, entretanto, Magnaud proferia suas sentenças com base na equidade. (DIAS, 2004, p.134-135)

Veja-se que a equidade afasta a decisão da legitimidade constitucional, posto que proferida a partir de um ato idiossincrático do julgador. Não é, por conseguinte, um ato de efetivação do que as partes disseram e contradisseram nos autos, mas, sim, um ato maiêutico do árbitro. Nenhuma decisão é exigível se o seu destinatário não é o seu próprio autor.

São as partes envolvidas no procedimento arbitral que tem o poder de proferir a decisão, pois lhes são facultadas apresentar alegações e produzir provas. Portanto, o julgador apenas efetiva, na decisão, aquilo que as partes produziram – argumentos lógico-jurídicos + provas. Tanto é assim que, por se tratar de faculdade, se a parte não produz a prova⁴ para comprovar suas alegações,

há consequências legais vinculadas à falta do exercício dos poderes e faculdades, desfavoráveis ao titular do ato. [...] Como diz FAZZALARI, os poderes e faculdades caracterizam-se como ônus, quando a falta de seu exercício a lei processual liga uma consequência desfavorável ao titular do ato. Ao sujeito é dado cumprir ou não o ato, mas a falta de cumprimento se resolve na possibilidade de dano para ele (GONÇALVES, 2012, p. 91).

Dito isso, uma decisão por equidade não leva em consideração aquilo que as partes articularam na estrutura procedimental. Apenas leva em consideração o senso de justiça do julgador. Este tem apenas o dever de efetivar aquilo que foi provado. Ou seja, se foi provado, julgar-se-á favoravelmente; se não o foi, julgar-se-á desfavoravelmente.

E, essa decisão deverá ser devidamente fundamentada. Isso porque, como já exposto, o procedimento, mesmo que arbitral, rege-se pelo devido processo constitucional. E, se o processo é um procedimento em contraditório entre as partes, fundamentar a decisão é apresentar a motivação nas quais a sentença se embasou, a partir daquilo que foi fixado na estrutura procedimental. Por isso, essa motivação, para não violar o devido processo legal, não poderá ser, como já exposto, de forma idiossincrática pelo julgador. Nas palavras de , Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias:

⁴⁴ Provar é fixar o elemento de prova na estrutura procedimental, através dos meios de prova, instrumentalizando-a.



Essa justificação, porém, não pode não pode ser abstrata, desordenada, desvairada ilógica, irracional ou arbitrária, formulada ao influxo de ideologias, do particular sentimento jurídico ou das convicções pessoais do agente público julgador, porque ele não está sozinho no processo, não é seu centro de gravidade e não possui o monopólio do saber. A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõe à decisão, em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional sob a prevalência do ordenamento jurídico e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos (DIAS, 2004, p. 146-147)

A Lei 13.105/15, que instituiu o novo Código de Processo Civil, reforçou a tese da fundamentação das decisões a partir dos argumentos apresentados pelas partes:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, Lei 13.105, 2015, art. 489)

Leciona a melhor doutrina ao comentar o dispositivo supramencionado:

O texto coíbe a utilização, pelo juiz, de fundamento que caberia para embasar qualquer decisão. Tem ocorrido amiúde no foro brasileiro o emprego desse expediente, agora proibido expressamente. A alegação genérica de que, por exemplo, “houve cerceamento de defesa”, deve ser especificada com a menção do porquê, naquele caso, teria sido cerceada a defesa da parte. (NERY JUNIOR. NERY, 2015, p. 1.154)



Jamais uma decisão por equidade se adequará à realidade constitucional, pois, ao não obedecer aos princípios norteadores do devido processo legal – contraditório, isonomia, ampla defesa – a sua essência não será legítima. E, não o é, por se tratar de um ato fundado no arbítrio do julgador.

E, no caso de uma decisão por equidade, em violação ao contraditório, poderá ser objeto de ação anulatória, pois preenche o requisito legal para tal propositura:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

[...]

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. (BRASIL, Lei 9.307, 1996, art. 21, §2º e art. 32, VIII)

A própria lei de arbitragem entende como ilegítima a decisão proferida em desrespeito ao contraditório. Portanto, numa análise logico-sistemática da própria lei que regulamenta o procedimento arbitral, verifica-se que o julgamento por equidade não é compatível, pois, sempre o que mesmo for autorizado, poderá a parte prejudicada judicializar a sentença proferida pelo árbitro ou Tribunal Arbitral (quando não for instituído árbitro único).

4 CONCLUSÃO

Vários foram os meios para solucionar os conflitos surgidos na sociedade, desde a bárbara autotutela até as soluções pacíficas e racionais, chegando à Jurisdição, sendo esta o exercício monopolizado da arbitragem obrigatória pelo Estado.

Verifica-se que a arbitragem *moderna* foi criada a partir da noção de autonomia da vontade, na qual as partes tem o poder de estipular livremente, como lhe convier, a disciplina de seus interesses.

Mas, é de se ressaltar que, hoje, no Estado de Direito, não mais existem apenas direitos subjetivos, sim direitos de uma sociedade como um todo. E a conveniência da



aplicação da norma não pode ser encarada como apenas pelo senso de justiça daquele que decide. As normas a serem aplicadas sempre deverão passar pelo discurso das partes, instituído pelo Processo, pois sua validade está vinculada à obediência do Estado Democrático de Direito. Sendo válidas, nos fatos que cabem o seu uso, a aplicação será obrigatória, não se vinculando noção idiossincrática de cabimento de aplicação.

Se assim é permitido, as decisões poderão ser proferidas a partir, unicamente, do senso de justiça daquele que foi o eleito para decidir. Por certo, uma decisão proferida nesses moldes é uma decisão proferida única e exclusivamente com fundamento na questão de poder do julgador, sendo uma decisão imposta àqueles que sofrerão com os efeitos da decisão,

Por isso, é necessário que a decisão, para fins de legitimidade da mesma, nada mais seja que a efetivação do discurso instaurado entre as partes litigantes, local este regido pelo devido processo legal, permitirá a participação daqueles que sofrerão com os efeitos da decisão. E, ao final, estes nada mais serão que os produtores daquela decisão, não havendo espaço para que o julgador imponha a sua vontade perante os ali tutelados.

Nesse norte, é de se destacar que nenhuma decisão poderá ser, num ambiente democrático, uma imposição do senso de justiça daquele que a profere. Mas, sim, uma forma de efetivação dos conteúdos apresentados pelas partes numa estrutura procedimental processualizada.

Sendo de equidade, o árbitro utilizará sua ideia de justiça para a resolução do conflito. Como já explanado, que diz o que é devido ou não é o povo. E, o povo no caso, serão aqueles que sofrerão com os efeitos da decisão. São aqueles que suportarão os efeitos do provimento e da medida jurisdicional que o árbitro vier a lhe impor.

Não pode o árbitro ter discricionariedade, pois este está vinculado ao Processo, mesmo sendo este considerado pela Lei juiz de fato e de direito. O Estado apenas designa o juiz – na arbitragem, árbitro nomeado pelas partes – para cumprir seu dever de julgar, não cabendo a ele de criar ou ditar o direito a seu alvedrio. Apenas quem pode fazê-lo, em um Estado Democrático, é o povo.

O uso da equidade pelo árbitro, não condiz com a realidade constitucional vivida hoje. O Estado é regido por princípios constitucionais, que devem ser utilizados, dentre eles o devido processo legal, onde a isonomia, a ampla defesa, o contraditório regem o procedimento até o provimento final. Não será o árbitro que dirá o que é ou não devido, e sim



as partes, através de um procedimento baseado na principiologia constitucional, que construirá a tutela.

Com isso, a legitimação da decisão se dará quando, numa estrutura procedimental processualizada, o julgador decidir de acordo com aquilo que as partes, que sofrerão os efeitos da decisão, apresentaram. Logo, a decisão, nada mais é do que a efetivação, através de argumentos lógico-jurídicos, da discussão apresentada no procedimento. E, esses argumentos devem ser motivados não no sentimento de justo ou das suas convicções particulares, mas dentro da racionalidade na escolha dos argumentos postos pelas partes que o vincularam.

Além do uso da equidade, não poderá a parte prejudicada utilizar seu direito-de-ação (*facultas agendi*) para solucionar seu conflito. O art. 18 da Lei 9307/96 não permite que a sentença arbitral seja alvo de recurso. O ordenamento jurídico baseia-se nos princípios constitucionais, onde é garantido a qualquer cidadão o acesso a Jurisdição. E a Jurisdição não é exclusividade do árbitro, pois este, ao decidir, não obedece ao devido processo legal, pois se utiliza da discricionariedade para julgar.

A vedação ao sujeito da arbitragem ao acesso à Jurisdição, atinge em cheio os direitos fundamentais esculpido no art. 5º da CR, que são conquistas históricas do povo. Tal vedação infringe a construção de uma sociedade (não causalidade sociológica) que passe pelo processo democrático do exercício coletivo das conquistas históricas jurídico-normativas de todos igualmente decidirem o dever.

Por conseguinte, qualquer tipo de decisão que viole o devido processo legal, deverá ser objeto de ação anulatória, disposta na lei de arbitragem. E, a decisão por equidade, como visto, não coaduna com o contraditório e, por isso, é passível de anulação junto à Função Judiciária.

O que garante a legitimidade das decisões são as garantias constitucionais atribuídas as partes, mormente a do contraditório e da ampla defesa, bem como da fundamentação da decisão. E, por fundamentação da decisão, entende-se da apresentação de argumentos logico-jurídicos a determinar quais razões levaram ao julgador acolher a pretensão⁵ dessa ou daquela parte. Veja que a decisão não deve ser proferida pelos juízos de justiça e equidade, mas, sim a partir das argumentações e provas fixadas na estrutura procedimental pelas partes.

Portanto, uma decisão proferida por equidade não pode ser considerada legítima e, por conseguinte, não pode ser aceita em uma democracia.

⁵ Narrativa reivindicatória de direitos



5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES, *Ética a Nicômaco*. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

BAHIA, Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas* in Coord. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BRASIL, Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL, Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à Lei de Arbitragem*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela prestação jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALLUPO, Marcelo Campos. *Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre sua aplicação*. In *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 143, ano 36, jul/set. 1999.

HABERMAS, Jürgen. *O estado nação europeu frente aos desafios da globalização* in *Revista Novos Estudos*, nº 43, CEBRAP, SP, Nov. 95.

HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse of law and democracy*. Trad.: William Rehg. Cambridge, Massachusetts: MIT, 1998

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEAL, André Cordeiro. *O contraditório e a fundamentação das decisões*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008

LEAL, Rosemiro Pereira (coord.). *Estudos continuados de Teoria do Processo*. Vol. II. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do Processo: primeiros estudos*. 4ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Processo como Teoria da Lei Democrática*, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

LEAL, Rosemiro Pereira. *A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.





Apontamentos sobre a ilegitimidade das decisões por equidade na arbitragem

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – Lei 13.105/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Processo Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

