

A arbitragem na atividade notarial

“Una imparcialidad no neutra y passiva sino lo más activa posible, orientada a favorecer al contratante más débil, menos experto en Derecho, más desprovisto” (Fabroni Manetto).

“En principio no existe razón alguna para que el Notario no pueda intervenir en cualquiera de estas fórmulas de justicia alternativa; las reglamentaciones del cuerpo no lo vedan, ni las características de su función lo repelen; sociológicamente siempre ha sido aceptada esta posibilidad” (Villegas).

“Em conjunto, ‘eficiência econômica’, ‘confiança’ e ‘imparcialidade’ fazem do notariado um dos mais modernos e válidos instrumentos de regulação jurídica de sociedades complexas, pluralistas e democráticas” (Campilongo).

Marco Antônio Ribeiro Tura

(2º Tabelião de Notas da Comarca de Osasco. Procurador do Ministério Público da União (2005/2017). Pós-Doutor em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Arbitragem Comercial Internacional e de Arbitragem de Investimentos Estrangeiros da Escola Brasileira de Direito. Juiz da V Competição Internacional de Arbitragem de Investimentos Estrangeiros da Escola de Direito de Washington – DC. Representante do Brasil no Comitê Global de Investimentos Internacionais e Estado de Direito da International Law Association – HQ. Especialista da International Association for Sustainable Economy)

Ygor Ramos Cunha Pinheiro

(1º Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Atibaia. Mestre em Direito pela Escola Paulista de Direito. Pós-Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Sumário.

Introdução. Ato notarial e convenção arbitral. Imparcialidade notarial e processo arbitral. Atividade notarial, sentença arbitral e controle correccional. Conclusões. Referências.

Resumo.

Neste trabalho buscamos expor algumas questões de caráter teórico, a partir de nossa vivência prática, de modo a iluminar o que, segundo alguns desavisados, seria uma novidade tipicamente brasileira, isto é, a atuação do notário como árbitro. Buscamos, bem por isso, primeiro, apresentar os fundamentos acerca do instituto, tanto em termos abstratos, através das técnicas da definição e da divisão, como em termos concretos, através da abordagem das experiências estrangeira e nacional. Em seguida, abrem-se seções em que debatemos temas como a relação entre o ato notarial e a convenção arbitral, a imparcialidade propriamente notarial na condução de processos arbitrais, a atividade tipicamente notarial e a prolação de sentenças arbitrais, o controle correccional sobre os atos do processo arbitral. Conclusivamente, a partir das formulações teóricas nas seções precedentes, explicitamos o que temos como sendo as possibilidades e os limites para a atuação do notário como árbitro, especialmente quanto à inserção de cláusulas em escrituras por ele lavradas, acerca de sua atuação como notário típico antes e após funcionar como árbitro em casos a envolver uma ou ambas as partes, sobre a arbitragem tendo por objeto de litígio a existência, a validade e a eficácia de escrituras públicas, ainda que lavradas por outros notários e, por fim, expomos a reflexão referente à natureza da sentença arbitral prolatada por notários e o alcance do juízo correccional sem previsão expressa em lei.

1. Introdução.

1.1. Questões preliminares.

Em outubro de 2023 foi amplamente noticiada a decisão da Vale de que não faria mais arbitragens no Brasil em razão de problemas com a imparcialidade dos árbitros.

Segundo seu vice-presidente, Alexandre D'Ambrosio, os problemas causados pela constante mudança nas funções desempenhadas pelos árbitros (*revolving door*) não compensariam a realização de processos por tal via visto que invariavelmente as demandas renasciam como lides deslocadas dos objetos em julgamento para os sujeitos dos julgadores.

A sensação de D'Ambrosio foi compartilhada onze anos antes de maneira mais refinada e aprofundada, na França, por intelectuais de escol capitaneados por Guy Keutgen, cujas credenciais como teórico e prático da arbitragem dispensam apresentações (KEUTGEN, 2014).

Keutgen, Jarrosson, Tercier, Dal, Matray, Levy-Morelle, dentre outros, trataram das deficiências em termos éticos nas arbitragens, atingindo árbitros, conselheiros, partes, instituições, chegando até mesmo a denunciar uma literatura de encomenda para autolegitimação de práticas nada recomendáveis e em muito assemelhadas às percebidas por D'Ambrosio.

Enquanto D'Ambrosio se manifestava, um projeto de lei de 2021, já aprovado no Senado Federal, entrava em suas últimas fases de análise na Câmara dos Deputados.

Tratava-se do projeto de lei 4.188 que incluiu a arbitragem dentre as atribuições deferidas aos tabeliães de notas em caráter não-exclusivo.

Tanto no Senado quanto na Câmara o projeto sofreu ataques severos, por vezes com apelos ao que a filosofia denomina de ideologia em um sentido forte, isto é, a pura e simples manipulação de dados para falseamento da realidade objetiva (STOPPINO, 1992).

O projeto, todavia, foi aprovado e, por fim, sancionado pelo Presidente da República com vetos parciais que, quanto ao tema, foram mantidos pelo Congresso.

Assim, restou cristalizada no artigo 7º-A, inciso III, da lei 8.935, de 18 de novembro de 1994, com a redação que lhe deu a lei 14.711, de 30 de outubro de 2023, a possibilidade de atuação dos tabeliães de notas como árbitros.

Embora certos articulistas sustentassem a desnecessidade de tal previsão à vista da existência de permissão a todos na lei geral da arbitragem, desde que capazes e de confiança das partes, fato é que, em setores regulados, não bastam as permissões fracas.

Em setores regulados, as permissões fortes não apenas são recomendáveis, mas exigíveis, dando ao que pactuou com o Estado a certeza de que seu comportamento de maneira alguma será visto como estranho ao objeto da delegação e de qualquer modo não será apontado como um estorvo ao seu exercício.

Neste texto tratamos de alguns aspectos da atuação do notário como árbitro, marcadamente sobre a forma como se relacionam um e outro papéis quando enfeixados na mesma pessoa.

Para tanto, exporemos alguns pontos fundamentais para a compreensão do raciocínio como questões conceituais, principiológicas, comparativas e evolutivas.

Após, ingressaremos no desenrolar de seções que tratarão da relação entre o ato notarial e a convenção arbitral, da imparcialidade do notário para a condução de processos arbitrais, da atividade do notário e a prolação de sentenças arbitrais e do controle correccional sobre os atos do processo arbitral.

Ao fim, como não poderia deixar de ser, apresentaremos algumas conclusões extraídas em forma de corolários que cremos lógicos.

Uma última informação.

Em textos, tanto de ciência quanto de prudência, espera-se dos autores uma postura precedente que se lhes atribua a qualidade de imparciais.

Mas nos assuntos da vida não se espera de ninguém a neutralidade porque impossível.

Ao ódio irracional nutrido pelo dispositivo legal respondemos com racional afeto porque é disso que necessita nesse momento a sociedade brasileira para a solução de suas dificuldades: emoção bem direcionada e razão bem sustentada.

1.2. Direito positivo.

A esfera pública não é imune à manifestação emotiva acerca dos acontecimentos e com a tramitação do projeto de lei que alterou o estatuto

fundamental do serviço extrajudicial, inserindo a autorização para que notários pudessem atuar como árbitros, não foi diferente.

O discurso, ideologicamente carregado, chegou ao seu ápice quando envolveu figuras próprias das técnicas da desqualificação com o recurso a figuras dos mundos animal e vegetal, demonstrando indignação seletiva e contendo redundâncias preconceituosas, na base de uma retórica da intransigência (HIRSCHMAN, 1992).

Ora, de fato, se pensarmos em direito como restrito ao legislado, é a primeira vez que o direito brasileiro expressamente prevê a possibilidade de que o notário atue como árbitro.

Segundo os detratores da medida, tal se explicaria por um “jabuti” inserido no projeto e se caracterizaria ao final como uma “jabuticaba brasileira”.

O discurso fala mais acerca do emissor do que do receptor, invariavelmente.

Até o ponto em que sabemos, a jabuticaba, ainda que plantada em outros países, é geneticamente brasileira e o jabuti, bichinho simpático, continua sendo um réptil extremamente lento.

A velocidade com que a arbitragem conduzida por notário vem sendo desenvolvida nos ordenamentos jurídicos de outros países pode ser constatada de maneira muito fácil por uma pesquisa que demonstre superficial carinho com a verdade e que não tema um mínimo esforço.

De conhecimento geral é que notários com sucesso indiscutível vêm desempenhando a função de árbitros no continente europeu e no continente americano, seja individual, seja coletivamente, neste caso através de suas organizações de classe ou de organizações criadas especialmente para dita finalidade.

A denominada arbitragem notarial (PINHEIRO, 2020), teve expressa previsão normativa autorizadora em sistemas jurídicos tão diversos como, por exemplo, no Canadá, no México, na França, na Espanha, na Itália, em Portugal, na Alemanha e na Estônia (PINHEIRO, 2020, pp. 188 e seguintes; FGV, 2023).

E a razão dos desenvolvimentos remotos ou recentes em tais sistemas é, como demonstraremos, de que é conatural ao notariado o desempenho da prevenção e da resolução de conflitos, notadamente em áreas cujos impactos sejam mais sentidos no cotidiano de famílias e empresas, como o são as questões dos contratos e das propriedades, temas que são o elo pelo que se acoplam

estrutural e funcionalmente os sistemas da economia e do direito precisamente pela atuação notarial (CAMPILONGO, 2014).

Bom que se digna que os doutos participantes do Seminário de Paris não fizeram quaisquer referências a deficiências de arbitragens envolvendo notários, cujos comportamentos, sabidamente, submetidos a regramentos fortes, não dão margem a práticas como a da porta giratória denunciada por D'Ambrosio, de resto porque atuam com imparcialidade sem igual, derivada da confiança sistêmica não na figura do agente delegado, mas na função por ele titularizada (CAMPILONGO, 2014).

O Brasil, assim, não está a praticar um milagre da criação como se concebesse uma suposta espécie jurídica de singularidade comparável a espécies animais ou vegetais autóctones, mas apenas e tão somente atendendo aos reclamos que tantas e tantas vezes os políticos, empresários, trabalhadores e intelectuais fazem no sentido de um alinhamento aos movimentos da globalização da economia e da conseqüente uniformização do direito (FARIA, 1998; FARIA, 1999; TURA e SILVA, 2018; SCHILF, 2015; FOUCHARD, 2001).

O sentimento difuso desta necessidade, aliás, foi o que motivou a emissão de recomendação aos notários dos mais de oitenta países componentes da União Internacional do Notariado Latino em 2021 em seu XXIII Congresso realizado em Atenas e disponível em sua página na rede mundial de computadores (<http://www.uinl.org/documents>):

Recomendaciones del Congreso:

En materia de consejo y mediación y, en su caso, en materia de arbitraje, más concretamente en su relación con las funciones y actividades de la profesión notarial, se anima y solicita a los legisladores nacionales e internacionales, a cualquier otra instancia competente de los Estados y a los Consejos Notariales Nacionales para que:

- respeten los principios fundamentales y las características particulares – enumeradas a continuación - en las mencionadas materias de consejo, mediación y arbitraje, si esas funciones son desempeñadas por el notario perteneciente al sistema de Notariado Latino.

[...]

El arbitraje

1.- Cuando ni el asesoramiento y el consejo adecuados, ni la mediación, bastan para prevenir o resolver los conflictos, el arbitraje –visto desde la perspectiva de la función notarial- representa el último medio para la solución de las controversias en el exterior de la Jurisdicción del Estado. En el contexto de una evitación de los litigios, se pretende insertar en la vida jurídica de los conflictos una última etapa para su solución extrajudicial, etapa que tiene como ventaja el elemento de la confianza de las partes que escogen libremente sus árbitros y el elemento de la especial competencia de quienes han de decidir el asunto, condición generalmente buscada por quienes recurren al arbitraje. En este sentido específico y limitado, se trata de evitar un litigio, que, sin el arbitraje, estaría condenado a la Jurisdicción del Estado.

2.- El Notariado representa la profesión de lo amistoso, de la prevención de los conflictos y de los litigios en sentido amplio. Pero, reconociendo el hecho de que ni siquiera la mediación puede resolver todos los conflictos jurídicos, el Notariado – representado por los notarios competentes, bien formados, capaces y autorizados para ejercer la función de árbitro- ofrece la intervención del notario en este campo, aprovechando su experiencia profesional en relación a las partes en proceso de negociación y su competencia en materia jurídica. El notario puede ejercer el papel de árbitro bien formando parte de un tribunal colegiado, bien como árbitro único.

3.- Según la situación nacional de cada país, los Consejos Notariales Nacionales podrían organizar un colegio de árbitros, compuesto preferentemente por notarios, eventualmente asociado a los centros de mediación, para ofrecer al público la institución del arbitraje notarial, con el fin de combinar las experiencias de la mediación notarial con la práctica del arbitraje, estableciendo una deontología apropiada, una remuneración aceptable y un control pertinente.

4.- El arbitraje en el que se produce la intervención de notarios no se considera como función notarial suplementaria, sino como actividad extraordinaria, compatible en la mayor parte de los casos con otras actividades notariales y asociado a las funciones habituales, que permanecen destinadas prioritariamente al consejo y a la mediación notariales, formando el sistema de la “Justicia Amistosa”, y al espíritu de la prevención de conflictos y litigios, fin principal de la profesión de notario.

A inserção do inciso III do artigo 7º-A na Lei de Notários e Registradores foi uma inovação do direito brasileiro apenas se comparado a si mesmo, algo que, diga-se, desqualifica até o labor comparativo como tal.

O que fez a alteração legislativa foi apenas atualizar o direito brasileiro, inserindo-o no avançado mundo dos ordenamentos que já admitiam a atuação do notário como árbitro.

A alteração legislativa está longe de ser uma previsão desnecessária por conta da genérica previsão contida na lei brasileira de arbitragem, como acreditam demonstrar seus detratores.

A virulenta reação contrária ao dispositivo legal fragilizou os argumentos opostos e demonstrou, em definitivo, que, para que esteja respaldada a atuação do notário como árbitro, jamais proibida em nosso ordenamento, sempre bom um reforço normativo especial e adicional.

Nessa linha, acreditamos que a análise dos dispositivos da lei brasileira de arbitragem merece um cotejo com os princípios e características do notariado de modo que sejam afastadas alegações equivocadas acerca de supostas desvantagens de sua atuação como árbitro.

Façamos isso, portanto.

1.3. Jurisdição e arbitragem.

A interpretação e a aplicação do direito constituem momentos de um mesmo e único processo, o processo dialético de concretização do direito (GADAMER, 1998, pp. 460, 482; LARENZ, 1997, p. 293). Concretizar o direito significa aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, o mundo dos fatos, do mundo do ser. Por isso que o direito não encontra sentido nas normas, mas nas normas referidas aos fatos (TURA, 2015).

Descrever a concretização do direito como um processo pelo qual se busca aproximar o mundo das normas, o mundo do dever, do mundo dos fatos, o mundo do ser, não implica em admitir que se constituem, por si mesmos, cada qual desses mundos. O mundo das normas não se constitui por si, pois o mundo das normas é uma construção a partir dos textos jurídicos e o mundo dos fatos não se constitui por si, pois o mundo dos fatos é uma construção a partir dos casos jurídicos. Textos não se confundem com normas, assim como casos não

se confundem com fatos (TURA, 2015). Do mesmo modo que uma norma pode não se encontrar total e completamente em um texto, um texto pode não conter apenas e tão-somente uma norma. O texto contém enunciados linguísticos que podem dar origem a uma ou mais normas, conforme sua interpretação (GRAU, 1998, p. 71; MÜLLER, 1996, p. 168; ALEXY, 1993, p. 50). Assim como o caso contém elementos extralinguísticos que podem dar origem a um ou mais fatos, conforme sua interpretação. Normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos e fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos (GRAU, 1998, p. 79; MÜLLER, 1996, *passim*). E como interpretação e aplicação são momentos de um único e mesmo processo dialético de concretização do direito, concluímos que normas jurídicas são interpretações de textos jurídicos a partir e tendo em vista casos jurídicos e que fatos jurídicos são interpretações de casos jurídicos a partir e tendo em vista textos jurídicos. Norma jurídica e fato jurídico, desse modo, estão indissolivelmente ligados, como pares dialéticos; a leitura de textos jurídicos só se faz pela ótica dos casos jurídicos para os quais são lidos, assim como a narração dos casos jurídicos só se faz pela ótica dos textos jurídicos segundo os quais são vistos. Todas essas considerações conduzem, forçosamente, ao fenômeno da incidência (TURA, 2015).

Incide uma norma quando um fato concretamente se enquadra em sua descrição abstrata. A incidência é, nesse sentido, um fenômeno de integração de parcelas do mundo das normas no mundo dos fatos e de parcelas do mundo dos fatos no mundo das normas, pela aproximação entre o suporte fático abstrato do suporte fático concreto (MELLO, 2000, p. 61; FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 183; NEVES, 1967, p. 251). Consequências jurídicas só são imputáveis na medida em que se verifiquem os antecedentes exigidos (VILANOVA, 1997, p. 115). A incidência, assim, depende da concreção de elementos do suporte fático abstrato, de cuja compreensão depende a verificação. A incidência pressupõe a presença de elementos concretos previstos abstratamente pelas normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 69).

Como se vê, a incidência reclama a verificação da presença de elementos concretos que se enquadrem na previsão abstrata das normas jurídicas. A verificação, portanto, reclama a compreensão da descrição abstrata dos referidos elementos. A compreensão dos elementos a partir da descrição abstrata feita pelas normas passa pela formulação de conceitos. Conceituar os

elementos abstratamente previstos pelas normas jurídicas é, desse modo, fundamental para que se permita a incidência dessas normas jurídicas; conceituar tais elementos é fundamental para que se verifique a aproximação entre o suporte fático concreto e o suporte fático abstrato. Os conceitos jurídicos, por isso, não se prestam a buscar as essências dos fenômenos, mas apenas ensejam a aplicação, a incidência de normas jurídicas (GRAU, 1988, p. 66). E, pois, formam-se com a concorrência de juízos de fato, mas também com a concorrência de juízos de valor. Os conceitos jurídicos não dizem o que são os fenômenos, mas o que são os fenômenos para o direito. A descoberta dos conceitos jurídicos, por isso, comporta, exige mesmo, a valoração dos fatos (MONTORO, 1990, p. 8). Os conceitos jurídicos são formados com a concorrência de juízos de fato e de juízos de valor e, pois, neles se encontram os traços indissociáveis das dimensões sociológica e teleológica da atividade jurídica. Entretanto, é bom lembrar, as presenças do *socios* e do *telos* não são suficientemente fortes para eliminar o *logos* característico de todo e qualquer conceito (TURA, 2015). Creemos estarem devidamente esclarecidos os termos com os quais a concretização do direito opera. Tais esclarecimentos são fundamentais para a compreensão do que sustentaremos sobre a substância da arbitragem como método de resolução de litígios.

Antes de saber, contudo, do que se trata a arbitragem no direito brasileiro, alertamos que definições e classificações, para a dogmática jurídica, só têm importância se variam as normas aplicáveis a esta ou aquela classe, a esta ou aquela categoria, a esta ou aquela espécie. As classificações são, portanto, úteis ou inúteis; nunca certas ou erradas (GRAU, 1997, pp. 57 e 122; FERRAZ JÚNIOR, 1989, pp. 118 e 127; CARRIÓ, 1979, p. 99). Portanto, as classes, categorias, espécies, que apresentaremos a seguir são as classes, categorias, espécies, que julgamos suficientes não por corresponderem a essências, fora do tempo e do espaço, mas, bem ao contrário, que julgamos adequadas à compreensão de algo precisamente situado em um determinado local e época. E é essa precisão acerca do tempo e do espaço que nos força a observar que a arbitragem tem suas origens em um remoto passado, mas foi remodelada pela avalanche da modernidade que, embora não esgotada, vê-se contestada e criticada. As profundas transformações socioeconômicas pelas quais passa nosso mundo desde há muito, especialmente a partir de fins dos anos oitenta,

trouxeram consigo o contraste à supremacia estatal, cujo poder mostrou-se inapto para a superação da ineficiência administrativa e da ineficácia decisória, ensejando movimentos de desestatização e, no limite, de desjudicialização (DALLARI, 2014, p. 887; MAGALHÃES, 2014, p. 967). Nas democracias liberais, o súdito deixa de ser objeto do poder para assumir a condição de cidadão, o seu sujeito, ainda que inicialmente passivo. Nas democracias sociais, por seu turno, o cidadão torna-se ativo e agrega a qualidade de usuário. Este, o cidadão-usuário, então, destinatário de normas e atos administrativos e beneficiário de serviços, obras e bens públicos, portador de um amplo catálogo de direitos e reclamando constante acesso aos meios de sua realização, amplia ainda mais as dificuldades de atendimento de demandas pelos poderes políticos em sua formatação tradicional, pensados para tempos diversos (TURA, 2019).

Repelindo a ideia de favor estatal, o cidadão exige qualidade no desempenho das atividades administrativas e passa a pressionar as instituições que mais proximidade guardam relação no cotidiano porque de alguma forma com presenças mais sensíveis nas relações individuais, familiares e empresariais. De todo incompatível com esse reclamo social a permanência da figura de um órgão que, embora afastado da realidade vivencial, tenha o poder de decidir acerca de todos, de tudo e em quaisquer das dimensões mais específicas, mais variadas e mais dinâmicas. Percebe-se que a exigibilidade de direitos demanda a necessidade de cumprimento de deveres não apenas no âmbito do setor público como também no âmbito do setor privado. Nesse contexto, o ressurgimento da arbitragem é tradução da movimentação social no sentido de recuperar a tarefa de resolver seus litígios, tarefa formalmente subtraída com a afirmação discursiva do poder estatal de base territorial-nacional com a modernidade e que, na pós-modernidade, vem sofrendo ataques com fortes negações teóricas e práticas (TURA, 2019).

O monopólio dos legisladores sobre a produção normativa e o monopólio dos juristas sobre a sua concretização, como não poderia deixar de ser, também experimentam crises das quais só se extrai a constatação evidente da necessidade de reinvenção (FARIA, 1992). A lei passa a conter cláusulas gerais, abertas, baseadas em princípios, valores ou objetivos. O jurista passa a se comunicar de maneira mais horizontal com economistas, sociólogos e psicólogos. A superação do conflito torna-se menos uma questão de correta

interpretação do direito e mais uma questão de adequada compreensão do caso e de razoável duração do processo. A permanência do poder estatal exige, portanto, sua adaptação, que se opera no plano das fórmulas e no plano das práticas. Disso vem a elaboração de leis que deem conta das transformações ocorridas nas estruturas políticas, econômicas e culturais e implementem condições suficientes para a atuação não somente legalmente legítima, mas economicamente eficiente e socialmente eficaz (TURA, 2019). Com esse cenário em mente e imbuídos do espírito do nosso tempo que devemos seguir na análise normativa.

Dispõe o artigo primeiro da Lei Brasileira de Arbitragem: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Carlos Maximiliano, clássico da hermenêutica jurídica, ensina que as palavras do legislador não se devem presumir supérfluas (MAXIMILIANO, 1988, p. 110; 2001, p. 91). Todas devem ser consideradas com igual valor, nenhuma se mostrando inútil ao intérprete. Pois bem. Fieis aos ensinamentos de Maximiliano, o que podemos dizer sobre os termos dessa construção textual? Do que nele evidente, pouco. Mas do que nele implícito, muito.

A arbitragem é um meio de heterocomposição extrajudicial previsto voluntariamente pelas partes para a solução de litígios através de decisão imposta por terceiro imparcial (TURA, 2019; PINHEIRO, 2020). As características contidas no conceito permitem afastar a arbitragem dos demais meios de solução de litígios. Na autotutela há exercício potencial ou efetivo da violência. Na negociação, a presença de terceiro não é essencial e, quando ocorre, dá-se como representante de uma das partes e, pois, como sujeito parcial. Na mediação e na conciliação, o terceiro é essencial e imparcial, não impondo sua vontade, apenas facilitando a aproximação ou, quando muito, propondo uma solução. Na jurisdição, o poder impositivo decorre da soberania estatal e não da autonomia privada. A arbitragem tem como causa a vontade das partes, mas não depende dela para seus efeitos, que se impõem obrigatoriamente, por força do reconhecimento legal. Assim, vista pelo ângulo da causa, a arbitragem tem natureza contratual e, vista pelo ângulo dos efeitos, a arbitragem tem natureza jurisdicional, equivalente à sentença judicial (TURA, 2019; PINHEIRO, 2020; BASÍLIO, 2014).

Retomaremos esse assunto mais à frente.

O que podemos dizer desde já, porém, é que a complexa função do notário (PINHEIRO, 2020), elo funcional e estrutural entre a economia e o direito, tradutor da linguagem caótica da desordem econômica em linguagem inteligível da ordem jurídica (CAMPILONGO, 2014), faz com que seja ele um agente apto ao exercício da prevenção e resolução de litígios visto que presente na formação e na conclusão de atos negociais, exercendo verdadeira jurisdição cautelar (RODRIGUEZ ADRADOS, 1982, p. 328), impedindo que a vontade das partes se sobreponha à vontade da lei, assegurando, com isso, que os negócios, como fontes materiais de direitos subjetivos, tenham o respaldo da fonte formal que é o direito objetivo corporificado na lei interpretada e aplicada pelo notário.

O notário possui dupla face não apenas porque se trata de alguém que exerce função pública em caráter privado, mas porque, em razão disso, está ora próximo ao juiz, como delegado da soberania estatal, ora próximo ao árbitro, como delegado da autonomia privada.

Essa circunstância, longe de ser uma desvantagem, confere ao notário uma posição relevante ao longo de toda vida do negócio porque com ele toma contato quando gestado, durante seu crescimento, da infância à vida adulta, e quando de sua morte, natural ou acidental, sendo profissional altamente qualificado para acompanhar as tribulações por que passam os sujeitos da relação, especialmente quando da ocasião da divergência na concretização do direito entabulado.

O fato é que o notário, na posição em que se encontra, tem a vantagem de ser um emissor de discursos para auditórios amplos ou restritos e, portanto, cumpre papéis distintos conforme o momento da vida negocial.

1.4. Autonomia e arbitrabilidade.

Aqui está o ponto mais importante para marcar as possibilidades e os limites da arbitragem: a relação entre autonomia privada e soberania estatal.

Autonomia e soberania não se confundem (TURA, 2015). Dir-se-ia que a soberania é poder originário e que, ao contrário, a autonomia é poder derivado. Nessas concepções está clara a ideia de que soberania é um poder que se inicia fora do direito e que autonomia só se inicia dentro do direito. A soberania, assim, não teria limites jurídicos, enquanto a autonomia, por sua vez, só teria

possibilidades nos limites do direito (ARAGÃO, 2001, p. 16; BASTOS, 1990, p. 248; FERREIRA FILHO, 1990, p. 40). A questão, contudo, é mais complexa, já que nem a produção teórica original concebia a soberania como poder sem limites jurídicos (KRITSCH, 2002; BARROS, 2001).

Soberania e autonomia não podem ser compreendidas como se residissem cada qual em um distinto mundo: a soberania, no mundo do ser; a autonomia, no mundo do dever. Soberania e autonomia só podem ser devidamente compreendidas como fenômenos, concomitante e conjuntamente, referidos a ambas dimensões do mundo social: a dimensão dos fatos e a dimensão das normas. Soberania e autonomia são fenômenos socialmente informados que são juridicamente conformados. Assim, tanto soberania quanto autonomia possuem limites jurídicos; pois, a soberania se justifica na medida em que protege a autonomia, e a autonomia se exerce na medida em que respeita a soberania.

Ao poder soberano se deve acatamento na medida em que é exercido tendo em mira a realização da essência do poder autônomo. É indevido o respeito ao poder que não se pauta pela busca da afirmação de sua soberania, externa e internamente. Mas a busca de afirmação da soberania só se legitima na medida em que reconheça como legítimas outras soberanias e como legítimas as autonomias. A igualdade é o fundamento da busca pela afirmação da soberania. A soberania, assim, só pode ser devidamente compreendida como poder que se exerce com vistas à proteção das condições objetivas e subjetivas para a afirmação da autodeterminação individual e coletiva (TURA, 2015).

Ao poder autônomo se deve proteção na medida em que é exercido para a afirmação das potencialidades individuais e coletivas. O poder não tem sentido por si e para si mesmo. O poder é instrumentalmente predisposto para a satisfação das necessidades e interesses dos indivíduos e coletividades. A autonomia de certos poderes existe como expressão das expectativas de realização dos indivíduos e das coletividades que neles se reconhecem. A liberdade é o fundamento da luta pela proteção da autonomia. A autonomia, por isso, só pode ser adequadamente compreendida se e na medida em que seja um poder que postule a autodeterminação dos indivíduos e coletividades que nele se reconheçam e por ele se expressem (TURA, 2015).

A tensão entre a igualdade e a liberdade exige a presença de um poder social específico que impeça a transformação da autodeterminação dos indivíduos e

das coletividades em um poder supressivo da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esse, o poder soberano. A tensão entre a igualdade e a liberdade exige, ademais, a presença de poderes sociais vários que impeçam a formação de um poder opressivo a partir da autodeterminação de certos indivíduos e de certas coletividades. Esses, os poderes autônomos. Soberania e autonomia não estão, portanto, uma em relação à outra, livres (TURA, 2015).

Para delinear a autonomia, o direito posto deve, por isso, utilizar-se dos traços com os quais o direito pressuposto a desenhou. Lembramos que o direito é linguagem. Certo que não é uma linguagem qualquer. O direito é uma linguagem que veicula o poder. Lembramos, também, que o direito é poder (REALE, 1994). Mas não um poder qualquer. O direito é um poder que se manifesta pela linguagem. As questões jurídicas, assim, findam por encerrar problemas de ordem linguística, que podem se encontrar em textos, embora não necessariamente estejam. Mas as questões jurídicas encerram problemas que, textuais ou não, manifestam-se no tempo e no espaço. As questões jurídicas encerram problemas de linguagem, de uma linguagem processada em determinados contextos históricos e culturais (TURA, 2015). Por isso, descobrir qual o desenho dado pelo direito pressuposto à autonomia exige tanto a compreensão do conceito quanto de suas noções (GRAU, 1998, apêndice).

Etimologicamente, o termo autonomia é expressivo de um dos três pilares da liberdade antiga, ao lado dos termos autarquia e autocrinia. Autocrinia expressa capacidade judiciária própria, possibilidade de julgar a si mesmo. Autarquia expressa a capacidade administrativa própria, possibilidade de governar a si mesmo. Autonomia expressa a capacidade legislativa própria, possibilidade de regular a si mesmo. A precisão do termo, verificada na linguagem antiga, contudo, perdeu-se (ARAGÃO, 2001, p. 15). O substantivo autonomia tem-se feito acompanhar de diversos adjetivos, como uma estratégia para conferir ao termo a precisão perdida. Fala-se, por isso, em autonomia pública, autonomia privada, autonomia legislativa, autonomia administrativa, autonomia judiciária, autonomia estadual, autonomia municipal, autonomia distrital, autonomia institucional, autonomia orgânica, autonomia funcional, autonomia pessoal, autonomia individual, autonomia didática, autonomia científica, autonomia financeira, etc. Apesar disso, em todas essas adjetivações da autonomia, algo

substancialmente idêntico se encontra: a ideia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas (TURA, 2015). Historicamente, essa ideia de um âmbito de organização e de atuação exclusivas, livres de quaisquer interferências externas, também se mostra como persistente. Assim, embora se possa afirmar um conceito de autonomia, uma ideia de autonomia que se coloca fora do tempo e do espaço, formada a partir da raiz grega, certo é que uma tal ideia só se concebe na medida em que se concretize, mais ou menos, em cada tempo e em cada espaço. O conceito (fora do tempo e fora do espaço) de autonomia, portanto, depende das noções (no tempo e no espaço) de autonomia para adquirir sua principal potencialidade e para exercer sua principal função: a de ideia reguladora, apta a servir de guia para serem julgadas as noções (TURA, 2015).

Inexiste, portanto, a autonomia, senão no plano ideal. No plano material há autonomias. Há noções e tipos de autonomia que podem corresponder, em maior ou menor grau, ao conceito de autonomia. Há mínimos e máximos a serem respeitados, contudo; pois, se os termos não possuem essências, são arbitrários, não se referem a essências dos objetos, nem por isso eles são aleatórios, sem qualquer referência aos usos sociais nos mais variados contextos. Do contrário, a comunicação seria impossível (FIORIN, 2002; WARAT, 1995, p. 24). Nesse sentido, há limites mínimos e máximos para que se possa falar adequadamente em autonomia. Se há um âmbito exclusivo de organização e de atuação, livre de quaisquer interferências externas, há autonomia, não importando, para tanto, sua amplitude. Se, porém, nada escapa a interferências externas, impossível falar em autonomia. Agora, com a devida compreensão do sentido e alcance do conceito e da noção de autonomia, podemos concluir com a análise de suas implicações jurídicas. Já que afirmamos que a compreensão da autonomia privada só se mostra possível na sua relação com a soberania estatal e que ambas guardam seus quadrantes no direito, evidentemente que há um fundamento constitucional da autonomia privada, evidente que a autonomia privada é fundada em norma constitucional, restando saber de qual espécie e as consequências de tal constatação (TURA, 2015).

Normas constitucionais, como quaisquer outras normas jurídicas, podem ser de duas espécies: princípios ou regras (TURA, 2004; ÁVILA, 2003; GRAU, 1997; ROTHENBURG, 1999; BONAVIDES, 2000; CANOTILHO, 1999; ALEXY, 1993;

DWORKIN, 1985; DWORKIN, 1978; SANCHIS, 1992). Princípios são normas jurídicas dotadas de altíssimo nível de abstração e amplíssimo grau de generalidade e que, por isso, se referem imediata e diretamente a valores e mediata e indiretamente a fatos (TURA, 2004). Princípios são, portanto, normas predispostas à realização de valores. Por isso, seus conteúdos devem ser otimizados, tendo em vista a concretização máxima dentro do possível. Regras são, por seu turno, normas jurídicas dotadas de grau de abstração mais baixo e grau de generalidade mais restrito e que, por isso, se referem mediata e indiretamente a valores e imediata e diretamente a fatos. Regras são, portanto, normas predispostas à conformação de fatos. Por isso, seus conteúdos devem ser definidos, tendo em vista sua concretização dentro do exigível (TURA, 2004). Normas jurídicas, como parcelas do ordenamento jurídico, relacionam-se entre si, e, eventualmente, podem entrar em conflito. Princípios e regras, como espécies de normas jurídicas, também podem, eventualmente, entrar em conflito. Uma regra pode entrar em conflito com outra regra; um princípio pode entrar em conflito com outro princípio. O conflito entre regras resolve-se pela exclusão. Estando duas regras em conflito, apenas uma delas continuará no ordenamento e apenas ela incidirá na situação. O conflito entre princípios se resolve pela ponderação (SARMENTO, 2002; CANOTILHO, 1999). Apenas princípios válidos ingressam em conflito, por isso não se pode considerar a possibilidade de exclusão de um deles do ordenamento. Estando dois princípios em conflito, ambos serão ponderados de acordo com as necessidades da situação e poderão ambos incidir parcialmente na situação ou apenas um deles incidirá totalmente na situação. De qualquer modo, o princípio afastado, total ou parcialmente, permanece parâmetro apto a ser invocado em situações futuras; algo bem diverso do que acontece com a regra afastada, pois, excluída do ordenamento, deixou de ser parâmetro invocável em situações futuras (TURA, 2004).

Conforme essa classificação, a autonomia privada é princípio jurídico positivado ao nível constitucional (TURA, 2015), sofrendo a sorte de todos os princípios, mui especialmente o influxo de normas concorrentes (possibilidade, proporcionalidade em sentido estrito) e de fatos incidentes (necessidade e adequação, proporcionalidade em sentido amplo). Quanto à autonomia privada como fundamento da previsão da arbitragem, que permite invocar a mobilização

dos meios e instrumentos da soberania estatal em sua afirmação, princípio jurídico que é, só incide se observados os requisitos objetivos, subjetivos e instrumentais a tanto, estática e dinamicamente aferidos (TURA, 2019).

Os primeiros, os requisitos objetivos e os requisitos subjetivos, são denominados pela doutrina com a expressão “arbitrabilidade” (TURA, 2019; PINHEIRO, 2020). A arbitrabilidade objetiva é a exigência de requisitos objetivamente aferíveis, admitindo a arbitragem para litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, isto é, direitos com valor econômico e que estejam no comércio, passíveis de alienação, renúncia ou transação. Efeitos econômicos de direitos não-patrimoniais e indisponíveis podem ser arbitrados. Assim, incapazes não podem convencionar a arbitragem por ausência de capacidade de contratar e seus representantes ou assistentes não o podem porque indisponíveis os seus direitos, mesmo que versando sobre questões de conteúdo econômico, visto que a atuação do Ministério Público continua a ser obrigatória. A doutrina e a jurisprudência apontam para a indisponibilidade nas relações de trabalho e de consumo em razão das peculiaridades dos seus regimes jurídicos, admitindo-se de maneira muito restrita a arbitragem. Nas relações societárias, admite-se o direito de recesso ao acionista que discorde da inserção de cláusula arbitral no estatuto, salvo poucas exceções. Por seu turno, a administração pública pode convencionar a arbitragem desde que para direitos patrimoniais disponíveis, conceito que não alcança interesses públicos primários, veiculados em atos de império. Atos de gestão, ao contrário, que veiculam interesses públicos secundários, podem ser objeto de arbitragem porquanto patrimoniais e disponíveis (TURA, 2019).

A arbitrabilidade subjetiva é a exigência de que as partes na convenção arbitral sejam pessoas capazes de contratar, afastando, assim, as absoluta e relativamente incapazes. Os entes despersonalizados, tendo capacidade para contratar e estando autorizados, podem convencionar a arbitragem. O mandato para convencionar a arbitragem exige poderes específicos e expressos. As administrações públicas direta (pessoas políticas) e indireta (pessoas autárquicas, fundacionais e empresariais), observada as regras de competência, podem convencionar a arbitragem, desde que presentes requisitos objetivos e instrumentais, inclusive de leis especiais. Embora mais propriamente referida às

partes demandantes, decorrem da exigência de arbitrabilidade subjetiva também a capacidade e a confiabilidade dos árbitros (TURA, 2019).

A atuação do notário como árbitro, seja avulsa, seja institucional, encontra fundamentos tanto na soberania estatal quanto na autonomia privada.

Na soberania estatal porque, embora altamente discutível seria a validade constitucional de uma tal medida, poderia ter o legislador ordinário optado por vedá-la, como ocorreu em outros sistemas jurídicos que voltaram atrás dado o absurdo.

Todavia, o legislador nacional não apenas não o fez, a atuação do notário como árbitro não foi vedada, tendo ido além, expressamente a autorizando.

Na autonomia privada porque às partes, tenham ou não a qualidade de cidadãos nacionais, não se pode impor limitação válida para a designação daqueles que consideram como as pessoas mais aptas a resolverem seus litígios acerca de direitos patrimoniais disponíveis. E, como não poderia deixar de ser, ao notário, como portador de cidadania plena, em se tratando de atuação desvinculada da criação de título público, o que não está proibido expressamente, permitido implicitamente está.

Pessoa capaz e de confiança das partes, o notário atua como árbitro, a exemplo dos demais árbitros, com foros constitucionais e não apenas legais.

Entretanto, necessário compreendermos que o notário é, com a inovação inserida no inciso III do artigo 7º-A da Lei de Notários e Registradores, de agora em diante, prestador de serviço ora público, remunerado por taxa, ora privado, remuneração por preço, sem que se dispa por completo em momento algum de sua veste de delegado de função pública.

A qualificação de competências ditas exclusivas ao lado de outras ditas não-exclusivas tem sua chave explicativa nessa circunstância posto que, em sua típica função preventiva, o notário atua em esfera exclusiva, como agente público delegado da soberania estatal, dentro da legalidade estrita, ao passo que, em sua nova função restaurativa, igualmente e indiscutivelmente típica, o notário atua em esfera não-exclusiva como ator social delegado da autonomia privada, aquém ou além da legalidade estrita, a depender dos critérios de julgamentos definidos pelas partes convenientes.

A distinção, como veremos, não é pueril.

Basta por enquanto assentar que, em sua esfera exclusiva, o notário labora com questões patrimoniais e extrapatrimoniais, disponíveis e indisponíveis, transacionáveis ou não, e que, em todo caso, seja como narrador, seja como redator, sempre conclui seu labor em instrumento público sem carga decisória. Em sua esfera não-exclusiva isso não necessariamente se verifica, sendo bem claro que o notário atuando como árbitro tem as mesmas possibilidades, mas especialmente os mesmos limites dos demais atores sociais, isto é, lida com questões patrimoniais disponíveis, e que, para além da narração e da redação, é autêntico emissor de decisão cuja instrumentalização, ainda que eventual e acidentalmente venha a ser vazada em forma pública, materialmente não o é, dadas as restrições de acesso e limitações de destino.

2. Ato notarial e convenção arbitral.

Da autonomia privada como fundamento também decorrem princípios importantíssimos para o juízo arbitral que devem ser entendidos como aplicáveis à convenção arbitral e não apenas a uma de suas espécies. Com efeito, o princípio da autonomia se reporta às convenções arbitrais que sejam dispositivos em contratos ou em estatutos ou que a eles faça referência. Evidentemente, adquire maior importância para as cláusulas compromissórias inseridas em instrumentos contratuais porque deixa claro que eventual vício do documento básico não a afeta. Disto decorre um segundo princípio, o da presunção de validade da convenção arbitral. A presunção de validade, todavia, é relativa, isto é, ainda que o ato jurídico básico seja inválido parte-se da presunção de que a convenção com ele relaciona ou a ele referida seja válida até prova em contrário. A interpretação, portanto, deve militar em favor da validade da convenção e só diante de cabal demonstração pode-se invalidá-la (TURA, 2019).

A autonomia da convenção e a presunção relativa de sua validade são coerentes com o poder do juízo arbitral para decidir, com ou sem provocação das partes, sobre seu próprio alcance, isto é, acerca da existência, da validade e da eficácia da convenção arbitral e do instrumento básico da relação jurídica em que estiver disposta ou a que ela se referir, seja contrato ou estatuto. O conhecido princípio da competência-competência (Kompetenz-kompetenz), mais bem nominado como princípio da jurisdição-jurisdição, traduz-se no efeito negativo e no efeito positivo já mencionados, excluindo a relação jurídica básica do âmbito da

jurisdição judicial e a incluindo na jurisdição arbitral. Ele não é a mera atribuição de uma competência arbitral, já que, acaso concluindo pela inexistência, estaria o juízo arbitral dando-se por incompetente, algo absolutamente contraditório. Mesmo que o juízo arbitral conclua que a convenção seja inexistente, inválida ou ineficaz e, portanto, ausente a competência para decidir a demanda, ainda assim a jurisdição arbitral foi exercida porque, de plano, o juízo arbitral decidiu tais questões. A definição do alcance da jurisdição arbitral, assim, cabe ao próprio juízo arbitral (TURA, 2019).

Como dito anteriormente, a convenção arbitral é gênero que possui duas espécies: a cláusula arbitral ou compromissória e o compromisso arbitral, espécies idênticas quanto aos seus efeitos positivo e negativo. A distinção de uma e outro adota o critério temporal, sendo a primeira voltada ao futuro, ao litígio potencial, abstrato, indeterminado, e o segundo voltado ao presente, ao litígio efetivo, concreto, determinado. É o compromisso arbitral, portanto, espécie de convenção em que as partes definem a arbitragem como meio de solução de litígios delimitados que estejam a efetiva e concretamente a ocorrer. O compromisso é, como o gênero de que é espécie, um negócio jurídico bilateral com natureza contratual, ainda que se reporte a uma relação jurídica básica de caráter estatutário, como certas societárias. A lei de arbitragem prevê tipos de compromisso que variam de acordo com suas formas. Assim, o compromisso arbitral pode ser judicial, caso tenha sido firmado ou fixado em termos nos autos de processo judicial, ou pode ser extrajudicial, caso tenha sido firmado pelas partes através de escritura pública lavrada por tabelião em livro de notas ou escrito particular assinado por ambas as partes e por duas testemunhas (TURA, 2019).

Como vimos, a arbitragem exige a presença de requisitos subjetivos, objetivos e instrumentais. Requisito subjetivo é a presença de pessoas com capacidade para contratar e requisito objetivo é que o litígio entre elas decorra de direitos patrimoniais disponíveis. Requisitos instrumentais são os que se reportam ao instrumento em que convencionada a arbitragem por tais pessoas para resolver seus litígios, podendo ser de forma (formais) ou de conteúdo (materiais). As formalidades a serem observadas envolvem a exigência de que o compromisso esteja em termo nos autos judiciais, em escritura pública lavrada por tabelião em livro de notas ou pelas partes em escrito particular com suas assinaturas e de

duas testemunhas. Os requisitos materiais são os elementos do compromisso que podem ser obrigatórios ou facultativos. Os elementos obrigatórios, a princípio, conferem validade ao instrumento e se ausentes viciam-no. A lei de arbitragem exige que sejam qualificados as partes e os árbitros, seja definido o objeto da arbitragem e seja fixado o local em que prolatada a sentença. Se a qualificação das partes estiver presente, ainda que parcialmente, mas permitindo a sua identificação, não há invalidade. De outra parte, se o compromisso não qualificar os árbitros, mas indicar os meios para sejam posteriormente escolhidos ou designados e, então, qualificados, não há qualquer problema. Quanto ao objeto da arbitragem, embora não se exija detalhamento extremo, importante que contenham informações que permitam a formulação adequada do pedido e da causa de pedir. A fixação do local em que deva ser prolatada a sentença arbitral é elemento importantíssimo, já que a nacionalidade da sentença se define por meio dessa referência e, por conseguinte, caso prolatada fora do território brasileiro, obrigatória sua submissão ao processo de homologação judicial. A fixação do local da prolação da sentença não se estende aos demais atos, que podem ser praticados em locais diversos que sequer necessitam ser mencionados (TURA, 2019).

Além dos elementos obrigatórios, há outros mencionados de maneira exemplificativa na lei e cujas ausências não acarretam nenhum vício ao instrumento, porque facultativos. Igualmente, inexistente obrigatoriedade em se declinar o local da prática de atos arbitrais, com exceção da sentença; o prazo para a prolação da sentença, sem prejuízo de eventual prorrogação; a responsabilidade pelo pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios, periciais e arbitrais. A fixação de honorários dos árbitros pode ser fixada no compromisso que, para os árbitros, valerá como título executivo extrajudicial. Caso não sejam fixados, cabe aos árbitros requerer ao juízo estatal que assim o faça. Por fim, importante mencionar que as regras processuais sobre os honorários advocatícios de sucumbência não se aplicam ao processo arbitral, cabendo às partes dispor livremente sobre isso (TURA, 2019).

Ao lado dos requisitos referentes aos sujeitos (demandantes e árbitros) que aprofundaremos noutro momento, e ao objeto do litígio, requisitos por assim dizer relacionais, a autonomia privada esbarra na exigência de observância de requisitos aqui denominados de instrumentais, referidos ao ato jurídico de

formalização da vontade das partes quando da previsão da arbitragem. A arbitragem é formalizada por meio de convenção arbitral (ou convenção de arbitragem, nos termos usados pela lei), isto é, o negócio jurídico bilateral pelo qual as partes preveem a arbitragem como forma de solução de litígios que entre si estejam ou venham a ocorrer. Como negócio jurídico bilateral, a convenção deve apresentar elementos de existência, validade e de eficácia dos negócios jurídicos em geral e os específicos de sua categoria, dentre os quais destacam-se os requisitos de validade referentes aos sujeitos e ao objeto, denominados de arbitrabilidade, e os referentes ao instrumento que serão adiante analisados (TURA, 2019).

A convenção arbitral, seja de que espécie for, possui um efeito negativo e outro efeito positivo. O efeito negativo consiste em obrigar o juízo estatal a extinguir o processo sem resolução do mérito caso seja proposta demanda e a parte contrária alegue e prove a existência de convenção arbitral sobre o objeto litigioso. O efeito positivo consiste em facultar à parte a possibilidade de demandar diretamente perante o juízo arbitral, desde que presentes todos os requisitos para a sua instituição. A convenção é, assim, pelas mesmas razões, a um só tempo, pressuposto processual negativo da jurisdição e positivo da arbitragem, na medida em que importa em exclusão voluntária de uma em favor de outra, dando às partes o fundamento para o exercício do direito de demandarem por esta via, mas também o dever de, a princípio, só por esta via demandarem. O obstáculo para a parte conveniente, todavia, é transitório e não definitivo, não importando renúncia ao direito de buscar na jurisdição o controle da arbitragem quanto aos seus aspectos formais (TURA, 2019).

Os requisitos instrumentais da convenção arbitral e de suas espécies são de caráter formal ou de caráter material. Os materiais, denominados elementos, serão vistos mais à frente. Requisito instrumental de forma é a exigência de que seja escrita qualquer cláusula, seja aquela com inserção no próprio instrumento comprobatório da relação básica ou aquela que conste em instrumento apartado expressamente referido ao de base. Observada a forma escrita como único requisito formal de validade, a doutrina vem admitindo as cláusulas arbitrais epistolares e as referenciais ou por referência. As primeiras são aquelas que estão contidas em comunicações trocadas entre as partes, por qualquer meio. As últimas são aquelas determinadas cláusulas previstas em outro instrumento

negocial ou em regulamento institucional às quais são feitas referência no instrumento da relação básica. A validade da cláusula depende da observância da forma escrita porque assim se expressa a anuência das partes quanto à escolha da jurisdição arbitral, não se presumindo a exceção à jurisdição estatal senão com clara e inequívoca manifestação de vontade nesse sentido. Nos contratos de adesão, a forma assume também o caráter de condição de eficácia, exigindo-se que a estipulação tenha origem na vontade do aderente ou que, ao menos, tenha ele concordado com a previsão de maneira expressa, através do lançamento da assinatura em instrumento anexo ao da relação básica, ou no próprio com assinatura ou visto ao lado da cláusula com letras em destaque. O entendimento dominante é que o dispositivo se reporta aos contratos de adesão em geral, não alcançando as relações de consumo que teriam regramento próprio. Embora a lei de arbitragem se refira a litígios decorrentes de relações contratuais, importante lembrar que a lei das sociedades anônimas prevê a possibilidade de utilização da arbitragem entre os acionistas cuja relação básica não é um contrato, mas um estatuto (TURA, 2019).

A cláusula arbitral ou compromissória deve reunir elementos suficientes para a instauração do processo perante a jurisdição arbitral, sendo pressuposto disto a nomeação ou designação de árbitros. Na cláusula compromissória completa, cheia ou em preto esses elementos estão presentes, seja por disposição em seu próprio corpo, seja por remissão às regras de alguma instituição (arbitragem institucional) ou às regras que venham a ser estabelecidas pelo árbitro (arbitragem avulsa ou “ad hoc”), excluindo-se, assim, a jurisdição e afirmando-se a arbitral. Na cláusula compromissória incompleta, vazia ou em branco, os elementos necessários para a instauração do processo arbitral não se fazem presentes, ainda que parcialmente, exigindo-se a intervenção da jurisdição estatal para completar a cláusula e, de tal maneira, possibilitar-se a instituição do processo arbitral. A existência de ambas as cláusulas é admitida pela lei e, portanto, faz parte de sua fisiologia, de sua normalidade. Há, no entanto, as cláusulas que não são normais, que são patológicas, seja por sua invalidade, não resultando de sua leitura a vontade das partes em optar pela via arbitral, seja por sua imperfeição, resultando de sua leitura uma interpretação duvidosa sobre tal escolha. As cláusulas arbitrais podem ser puras ou escalonadas, serem únicas ou combinadas. Cláusula escalonada é aquela em que são previstos dois

ou mais meios de solução de litígios a serem utilizados em momentos distintos, com o apelo necessário à autocomposição condicionando a utilização da via heterocompositiva. A lei da mediação, por exemplo, tratou da questão, possibilitando inclusive a suspensão do processo na via arbitral ou na via judicial diante de cláusula com essa condição. Cláusula combinada a rigor não há. O que ocorre é de existir num mesmo instrumento uma cláusula compromissória de escolha da via arbitral e outra de cláusula de eleição de foro judicial. Prevalece a cláusula arbitral, reservando-se ao foro judicial apenas as questões para as quais não haja jurisdição arbitral como, por exemplo, a prática de atos de coerção e expropriação (TURA, 2019).

Como foi visto, a cláusula compromissória ou arbitral pode ser completa ou incompleta. Se a cláusula arbitral, institucional ou avulsa, for completa, cheia ou em preto, apresentando o suficiente para a indicação dos árbitros, a instauração do processo arbitral é possível desde o advento do litígio. Em sendo incompleta, vazia ou em branco, a cláusula demanda atos da parte demandante de maneira a promover sua integração. Certo que nada impede que a integração seja feita por aditamento contratual. Entretanto, nos termos da lei, a previsão é que seja feito por meio de compromisso arbitral. Nessa hipótese, o compromisso arbitral, antes uma alternativa frente à outra espécie de convenção, a cláusula compromissória, surge como elemento necessário desta. A parte demandante, antes de tudo, deve notificar a parte demandada, por qualquer meio e mediante comprovação de recebimento, para que compareça, em local, hora e dia determinados, e então firme o compromisso arbitral. A previsão da cláusula obriga as partes e, dessa maneira, caso a parte demandada, devidamente notificada, não compareça ou compareça e se recuse a firmar o compromisso, nasce o interesse de agir para que a parte demandante buscar a via judicial, observadas regras de competência fixadas na lei processual. A notificação prévia é, portanto, indispensável para a propositura da ação de execução específica da cláusula arbitral (TURA, 2019).

O procedimento de execução específica de cláusula arbitral foi inspirado no sumaríssimo dos juizados especiais e, assim, possui como características a celeridade e a flexibilidade. Pretende-se, com ele, a conciliação das partes quanto ao litígio básico ou, de qualquer forma, obter a declaração de anuência da parte demandada quanto ao compromisso arbitral ou sua substituição pela

sentença judicial. Cabe à parte demandante formular pedido ao juízo estatal no sentido de promover a execução específica da cláusula arbitral, impedindo-se a atuação de ofício do julgador. A petição inicial deve conter a adequada qualificação das partes, bem descrever o litígio e desde já delimitar o objeto da arbitragem, instruindo o feito com a prova documental da cláusula a ser integrada e, ao final, requerer a citação da parte demandada para comparecer em juízo e firmar o compromisso arbitral. Recebida a inicial, deve o juiz determinar a citação da demandada e a intimação da demandante para que compareçam à audiência. Ausente a parte demandante, o processo será extinto sem resolução do mérito, podendo ser intentada nova ação. Ausente a parte demandada, o juiz ouvirá apenas a parte demandante e sentenciará, fixando o compromisso. Comparecendo as partes, a conciliação deverá ser tentada, primeiramente acerca do litígio de base e, após, sendo infrutífera, sobre o conteúdo do compromisso arbitral a ser firmado. Não havendo acordo, ouvindo as partes e respeitando os princípios específicos e o que dispuser a cláusula, o juiz sentenciará, em audiência ou após, sobre o conteúdo do compromisso. A sentença pode ser meramente homologatória do acordo entre as partes acerca do litígio de base ou substitutiva de declaração de vontade, quando, não conciliadas, o litígio deverá ser resolvido pela via arbitral, com a necessária fixação do conteúdo do compromisso arbitral. Nesse caso, a sentença valerá como compromisso arbitral judicial, vinculando as partes e os árbitros, salvo expressa manifestação posterior de vontade das partes dispendo em sentido contrário. Nada havendo na cláusula arbitral, o juiz poderá, ouvindo as partes, dispor sobre a escolha dos árbitros, inclusive podendo nomear árbitro único. A escolha de árbitro único não é obrigatória, mas se outra for a decisão deve ser fundamentada (TURA, 2019).

Inexiste a obrigatoriedade, portanto, de se declinar a lei aplicável na arbitragem de direito, quando do seu silêncio for possível concluir qual lei a aplicar por meio de referência aos critérios legais de solução de conflitos normativos no espaço presentes na lei de introdução às normas do direito brasileiro. A facultatividade, entretanto, ao menos em um ponto desaparece, tornando o elemento obrigatório, caso a arbitragem seja de equidade ou adote direito diverso do direito positivo brasileiro. As partes têm liberdade para dizerem se a arbitragem será de direito ou de equidade, conforme o tipo de fonte escolhida para o árbitro fundamento

para sua decisão. A hierarquia das fontes estatais e não-estatais a ser observada no processo judicial não tem lugar no processo arbitral. Nesse sentido, podem as partes determinar que a decisão arbitral seja tomada com base em princípios e regras de direito nacional, estrangeiro ou internacional, em normas estatutárias, convencionais ou costumeiras e até mesmo em noções de justiça. As partes convenientes podem determinar, inclusive, a utilização de uma combinação dessas fontes e o apelo a outras não mencionadas expressamente no dispositivo legal. É comum que as partes adotem a lei como critério de julgamento já que o dota de maior segurança pela fácil constatação do conteúdo desta fonte (TURA, 2019).

A lei é a norma estatal de caráter geral e abstrato que expressa a soberania interna ao vincular, regra geral, os que se encontrem no território do ente que produziu, ou, excepcionalmente, em territórios outros em que seja admitida sua aplicação. A lei aplicável pode ser nacional ou estrangeira, a critério das partes. É entendimento doutrinário, porém, que a escolha de lei estrangeira depende da comprovação de que o contrato é internacional, ainda que indireta ou acidentalmente. A internacionalidade do contrato permite a escolha da lei dentro de certos parâmetros, a depender de nele haver cláusula eletiva da via arbitral ou eletiva de foro judicial. No primeiro caso, a escolha é livre e observará apenas o limite do respeito à ordem pública. No segundo caso, a escolha deverá recair sobre a lei do local da celebração, se entre presentes, ou do local da residência do proponente, se entre ausentes. A escolha da lei estrangeira deve ser interpretada estritamente, não se admitindo que possa conduzir à aplicação de outra lei a que seja feita referência ou remissão. A lei de arbitragem não permite que a escolha seja do árbitro se o contrato silenciar, aplicando-se a lei do local de celebração ou de residência do proponente (TURA, 2019).

As partes convenientes não estão obrigadas, contudo, a escolherem normas de direito positivo. A lei permite que usos e costumes, princípios gerais de direito, regras internacionais de comércio e a equidade sejam tomados como base para as decisões proferidas no processo arbitral. Uso é o comportamento reiterado e uniforme. É o elemento objetivo do costume. Costume, portanto, é o comportamento reiterado e uniforme com convicção de obrigatoriedade. O uso está no plano dos fatos enquanto o costume alcança o plano normativo. Os usos e costumes podem ser conformes, paralelos ou contrários à lei. É possível a

escolha de usos e costumes contrários à lei, mas não contrários à ordem pública. O mesmo raciocínio vale para os princípios gerais de direito, para as regras internacionais de comércio e para a equidade. A compreensão do que são os princípios gerais de direito e a equidade reclama uma postulação filosófica já que esta e aqueles são definidos de maneira diversa a depender de se adotar uma postura naturalista, positivista ou pós-positivista. Para alguns, os princípios gerais de direito e a equidade são referidos a noções abstratas de naturalmente preexistentes. Para outros, os princípios gerais de direito são obtidos por meio da pesquisa do que subjaz ao direito positivo nacional e comparado. Para outros ainda, os princípios gerais de direito são encontrados como pressupostos das ordens jurídicas positivas internas e externa e a equidade se afere em noções concretas socialmente aferidas. Ressalte-se que a equidade exerce papéis diversos, algumas vezes como critério decisório e todas as vezes como guia interpretativo. No primeiro caso exige autorização expressa da lei e das partes. No segundo, não. Concluindo a análise, definem-se as regras internacionais de comércio como aquelas convencionais ou costumeiras produzidas no âmbito de organizações públicas ou privadas, com graus variados de exigibilidade (TURA, 2019).

Há limites, no entanto, para o exercício da escolha dos critérios que sirvam de base para a decisão arbitral. Limite genérico para arbitragens envolvendo pessoas privadas e públicas é que a escolha não importe em afronta à ordem pública, termo complexo que envolve o desrespeito aos bons costumes e a fraude direta ou indireta à lei. A ordem pública é entendida como o conjunto de preceitos essenciais que servem de base para a sustentação da ordem política, econômica e moral de uma dada comunidade. Limite específico para a arbitragem envolvendo a administração pública é que a escolha do critério de julgamento observe certos princípios da lei arbitral e de leis especiais. Ao contrário das demais arbitragens, inadmite-se, na arbitragem envolvendo a administração pública, o julgamento por exclusiva equidade, por meio de procedimentos sigilosos e em língua ou território estrangeiros. A legalidade estrita, no entanto, não é exigível (TURA, 2019).

O debate acerca da atuação do notário como árbitro, dada a complexidade da função pública delegada no notariado latino (PINHEIRO, 2020, p. 125; RODRIGUEZ ADRADOS et. al., 1982, pp. 312 e seguintes, 317 e seguintes, 328

e seguintes), serve de mote para o debate mais sensível sobre o alcance da jurisdição de árbitros.

Em primeiro lugar, lembremos que o notário, com a inserção legislativa, exerce funções típicas, seja atuando na atividade tradicional da prevenção, seja atuando nesta nova, que anteriormente qualificamos como atividade de restauração. Todavia, ainda que formalmente possam ser qualificadas como componentes da função notarial, são, a rigor, atividades materialmente distintas. O ato notarial em sentido estrito é o ato de narração ou de redação com finalidades preventivas, atuando “ex ante”. O ato notarial em sentido amplo em que se inserem as formas de composição de litígios é ato que se opera “ex post”, com componente de carga decisória, ainda que fraca, como se mostra na decisão tão somente acerca do pedido de instauração (mediação), ou forte, como se apresenta no processamento integral, da instauração à extinção, à prolação de sentença (arbitragem), definitiva ou terminativa. A narração e a redação, que são um fim nos atos notariais em sentido estrito, são apenas um meio nos atos notariais em sentido amplo de cunho decisório.

A questão que imediatamente se colocaria é que, havendo, como afirmamos, a possibilidade de instrumentalização do negócio de base, da convenção de arbitragem ou de ambos por meio de escritura pública, o notário estaria de alguma forma com sua atuação como árbitro limitada porque decidindo acerca de ato próprio. Veremos, todavia, que se trata de falsa questão visto que há uma diferença de papeis (FERRAZ JUNIOR, 1989, pp. 108, 148; LUHMANN, 1983, I, pp. 99), curiosamente não percebida e cujas consequências não são devidamente extraídas. Nesse momento importa apenas afirmar que o notário, como narrador e redator, acata o pedido das partes acerca dos conteúdos negociais, desde que respeitada a legalidade, sem possibilidade de resistência legítima. Se as partes desejam dar forma pública a negócio que poderia ser validamente instrumentalizado por forma privada, ao notário cabe acatar. No âmbito da atuação preventiva, o instrumento notarial conferiu caráter formal e materialmente público ao que poderia ser formal e materialmente privado. Se as partes desejarem entabular por escritura pública o negócio de base, a convenção de arbitragem ou ambos, a recusa do notário seria indevida, salvo sob o argumento de vício de nulidade, a exemplo de não ostentar o negócio os requisitos referentes aos sujeitos, ao objeto e à forma, o que se denomina, na

arbitragem especificamente como ausência de arbitrabilidade (COSTA, 2006, pp. 141-142; GUERRERO, 2014, pp. 42 e seguintes). Se meramente anulável, descabe a recusa.

Aqui surge questão então mais rica e sensível. Lavrado o ato notarial, esgota-se sua função primária de prevenção do litígio porque não lhe cabe o acompanhamento da execução do entabulado. Surge a possibilidade, todavia, de função secundária de resolução do litígio quando assim provocado pelas partes porque, por exemplo, veem nele pessoa de confiança já que assessorou ambos de modo a atingirem a finalidade negocial na conformidade com o princípio da legalidade, a satisfação dos interesses privados em consonância com o interesse público. Nesses casos, inexistente qualquer óbice na atuação do notário como árbitro visto que o notário, assim como qualquer árbitro, não possuirá jurisdição alguma que alcance a existência e validade do instrumento em si. A jurisdição como árbitro pode alcançar discussões nos planos de existência e de validade da substância do negócio, mas não do instrumento em que veiculado, quando público, em razão de sua caracterização como ato de império e não de gestão.

A admissibilidade de discussão da existência e da validade de instrumentos públicos em juízos arbitrais importaria em alguns sérios problemas. Ou estaríamos diante do contorno da legalidade adotada na lavratura de escrituras públicas por árbitros que são notários quando autorizados para usarem critérios de julgamentos baseados que não na legalidade estrita, como a equidade ou princípios gerais de direito, ou estaríamos diante de flagrante inconstitucionalidade ao dar tal possibilidade apenas a árbitros que não sejam notários, com a submissão da soberania estatal à autonomia privada. Todavia, como se sabe, a existência e a validade de atos de império são questões de ordem pública, inafastáveis pelos interesses meramente privados, indisponíveis pela simples deliberação de vontade.

Falta arbitrabilidade e, portanto, juridicidade para a atuação do árbitro em tal seara, seja ele notário ou não.

Portanto, quando na presença de negócios jurídicos instrumentalizados por meio de escrituras públicas, as arbitragens, conduzidas por notários ou por particulares, ficaria restrita ao plano da eficácia jurídica ou material do instrumento, no plano, pois, do seu adimplemento ou inadimplemento, não sendo

possível a discussão acerca de sua existência e de sua validade salvo perante a jurisdição estatal.

3. Imparcialidade notarial e processo arbitral.

A figura central na arbitragem é o árbitro. Como sujeito da arbitragem ao lado das partes, o árbitro em sentido próprio é sempre singular, embora o juízo arbitral em amplo sentido possa ser singular ou coletivo. Assim, o juízo arbitral em amplo sentido pode ser singular, formado por árbitro único, chamado simplesmente de juízo arbitral, ou pode ser coletivo, formado por múltiplos árbitros, denominado como tribunal arbitral. Repise-se que tribunal arbitral é expressão usada para designar o juízo coletivo, portanto, o órgão arbitral judicante, sendo de todo indevido, chegando às raias da ilegalidade, o uso da expressão para designar o órgão institucional ou a entidade especializada encarregados da administração do procedimento. Árbitro é a pessoa física que exerce a função de julgar demandas a si submetidas direta ou indiretamente pelas partes mediante convenção arbitral. Deixando para depois a análise das consequências da constatação, pode-se agora adiantar que o árbitro desempenha função de caráter público sob regime híbrido, isto é, em que incidem princípios e regras tanto de direito público quanto de direito privado. A função do árbitro aproxima-se da função desempenhada por mediadores e conciliadores na medida em que todos buscam o fundamento de validade para suas atuações na vontade das partes. O mediador e o conciliador, no entanto, são facilitadores, enquanto o árbitro, semelhantemente ao juiz, é um decisor (TURA, 2019).

Para ser árbitro, exige-se pessoa plenamente capaz e que tenha a confiança de ambas as partes. A plena capacidade é a estabelecida pela lei civil em que realizada a arbitragem, não se admitindo que seja pessoa jurídica ou pessoa física relativa ou absolutamente incapaz. Desnecessário que seja brasileiro ou que seja advogado, ainda que a arbitragem seja de direito. Desnecessário, aliás, que tenham formação educacional ou profissional ou que pertença a quaisquer entidades acadêmicas ou organizações profissionais. Os legalmente impedidos, a exemplo dos magistrados em atividade e dos mediadores nas demandas que intervieram, não podem atuar como árbitros. O árbitro deve ser da confiança de ambas as partes, podendo ser recusados caso a desconfiança conduza a uma situação de dúvida justificável acerca das qualidades esperadas do árbitro. A

confiança decorre de juízo subjetivo, mas pode respaldar-se em dados objetivos, permitindo-se que se pleiteie a substituição. Importa, porém, ressaltar que a confiança não se reporta, necessariamente, a qualquer demonstração pelo árbitro de possuir conhecimento técnico-profissional sobre a demanda ou sobre o procedimento, embora a inaptidão patente justifique contestação de sua participação (TURA, 2019).

As partes podem nomear os árbitros e seus suplentes ou delegar a nomeação para terceiros, incluindo os próprios árbitros ou órgãos arbitrais institucionais e entidades especializadas. A nomeação pode recair em um ou mais árbitros, sendo, nesse último caso, exigível que sejam em números ímpares. Nomeados árbitros em números pares, estarão autorizados a escolherem, de comum acordo, o que faltar. Se não o fizerem, devem as partes seguir o determinado na convenção arbitral, em acordo específico ou nas regras institucionais acerca da escolha do árbitro faltante e, ao final, sendo silentes, deverão requerer ao juízo estatal competente que assim o faça, por meio da ação prevista em lei (TURA, 2019). Em se tratando de arbitragem institucional, a autonomia privada deve ser respeitada, podendo as partes afastar regras que limitem a liberdade de escolha, ressalvada a possibilidade de controle exercido pela instituição. O respectivo regulamento institucional prevalecerá, caso haja impasse na escolha ou na hipótese de se tratar de arbitragem multiparte. A arbitragem pode ser entregue a um juízo arbitral singular, dito pela lei como árbitro único, ou a um juízo arbitral coletivo, nominado pela lei como tribunal. A direção do procedimento caberá ao árbitro ou ao presidente do tribunal; presidente que, além disso, tem atribuições próprias, inclusive decisórias, decorrentes da lei, permitindo-se que sejam dispostas de outra maneira por regras institucionais ou pela vontade das partes expressa na convenção ou em qualquer ajuste. Um e outro podem, se entenderem conveniente, designar pessoa para que funcione como secretário, nada impedindo que recaia a designação em um dos árbitros ou no órgão institucional ou entidade especializada encarregados da administração do procedimento. A condução do processo e o julgamento, entretanto, são responsabilidade do juízo ou tribunal, jamais do encarregado da administração do procedimento (TURA, 2019).

Os árbitros devem desempenhar suas funções de modo a respeitar a confiança que neles foi depositada pelas partes. Devem, pois, desempenhar a função com

imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, além de deverem, a qualquer momento, revelar fatos que possam gerar dúvida justificada acerca das exigências de imparcialidade e de independência. Não se cogita, em nenhum momento, de exigir-se do árbitro uma impossível neutralidade. O árbitro, como pessoa natural, convive e, ao conviver, interage com indivíduos e grupos, recebendo do meio os impactos que formarão suas impressões acerca do mundo e da vida. O árbitro, então, como pessoa natural, comparecerá aos momentos da vida carregado dessas impressões. O que se exige dele, portanto, não é que seja desprovido de impressões que todos têm, mas que não deixe que essas impressões tornem seus juízos calcados em preconceitos, contrários ou favoráveis às partes em litígio, sob pena de, com isso, tornar-se parcial. Se subjetivamente o árbitro deve conduzir-se de maneira a não favorecer ou prejudicar as partes em razão de meras opiniões pessoais acerca dos litigantes ou do objeto do litígio, objetivamente exige-se mais. Objetivamente, exige-se que o árbitro seja independente. Inadmissível que mantenha vínculos pessoais ou profissionais, que traduzam proximidade com as partes, ou que tenha interesses no objeto ou em certo desfecho do litígio. O árbitro deve ser, também, competente, em sentido técnico-profissional e não científico-processual. Competência aqui, por conseguinte, não é a delimitação da jurisdição, mas a aptidão pessoal para o julgamento, qualidade pessoal do árbitro para compreensão e composição do litígio, que, por si, não exige que tenha formação jurídica. Em sua atuação, por fim, o árbitro deve atuar com diligência e discricção. Deve, assim, atuar sempre ostentando dedicação, prontidão e disposição para o processo arbitral, colocando-o em primeiro plano até que cumpra ou se desincumba do encargo. E, antes, durante ou depois do processo, o árbitro deve ser discreto, guardando sigilo sobre o caso, ainda que não haja exigência das partes quanto à confidencialidade do processo (TURA, 2019).

As semelhanças entre o árbitro e o juiz fazem com que certas exigências quanto à conduta deste sejam feitas também àquele. Nesse sentido, a lei de arbitragem veda a atuação daqueles que tenham com as partes ou com o litígio algumas das relações que caracterizem casos previstos na lei processual civil como sendo hipóteses de impedimento ou suspeição aplicáveis aos juízes, decorrentes de vínculos com as partes ou interesses no objeto do litígio. Mas a imposição leva em consideração a distinção entre a função arbitral e a função

judicial, exigindo-se do árbitro os deveres e responsabilidades do juiz apenas no que couber, no que lhes for compatível e possível. Evidentemente, apenas algumas daquelas hipóteses são aplicáveis, porque outras estão tão vinculadas ao exercício da judicatura que não são passíveis de aplicação ao árbitro. De outra parte, outras hipóteses, não previstas na lei processual, também podem atingir os deveres de imparcialidade e de independência do árbitro, seja por decorrência da interpretação do caso e da conduta, seja por previsão na convenção arbitral ou em regras institucionais ou em códigos de ética. A relação das hipóteses da lei processual, portanto, é meramente exemplificativa e não taxativa. Por fim, doutrinariamente entende-se que as partes, desde que plenamente cientes das circunstâncias que ensejariam o reconhecimento de impedimento ou de suspeição do árbitro, podem, livremente, aceitar que atue, desde que com equilíbrio e segundo sua consciência e convencimento. Nessa linha, o artigo da lei processual possuiria, para as partes, caráter dispositivo e não imperativo. O dever de revelação decorre da confiança depositada pelas partes no árbitro e se traduz na exigência legal, mas também ética, de que revele quaisquer fatos que denotem dúvida justificada quanto à sua imparcialidade ou quanto à sua independência. Embora decorrente do princípio da proteção da confiança e dos deveres de imparcialidade e de independência, o dever de revelação é, na verdade, dever autônomo que tem de ser exercido ainda que se mostre, ao final, que os fatos geradores da dúvida não atingem de maneira alguma aqueles deveres e a confiança não seja abalada. Por si só, a infração ao dever de revelação desqualifica o árbitro, já importando na quebra da confiança nele depositada, apesar de nada impedir que seja desconsiderada pelas partes no desempenho de autonomia. Ressalte-se que, ao contrário do que resulta da letra da lei, o dever de revelação tem de ser exercido continuamente, não apenas antes da nomeação, mas também depois dela, durante todo o processo arbitral (TURA, 2019).

O árbitro desempenha função em que incidem princípios e regras tanto de direito público quanto de direito privado. O árbitro é sujeito que recebe por meio de ato privado autorização para exercer o poder veiculado por ato público para decidir litígios entre as partes convenientes, mediante remuneração paga e por conta e risco destas. Quer dizer que embora não tenha posição no seio da administração pública, não seja titular nem ocupante de cargo ou de emprego públicos, a

autorização dada pela convenção arbitral só se operacionaliza pelo desempenho da atividade autorizada pela lei de arbitragem, à qual se atribui semelhança com uma atividade pública, a saber, com a atividade judicial. Em tudo se aproxima da figura do particular em colaboração com a administração. Nessa esteira, correta sua equiparação com os funcionários públicos porque, no sentido adotado pela legislação penal, aquele que, mesmo transitória e graciosamente, exerce função pública, sujeita-se ao regime jurídico aplicável na seara criminal, tanto passiva quanto ativamente. Assim, o árbitro pode ser sujeito ativo ou sujeito passivo dos crimes que tenham a figura do funcionário público como elementar do tipo. O árbitro, então, pode ser sujeito ativo ou passivo de crimes como particular em colaboração com a administração ou sem que essa condição seja elementar do tipo. Desse modo, importante verificar se a conduta se ajusta a uma ou outra espécie de tipificação, prevalecendo a norma especial apenas caso a elementar do tipo esteja presente. O árbitro só responde civilmente por danos causados às partes em razão de erros de procedimento injustificáveis e não por erros de julgamento, salvo dolo ou fraude comprovados. Há aqui paralelo com as decisões judiciais e um esforço para preservar as decisões arbitrais que, formalmente válidas, não se submetem a controle da jurisdição estatal quanto ao seu conteúdo. Quanto à responsabilidade de instituições arbitrais, que administrem o procedimento, é possível por falha na prestação de seus serviços; discutível, porém, no que se refere aos atos praticados pelos árbitros, especialmente para casos em que não tenham vínculos com a instituição e em que haja expressa exclusão, convencional ou regulamentar, de sua responsabilidade (TURA, 2019).

Aqui reside mais um equívoco de monta dos discursos que foram proferidos ao longo do processo legislativo que aprovou e após o ato presidencial que sancionou e promulgou o projeto que deu origem à lei 14.711/2023, isto é, a alegação infundada de uma parcialidade natural do notário para a condução de processos arbitrais.

Veremos que, ao contrário do que se alega sem respaldo algum em qualquer elemento zetético ou dogmático, a imparcialidade do notário é algo qualificado inclusive comparativamente com outros agentes públicos e outros atores sociais, restando, desse modo, como puramente ideológicas as alegações feitas pelos oponentes, chegando ao reino da fantasia.

Pessoas são, juridicamente, feixes de papéis sociais e com o notário não é diferente. Ao tratar da personalidade, o direito concebe o destinatário das normas atributivas como um complexo em que se verificam papéis predeterminados, como no caso da denominada personalidade jurídica, ou pós-determinados, como no caso das denominadas pessoas naturais (FERRAZ JUNIOR, 1989, pp. 108, 148; LUHMANN, 1983, I, p. 99).

Pessoas naturais, portanto, possuem papéis sociais que não podem ser inteiramente previstos e regulados, quando na esfera privada das relações. Por isso que, onde não estão proibidas, permitidas estão as ações.

O notário, todavia, embora pessoa natural, é um agente público que, no desempenho de sua função delegada, possui papéis inteiramente previstos e regulados e, veremos, tendo em mira o interesse público que deve tutelar, porque sua atuação é sempre desinteressada não apenas porque não possui interesse em lide (no objeto conflituoso), mas igualmente porque não possui interesse na lide (na relação conflitiva como um todo, seus sujeitos, seus objetos material e jurídico, seus vínculos de estabelecimento e fatos propulsores).

O notário ostenta interesse externo à relação, em nome do ordenamento jurídico, haurindo sua legitimidade de atuação na soberania estatal (atuação preventiva como narrador e redator) ou na autonomia privada (atuação restaurativa como decisor), sendo em qualquer caso uma legitimidade com fundamento na legalidade, não importando nesse instante discutir se em uma legalidade dependente de convenção racionalmente fundada ou em uma poderosa vontade imposta (HABERMAS, 1988, p. 344).

A arbitragem é, corretamente, em termos de uma análise econômica do direito, concebida como um pacto ético de partes em colaboração. Nessa linha, a previsão da arbitragem nos contratos serve de sinalização de parte a parte de que pretendem agir com a máxima disposição para com o seu normal destino, isto é, com seu cumprimento mais próximo da perfeição, do comportamento mais adequado com as expectativas nutridas pelos contratantes (PRADO, 2018, pp. 121-144).

A convenção arbitral, assim, serve como instrumento de estabilização contratual no sentido de lhe conferir previsibilidade e calculabilidade quanto às obrigações em sua inteireza, vistas em termos relacionais, a saber, como dever abstrato e responsabilidade concreta (PRADO, 2018, pp. 145-226).

Mas a só presença da convenção nada diz sem a intervenção de um terceiro especialmente designado e qualificado que, embora tantos outros possam desempenhar o papel, melhor que o seja um notário.

Há muitas razões que apontam para uma tal necessidade visto que, em primeiro lugar, socialmente, dada a relevância da riqueza patrimonial e ao desequilíbrio entre contratantes, a intervenção de terceiro imparcial gera vínculos de confiança dos participantes. Em segundo lugar, economicamente, a intervenção de terceiro imparcial permite a rastreabilidade da conclusão e a exigibilidade de cumprimento das operações. Em terceiro lugar, juridicamente, a intervenção do terceiro imparcial encontra razões suficientes por conta do desconhecimento da lei pelas partes, com deficiências de certeza e segurança jurídicas, por demandarem documentos com força probatória e executiva (GARZÓN JIMENEZ et. al., 2016).

O terceiro interveniente, evidentemente, deve ostentar qualidades sem as quais sua presença nada significaria, qualidades que reunidas traduzem a máxima qualificação do terceiro como alguém de confiança das partes, a saber, fiabilidade por suas qualidades pessoais em especial a garantia de que manterá sigilo e discrição e que empregará todo o seu conhecimento técnico especializado (GARZÓN JIMENEZ et. al., 2016).

Acaso não há que, nos mais variados sistemas espalhados pelo mundo, dito terceiro seja um notário. O notário é o único a ostentar uma imparcialidade especial que, como dito anteriormente, em vez de atuar em favor dos direitos subjetivos das partes contratantes, dos interesses meramente privados, ou, ao menos, em favor tão somente ou principalmente em favor deles, opera, em verdade, em favor do direito objetivo, do interesse público. Não poderia ser diferente visto que é ao notário que o sistema jurídico confere fidebilidade funcional e eficácia probante, assegurando aos destinatários que, dados os mecanismos de controle, responderá por quaisquer falhas decorrentes dos atos praticados (GARZÓN JIMENEZ et. al., 2016).

Ora, é necessário que se tenha claro que a exigência de imparcialidade, inconfundível com neutralidade axiológica, imbricada, mas não redutível com a independência (MUNIZ, 2017, p. 139), à toda prova é decorrência não apenas de questões de ordem técnica, mas de uma dimensão ética do processo (LEMES, 2014, p. 226). A imparcialidade não tem caráter meramente

pedagógico, mas representa algo que, faltante, é grave falha do processo (CAHALI, 2017, pp. 215-217).

A presença de um jurista que tenha por missão precisamente e organicamente a disponibilização de serviço pautado pela imparcialidade não meramente ou somente accidental (LORA-TAMAYO, 1982, pp. 49-50), milita em favor do notário como interveniente “ex ante” e “ex post”, cuja função, tamanha a sua complexidade, é irreduzível a uma só dimensão de sua atuação profissional, função decorrente antes de tudo do princípio da isonomia no desempenho da função pública, ainda que para além desta estreita esfera, alcançando a esfera privada (RODRIGUEZ ADRADOS et. al., 1982, pp. 312 e seguintes). O notário, portanto, sempre agente público, sempre na tutela de interesse público como fim último, mesmo que legitimado a atuar pela autonomia privada, mesmo que praticando atos de gestão de interesses privados.

Atuando em auditórios diversos, o juiz é imparcial na medida em que ostenta ausência de vínculos com as partes, o árbitro é imparcial na medida em que demonstre ausência de preconceito, mas especialmente demonstre uma participação ativa em favor das normas e valores comuns às partes (PERELMAN, 1996, p. 196).

O notário é, nessa linha, pessoa entre dois mundos, encenando para dois auditórios, ora próximo ao juiz, ora próximo ao árbitro, na curiosa condição de “advogado neutro” para aquela dada situação (MURRAY e STÜRNER, 2010), de um “assessor imparcial” de ambas as partes e não apenas um fedatário (PINHEIRO, 2020, pp. 132, 135).

O notário tem decisivo papel na construção da ordem jurídica a partir do caos do sistema econômico, calcado em normas próprias da atividade que são altamente eficientes e que, no limite, fazem com que a confiança que aparenta ser na pessoa do notário seja, a rigor, confiança externa, confiança na confiança, confiança no sistema que o especializa e o garante (CAMPILONGO, 2014). A legitimidade no notário que gera a confiança dos destinatários é fundada na expectativa sobre expectativas, na suposição de aceitação geral da comunidade frente a órgão que integra o sistema jurídico e não em uma deliberação consciente (LUHMANN, 1983, I, p. 94; 1985, II, 64).

Assim sendo, a alegação de que o notário seria parcial para atuar como árbitro porque interessado no serviço notarial prestado ou que venha a ser prestado não

se sustenta em um exame que seja meramente superficial. O notário é imparcial na prestação do serviço preventivo de narração e de redação (notarial em sentido estrito) e é imparcial na prestação do serviço restaurativo de decisão (notarial em amplo sentido) porque atua em nome do direito objetivo, da soberania estatal, em caráter imediato, ou, como no caso da mediação e da arbitragem, mediado pela manifestação da autonomia privada.

A imparcialidade do notário, em qualquer caso, não é acidental, voluntária, mas substancial, sistêmica. A circunstância de ser remunerado pelas partes para um ou para outro dos serviços apontados acima não altera a incidência de um complexo normativo que dele exige o atendimento isonômico e impessoal próprio da função pública da qual jamais se despe, mesmo que escolhido pelas partes fora da serventia para facilitar a solução ou resolver os conflitos que se lhe apresentarem no exercício da autonomia privada.

A insustentável oposição ao notário como árbitro em razão de eventual serviço prestado de que derivaria suposto interesse, recusa não apenas a letra da lei que não exige nada além daquilo que for compatível e possível do árbitro inclusive com o recurso à fórmula geral e aberta vazada na expressão “no que couber”, mas também a doutrina que coerentemente admite o exercício da plena liberdade de deliberação das partes quanto à atuação de árbitro sabidamente com vínculos prévios.

Se admissível em circunstâncias específicas de conhecimento de partes livres e capazes a atuação de quem tenha mantido vínculo com uma ou com ambas as partes, com maior razão ainda há de se admitir quem, por força da lei, não possui vínculo algum com quaisquer das partes porque a só prestação de serviço público inafastável pelo prestador não o torna parcial.

O notário presta serviço público que não pode recusar em nenhuma circunstância para o usuário do serviço desde que o ordenamento jurídico seja respeitado e os emolumentos, que possuem natureza tributária, pertencentes em princípio ao Estado antes de finalizada a apuração das rendas próprias do prestador.

Atuando na prestação de serviço público em caráter para si obrigatório sob regime em que incidentes os princípios da isonomia e da impessoalidade, o notário é imparcial por força da função, não tendo interesse outro que não a preservação da ordem jurídica.

4. Atividade notarial, sentença arbitral e controle correcional.

O debate sobre a natureza da arbitragem quanto à sua causa e quanto aos seus efeitos foi realizado antes, restando definido que a arbitragem, pelo ângulo da causa, tem natureza contratual, e pelo ângulo dos efeitos tem natureza jurisdicional (BASÍLIO, 2014, 665). Nesse momento, importante retomar a natureza pelo segundo aspecto, da arbitragem como expressão jurisdicional, já que a lei brasileira nada faz além de derivar logicamente da natureza a condição do árbitro. O árbitro, diz a lei, é juiz de fato e de direito. Analisada a lei, poder-se-ia concluir erroneamente que o árbitro é, de fato e de direito, juiz. A rigor, no entanto, o árbitro não é juiz de fato e de direito, mas juiz do fato e do direito que lhe são submetidos. O árbitro equipara-se ao juiz, mas não se iguala a ele, em quaisquer aspectos. Os direitos, deveres, sujeições, prerrogativas, poderes, faculdades e garantias do juiz não são em nada aproximados do que o árbitro tem ao seu alcance. A equiparação é válida apenas para a devida qualificação dos atos puramente cognitivos do árbitro, isto é, desprovidos de caráter coercitivo e executivo, porque estes últimos são exclusivos da jurisdição estatal. No processo de cognição, portanto, o árbitro é o juiz competente para decidir acerca do fato e do direito que lhe foram submetidos. Pode, inclusive, conceder, confirmar ou cassar tutelas provisórias, cuja execução, porém, dependerá do juízo estatal. A sentença arbitral, bem por isso, equivale à sentença judicial, como título executivo judicial, produzindo efeitos imediatos, não se sujeitando à reforma no mérito ou ao reconhecimento por homologação, salvo se estrangeira, nem mesmo à rescisória. Depende, no entanto, para seu cumprimento forçado, da intervenção da jurisdição judicial, ocasião em que sua validade formal poderá ser contestada, assim como o pode em ação própria. Ressalte-se, por fim, que o alcance dos poderes do árbitro deriva da autorização das partes e, portanto, nada impede que as partes, livremente, o restrinjam inclusive para a prática apenas de atos decisórios definitivos e para admitir sua revisão por órgãos próprios (TURA, 2019).

A sentença arbitral é, como dito, equivalente à sentença judicial, porque equivalentes a jurisdição arbitral e a jurisdição estatal. Notemos, porém, o preciso uso da expressão. Inexiste identidade entre jurisdição estatal e entre jurisdição arbitral. Inexiste, assim, identidade entre sentença proferida por árbitro

e sentença proferida por juiz. Equivaler não significa igualar. Acaso fossem idênticas, desnecessário seria que a lei lhe conferisse uma só linha para qualificar como algo equivalente. Somente se leva adiante a técnica de equiparação ou equivalência para aquilo que difere do parâmetro de comparação. Equipara-se o que é análogo ou diverso, mas nunca o que é idêntico. Há uma diferença de alcance da jurisdição arbitral e da jurisdição estatal. Vocacionam-se a auditórios diversos (PERELMAN, p. 196) e de programação da decisão.

A jurisdição estatal, fundada na soberania estatal (MAGALHÃES, 2014, p. 967; MARINONI e MITIDIERO, 2018, I, p. 124), vocaciona-se ao auditório universal, motivando as decisões de modo que demonstre sua conformação à ordem jurídica estatal e com isso respeito ao aparato do poder de que faz parte (PERELMAN, 1997, p. 349; 1998, pp. 10,11, 98, 210, 216, 221). Algo bem diverso ocorre com a jurisdição arbitral, fundada na autonomia privada (MAGALHÃES, 2014, p. 967; MARINONI e MITIDIERO, 2018, I, p. 124), vocacionada, bem por isso, ao auditório particular (PERELMAN, 1996, p. 196), âmbito em que as preocupações são menos com questões de direito e mais com questões de fato (PERELMAN, 1996, pp. 34-35; 1997, pp. 304-313).

A jurisdição estatal está programada condicionalmente enquanto a jurisdição arbitral está programada finalisticamente (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 293), isto é, a decisão proferida pelo juiz é legitimada tanto quanto seja conforme os meios, os limites dentro dos quais o juiz deve deliberar, inclusive extinção sem resolução do mérito, enquanto a decisão proferida pelo árbitro é legitimada tanto quanto seja conforme os fins, observe ou não o estipulado em lei ou em contrato, visto que, por vezes, a preservação da relação negocial e da aptidão econômica tem maior relevância do que a aplicação estrita da regra de direito. Não é o momento para maiores digressões acerca das modalidades de programação decisória (LUHMANN, 1983, pp. 29-31).

Importante que se tenha clara a diferença entre equiparar com igualar porque do contrário teremos diante de nós uma situação paradoxal em que a sentença arbitral que não possui os mesmos fundamentos de legitimidade, teria os mesmos efeitos de maneira totalmente descompassada com a basilar noção de que o interesse público detém supremacia sobre o interesse privado.

A sentença judicial, vocacionada ao auditório universal e programada condicionalmente, tem um alcance maior embora seja mais estreita sua margem de manobra. A sentença arbitral, vocacionada ao auditório particular e programada finalisticamente, tem um alcance menor embora seja mais ampla sua margem de manobra. A sentença arbitral, ao contrário da judicial, opera nos limites da relação entre os convenientes ou aderentes. O respeito exigível do comando da sentença arbitral o será no limite do atingimento da esfera das partes convenientes, não indo além delas, embora, para tanto, seja possível solicitar a atuação da jurisdição estatal para que estranhos ao processo arbitral colaborem ativa ou passivamente para o cumprimento das decisões arbitrais estritamente quanto aos interesses e direitos das partes convenientes.

Marca disso é a possibilidade de ingresso da sentença arbitral nos ofícios de registro. As sentenças arbitrais possuem ingresso nos ofícios de registro, mas não diretamente. O processo arbitral, diversamente do processo judicial, forma títulos, mas não emite ordens, porque desprovido de coercibilidade. Tanto para a sentença judicial quanto para a sentença arbitral, o ingresso no registro há de se dar por meio de carta de sentença, figura inconfundível com a denominada carta arbitral e cuja autoformação é tema altamente discutível.

A duplicidade característica da atividade notarial, com sentidos dirigidos para dois mundos e para dois auditórios, ora se aproximando do juiz, delegado da soberania estatal, ora se aproximando do árbitro, delegado da autonomia privado, nada muda quanto ao seu desempenho do mister arbitral, embora tenha implicações na sua relação com o órgão correccional. Vejamos, então, mais profundamente do que se trata a sentença arbitral.

A sentença arbitral é ato cognitivo e ato laborativo e, de qualquer maneira, portanto, envolve juízos (ALVES, 2000, pp. 96, 120, 234). A sentença arbitral é proferida a partir do produto da interação alimentada por um troca complexa de mensagens entre partes formais e materiais da relação processual sobre sensações e percepções acerca do mundo interior e do mundo exterior. A rigor, o modo pelo qual o árbitro (parte em sentido formal) tem de alcançar a realidade vivida pelos demandantes (partes em sentido material) é pela linguagem que serve de veículo para a narrativa da demanda. Entretanto, toda linguagem é imperfeita porque imperfeitos são nossos sentidos e, assim, limitada e parcial é a nossa descrição do mundo vivido. Dessa forma, o árbitro, para conhecer a

realidade vivida pelos demandantes tem de se aproximar dela pela narrativa oferecida pelos demandantes com todas as suas limitações e parcialidades. Ao árbitro caberá a reconstrução da realidade vivida através do juízo acerca da narrativa dos demandantes e pela formulação de sua própria narrativa quanto ao que naquela se observa como possível e necessário para as finalidades de sua função. O árbitro, assim, formulará juízos, afirmando ou negando correlações entre ideias. Evidentemente, todavia, na interação com os demandantes, o árbitro não comparece despido de suas próprias sensações e percepções, influenciadas por sua formação acadêmica, por sua prática profissional e por sua condição individual.

O ato praticado pelo árbitro é, portanto, um complexo de juízos acerca da informação emergente da relação direta e imediata com os demandantes quando de sua avaliação para aferição da juridicidade das pretensões conforme certos parâmetros. Há elementos de fato na formação do ato arbitral como juízo, mas também há valoração, na medida em que a informação será escolhida conforme sua pertinência para o desenho suficiente do quadro plausível que se proponha a explicar o que ocorre, oferecendo uma solução eficiente que da informação leve à transformação daquele estado de coisas de acordo com o estado da técnica. O árbitro, então, reflete nos limites da experiência, nas circunstâncias do caso, para agir em um sentido. A reflexão na prática arbitral é direcionada para a ação, é instrumento para a transformação da realidade e não fundamento para a contemplação da idealidade.

Extraí-se desta definição características que servem de verdadeiros pressupostos. O ato arbitral pressupõe uma relação intersubjetiva, a relação entre árbitro e demandantes, acerca de determinado objeto demandado. Da relatividade do ato arbitral decorre sua circunscrição subjetiva e objetiva. Subjetivamente falando, o ato só pode ser praticado por certo árbitro tendo em vista o atendimento de uma determinada demanda que lhe seja apresentada, de tal maneira que, salvo melhor juízo, o ato depende de consentimento de todos, não se podendo obrigar o árbitro a atender aqueles demandantes caso não se sinta confortável e não se podendo obrigar os demandantes a serem atendidos por árbitro que não lhe seja agradável. Objetivamente falando, o ato arbitral só pode ser praticado de maneira direta no contexto da relação, não se admitindo que exorbite de seus limites e que de

qualquer forma influencie situações completamente diversas daquelas próprias que justificaram a procura daqueles demandantes. O ato arbitral, portanto, pressupõe bilateralidade e imediatidade. Bilateral porque o ato arbitral pressupõe a preexistência de um vínculo estabelecido entre demandantes e entre demandantes e árbitro por manifestação da vontade ainda que presumida ou ficta. Imediato porque o ato arbitral pressupõe que haja um vínculo desenvolvido direta e continuamente, sem intermediação de outros sujeitos em seu núcleo essencial. O ato arbitral, do ângulo objetivo, caracteriza-se por uma relação desenvolvida em certo tempo e em certo espaço, conforme as possibilidades propiciadas em condições apresentadas restritamente.

A perspectiva que adotamos reclama o entendimento da natureza do ato arbitral, especialmente para o direito. Sigamos com essa tentativa lembrando que o ato arbitral envolve cognição e labor, um conhecer e um agir, um dizer e um fazer. Por conseguinte, do ângulo material, restou claro, o ato arbitral envolve processos de conhecimento e procedimentos de trabalho. Do ângulo formal, inobstante, o ato arbitral é sempre ato regrado que serve a variadas finalidades e possui variadas naturezas, tudo a depender do plano em que seja analisado.

Deixamos de lado as inquirições acerca da natureza do ato arbitral nos planos da validade e da eficácia para nos concentrarmos em outro plano neste texto. O ato arbitral no plano jurídico da existência é o que nos interessa. Como tal, o ato arbitral comporta ação, mas antes de tudo consiste numa declaração. É uma declaração que carrega em si uma mistura de linguagens como a meramente informativa e a marcadamente diretiva (NINO, 2010, p. 73; ALVES, 2000, p. 352). Na medida em que o árbitro pretende, com o ato, descrever a informação acerca do estado da demanda, mas igualmente prescreve uma certa conduta para a transformação de referido estado, ele intervém na esfera pessoal dos demandantes, ainda que seu juízo cognitivo conclua pela ausência de qualquer desequilíbrio, já que toda intervenção está relacionada com a integridade patrimonial dos demandantes, objetivando restabelecer o equilíbrio, mesmo quando atingido por sensações e percepções distorcidas.

Como declaração, o ato arbitral é descritivo, isto é, informativo, mas também é prescritivo, isto é, diretivo. Nesse momento a declaração em que consiste o ato arbitral assume o caráter de opinião, que é o núcleo de um dever profissional e igualmente de um direito individual. Os demandantes reclamam precisamente

que o árbitro, a partir das informações que recebe no curso do processo, emita sua opinião acerca da demanda; opinião sua, do árbitro, que seja diretiva, vinculando-os a todos, inclusive o prolator, transformando o estado de coisas para o adimplemento normal ou anormal da obrigação. Seu dever profissional se esgota na emissão da opinião, mas a emissão de sua opinião é acobertada pela proteção ao seu direito individual de manifestação. Sempre, é claro, com a possibilidade de um controle de riscos pela jurisdição estatal para que o equilíbrio entre finalidade e lealdade, entre vinculação e acreditação, seja preservado de manifestações mais grosseiras de injustiça processual (PARK, 2014, pp. 1231-1234).

Ressalvado, portanto, o controle de legalidade, controle de forma, a opinião contida na decisão proferida por árbitro é protegida pelo sistema jurídico em sua materialidade, em sua substância, sendo impassível de revisão por meio diverso do previsto contratual, regimental ou legalmente (TURA, 2019; PINHEIRO, 2020, p. 208). A decisão arbitral, ainda que proferida por notário, não admite controle exercido pelo órgão correcional. Primeiro porque a intervenção correcional, mesmo para atos notariais em sentido estrito, exige expressa previsão legal, visto que, inexistindo relação hierárquica entre juízo corregedor e tabelião de notas, a possibilidade de intervenção não se presume, por isso denominada como relação de controle, em sentido adequado com a doutrina administrativista, posto ser um vínculo entre órgãos de administração central (delegante) e descentralizada (delegatário). Segundo porque, a rigor, em se tratando de ato notarial em sentido amplo, busca seu fundamento de legitimidade na convenção arbitral entabulada no exercício pleno da autonomia privada, haurindo a delegação na vontade das partes, sobre a qual não incide controle de mérito, sob pena de intervenção inconstitucional e não meramente ilegal.

Ao órgão correcional defere a ordem jurídica o controle de atos de império pelo simples fato de que, ao fim e ao cabo, atos de império estão na esfera de titularidade do Estado, sendo permitida sua prática pelo agente notarial, particular no exercício de função pública, sem que com isso o agente traga para si a qualidade de soberano. Soberano permanece o Estado, podendo exercer controle sobre a legalidade do ato notarial em sentido estrito, porque, inclusive, responde por eles de modo objetivo, apesar de possibilidade de regresso contra o agente notarial em caso de comprovada responsabilidade subjetiva deste. Mas

ao órgão correcional a ordem jurídica não defere o controle de atos notariais em sentido amplo como o são os atos arbitrais, atos de gestão de direitos subjetivos de particulares delegantes, porque por eles o Estado não responde, os atos de gestão são praticados em nome do agente notarial, por sua conta e risco. Os atos de império, tutelares do direito objetivo, protetivos de interesses públicos, são praticados em nome do Estado, delegante de poderes e correspondentes deveres instrumentais, por conta e risco deste.

O controle sobre a validade de atos praticados em processo arbitral, desse modo, só se pode exercer conforme a previsão em contrato, regimento ou lei. Ausente previsão contratual ou regimental de órgãos, meios, formas e alcances da impugnação de decisões proferidas por árbitros, resta apenas a possibilidade legalmente estatuída de controle jurisdicional por via de ação ou exceção na hipótese de ferimento de princípios fundamentais, como a ordem pública. Todavia, a duplicidade de mundos em que se situa o notário, jamais despido da função pública em quaisquer circunstâncias, exclui o controle sobre o conteúdo de atos do processo arbitral, mas não afasta o controle sobre seu comportamento público ou privado, no interesse da preservação última da imagem do Estado, porquanto todos os atos são, em avaliação preliminar e de caráter superficial, aparência de atos praticados em nome do Estado por sua conta e risco, até que se apure tratar-se de ato de gestão e se os aparte do regime dos atos de império. Assim, se ao órgão correcional não caberá apreciar impugnação quanto aos atos do processo arbitral, devendo os demandantes buscar as vias contratual, regimental ou legalmente previstas, o mesmo não se diga quanto à avaliação do ângulo ético-disciplinar acerca do comportamento no notário como árbitro, inclusive.

5. Conclusões.

Após tecermos diversas considerações de ordem teórica e dogmática acerca da arbitragem realizada perante particulares e da arbitragem realizada perante notários, algumas conclusões parecem plausíveis.

Em primeiro lugar, nada há que impeça a formalização de convenção arbitral por meio de escrituras públicas. Partindo do conceito e espécies dessa categoria dogmática, pode-se dizer, portanto, que os negócios principais ou acessórios que sejam entabulados por meio de escritura pública admitem a referência a

instrumento em que contida a convenção na forma de compromisso ou a inserção de cláusula específica que guarda autonomia em relação com o restante do documento.

A cláusula pode ser inserida no instrumento original ou em instrumento dele decorrente como que rerratificação, não se admitindo, todavia, a ata notarial para tal finalidade, visto que de autoria do notário e não das partes convenientes.

Embora seja autônoma a cláusula em relação ao instrumento em que corporificado e até mesmo da relação em si do negócio base, não impedindo a instauração da arbitragem, declarada a nulidade em processo perante o juízo competente, isto é, o juízo estatal, a arbitragem perde seu fundamento, cessando se iniciada.

Instaurada a arbitragem com fundamento na cláusula ou compromisso, falece jurisdição para dizer da existência e da validade do instrumento em si quando lavrado por notário, dado que se trata de questão desprovida de arbitrabilidade.

A distinção entre a posição do notário como agente da prevenção de litígios, “ex ante”, prestador de serviço público, e agente da resolução de litígios, “ex post”, prestador de serviço privado, legitima sua relação com as partes antes ou após a sentença arbitral proferida, não havendo qualquer elemento de ordem subjetiva ou objetiva que leve a concluir pela dependência ou parcialidade.

O serviço público prestado na prevenção do litígio consistente na redação de escrituras públicas tem caráter obrigatório para usuários e prestador, de modo que resta ao usuário, quando muito, escolher qual notário o prestará, mas ao prestador, ao notário, não se autoriza decidir a quem irá prestar.

O serviço privado prestado na resolução do litígio consistente na prolação de sentenças arbitrais tem caráter facultativo para usuários e prestador, de modo que o usuário pode escolher entre notários e não-notários e o prestador, notário ou não, pode escolher se o atenderá ou não.

O desempenho de dever legal encerrado na função quando do exercício de atividade notarial preventiva afasta a caracterização de dependência e de parcialidade já que é cumprido de modo desinteressado ao menos quanto aos desdobramentos privados propriamente ditos, já que o notário é partidário da preservação do interesse público da supremacia da lei e não da promoção pura e simples de interesses privados que passem ao largo da legalidade nos espaços

de indiferença jurídica. É o Estado quem fala pela boca do notário no exercício da função preventiva.

Mas não é o Estado quem fala pela boca do notário no exercício de função restaurativa. São as partes que o autorizaram a tanto. O desempenho da obrigação contratual encartada na função quando do exercício de atividade notarial restaurativa não guarda qualquer vínculo com a atividade decorrente do dever legal.

O notário pode proferir sentença arbitral estando ou não no desempenho da função delegada e em qualquer caso não comparece como delegado da soberania estatal, mas da autonomia privada. Por isso, quando na função, ao proferir decisões em processos arbitrais, pratica ato notarial em sentido amplo, assim entendido tão somente por sua referência ao sujeito que o pratica, mas jamais pratica atos notariais em sentido estrito, porque não são passíveis de serem referidos ao conteúdo do praticado. Sentença arbitral, assim, não é ato de império de conformação dos interesses privados ao interesse público, mas de gestão de interesses privados em conflito.

Desse modo, o notário continua submetido aos controles correccionais mesmo que profira sentença arbitral fora da função. Mas mesmo que a profira dentro da função os atos do processo escapam a referidos controles porque falece base constitucional e legal para tanto. Como agente público, o notário deve ter comportamento condigno inclusive em sua vida privada, inclusive quando atua como árbitro fora da função, de modo que seu comportamento pode sofrer controles correccionais. Mas como árbitro, os atos do processo somente sofrem controles jurisdicionais, ainda assim para fins de controle de legalidade e não de mérito.

6. Referências.

ALEXY, R. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, A.C. Lógica – pensamento formal e argumentação – elementos para o discurso jurídico. Bauru: EDIPRO, 2000.

ARAGÃO, A.S. A autonomia universitária no estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ÁVILA, H. Teoria dos princípios (da definição à aplicação). São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROS, A.R. A teoria da soberania de Jean Bodin. São Paulo: Unimarco Editora, 2001.

BASILIO, A.T.P. e FONTES, A.R.C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: Wald, A. Arbitragem e mediação. Doutrinas essenciais. Volume 1: A arbitragem. Introdução e histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 661-245.

BASTOS, C.R. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 13.^a edição, 1990.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 9.^a edição, 2000.

CAHALI, F.J. Curso de arbitragem, mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CAMPILONGO, C.F. Função social do notariado: eficiência, confiança e imparcialidade. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J.J.G. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 3.^a edição, reimpressão, 1999.

CARRIÓ, G. Notas sobre derecho y lenguaje. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2.^a edição, 1979.

COSTA, N.C.A. Efeitos processuais da convenção de arbitragem. Campinas: Servanda Editora, 2006.

DALLARI, D.A. A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea. In: Wald, A. Arbitragem e mediação. Doutrinas essenciais. Volume 1: A arbitragem. Introdução e histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 881-895.

DWORKIN, R. A matter of principle. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1985.

DWORKIN, R. Taking rights seriously. Cambridge, Mass: Harvard Univ. Press, 1978.

FARIA, J.E. Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo: RT, 1992, 2^a edição.

FARIA, J.E. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999.

FARIA, J.E. (et. al.). Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas. São Paulo: Malheiros, 1998, 1^a edição, 2^a tiragem.

FERRAZ JUNIOR, T.S. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 1989.

FERREIRA FILHO, M.G. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 18.^a edição, 1990.

FGV (Fundação Getúlio Vargas. Escola de Direito de São Paulo. Clínica de Prática Jurídica. Prisco, C., Bauer, C., Leite, F., Valentino, G., Lannocca, G., Guimarães, L.). Cartilha de arbitragem notarial (trabalho de conclusão). São Paulo: FGV, 2023, mimeo.

FIORIN, J.L. Teoria dos signos. In: Introdução à lingüística – I. objetos teóricos. São Paulo: Contexto, 2002.

FOUCHARD, P. A arbitragem e a mundialização da economia. In: Filosofia do direito e direito econômico (que diálogo?). Lisboa: Instituto Piaget. pp. 415-430.

GADAMER, H-G. Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 2.^a edição, 1998.

GARZÓN JIMENEZ, R., GARCÍA VILLALOBOS, A.D., GARZA BANDALA, P., HERNÁNDEZ DE RUBÍN, C.R., OLIVER BUCIO, G. El notario como tercero de confianza. In: Revista mexicana de derecho. Colégio de notários do Distrito Federal. México. 2016. Número 18. pp. 95-178. Tema apresentado no XXVIII

congresso Internacional no notariado. Paris. Outubro de 2016. Anais. pp. 150-236.

GRAU, E.R. A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 3.^a edição, 1997.

GRAU, E.R. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, E.R. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998

GRAU, E.R. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2.^a edição, 1998.

GUERRERO, L.F. Convenção de arbitragem e processo arbitral. São Paulo: Atlas, 2014.

HABERMAS, J. Teoría de la acción comunicativa. Tomo I: racionalidade de la acción y racionalización social. Madrid: Taurus, 1988, 1.^a edição, reimpressão.

HIRSCHMAN, A.O. A retórica da intransigência: perversidade, futilidade, ameaça. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KEUTGEN, G. (et. al.) A ética na arbitragem jurídica. Lisboa: Instituto Piaget, 2014.

KRITSCH, R. Soberania: a construção de um conceito. São Paulo: Humanitas/Imprensa Oficial do Estado, 2002.

LARENZ, K. Metodologia da ciência do direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 3.^a edição, 1997.

LEMES, S.M.F. Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado. In: Wald, A. Arbitragem e mediação. Doutrinas essenciais. Volume 1: A arbitragem. Introdução e histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 215-245.

LEVY, F.R.L. Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORA-TAMAYO RODRIGUEZ, I. Seguridad jurídica del contrato. In: Revista de Derecho Notarial. CXVI, abril-junho, 1982, pp. 37-126.

LUHMANN, N. Legitimação pelo procedimento. Brasília: UnB, 1980.

LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, N. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MAGALHÃES, J.C. A arbitragem como forma de atuação da sociedade civil. In: Wald, A. Arbitragem e mediação. Doutrinas essenciais. Volume 1: A arbitragem. Introdução e histórico. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 959-967.

MARINONI, L.G. e MITIDIERO, D. Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 1º ao 69). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018 (Coleção comentários ao Código de Processo Civil volume I).

MAXIMILIANO, C. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 10.^a edição, 1988; e 19.^a edição, 2001.

MELLO, M.B. Teoria do fato jurídico (plano da existência). São Paulo: Saraiva, 10.^a edição, 2000.

MONTORO, A.F. Dados preliminares de lógica jurídica. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1990, mimeo.

MÜLLER, F. Discours de la méthode juridique. Paris: Presses Universitaires de France, 1.^a edição, 1996.

MUNIZ, J.P. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

MURRAY, P.L. e STÜRNER, R. The civil law notary – neutral lawyer for the situation (a comparative study on preventative justice in modern societies). Munique, Verlag C.H. Beck, 2010.

NEVES, A.C. Questão-de-facto – questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica). Coimbra: Livraria Almedina, 1967, volume I – A crise.

NINO, C.S. Introdução à análise do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

PARK, W.W. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais. In: Wald, A. Arbitragem e mediação. Doutrinas essenciais. Volume 3: Processo arbitral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 1231-1246.

PERELMAN, C. Ética e direito. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, C. Retóricas. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

PERELMAN, C. Lógica jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, C. e OLBRECHTS-TYTECA, L. Tratado da argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Y.R.C. Arbitragem notarial. Salvador: Juspodivm, 2020.

PRADO, M.G.F.A. A economia da arbitragem: uma análise dos contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

REALE, M. Teoria tridimensional do direito. São Paulo: Saraiva, 5.^a edição, 1994.

RODRIGUEZ ADRADOS, A., ROJAS MONTES, L., SOLIS VILLA, I. Necesidad social de imparcialidad del redactor del contrato. In: Revista de Derecho Notarial. CXVI, abril-junho, 1982, pp. 227-402.

ROTHENBURG, W.C. Princípios constitucionais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SANCHIS, L.P. Sobre principios y normas: problemas de razonamiento juridico. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

SARMENTO, D. A ponderação de interesses na constituição federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.^a edição, 2.^a tiragem, 2002.

SCHILF, S. Os princípios UNIDROIT, o conceito de direito e a arbitragem internacional. São Paulo: Marcial Pons/CAM-CCBC, 2015.

STOPPINO, M. Ideologia. Verbete. In: BOBBIO, N., MATTEUCCI, N., PASQUINO, G. Dicionário de política. Brasília: EDUNB, 1992, 4.^a edição, pp. 585-597.

TURA, M.A.R. Arbitragem e mediação. São Paulo: Juspodivm, 2019.

TURA, M.A.R. Agências reguladoras no Brasil. São Paulo: Arraes, 2015.

TURA, M.A.R. O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema. Separata da Revista de Informação Legislativa. Volume 41, número 163. Brasília: Senado Federal. 2004.

TURA, M.A.R. e SILVA, E.M.D. Arbitragem de investimentos estrangeiros. In: Arbitragem e administração pública (temas polêmicos). Organizado por Muniz, J.P., Bonizzi, M.J.M. e Ferreira, O.A.V.A. Ribeirão Preto: Migalhas, 2018, pp. 131-148.

VILANOVA, L. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: Max Limonad, 1997.

WARAT, L.A. O direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2.^a edição, 2.^a versão, 1995.