

*XXII Congresso Internacional de Arbitragem do CBar
(Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2023)*

O papel do(a)s árbitro(a)s para o fortalecimento dos contratos empresariais¹

Judith Martins Costa

“O árbitro vê-se face aos contratos em duas ocasiões”. A primeira, “quando se torna parte de um deles, ao ser consultado pelas Partes ou pelos demais árbitros, momento em que decide se quer/pode/deve aceitar a obrigação de julgar”. A segunda, “quando julga, interpretando-os e examinando a conduta das partes de um contrato. Decidirá, então, sobre a existência, validade e cumprimento do contrato”.

Assim o Professor Luiz Olavo Baptista, que tanto ensinou a todos nós, iniciou sua palestra em 10 de abril de 2010 no primeiro Encontro sobre Arbitragem realizado pelo Instituto de Estudos Culturalistas em Canela².

E se assim é – se o árbitro (e a árbitra) é o sujeito que contrata e decide sobre contratos – como pode se dar, *satisfatoriamente*, o desempenho desse mister indicado pela segunda ocasião em que árbitras e árbitros se defrontam com um contrato? De modo mais específico: tratando-se de contratos empresariais (e assim são, comumente, aqueles submetidos a uma decisão arbitral), com base em quais regras, *standards* e diretrizes deve o árbitro realizar, *na melhor medida possível*, o seu poder-dever de decidir e, assim, auxiliar o fortalecimento desses contratos?

Foram essas as perguntas – subjacentes ao tema que, com imensa honra e muita responsabilidade, eu devo agora desenvolver nesta inauguração do 22º Congresso Internacional de Arbitragem do CBar – que me levaram àquele encontro canelense de 2010. Foi uma data marcante para mim porque consolidou o meu ingresso na comunidade arbitral, iniciado pouco antes por convite de Eleonora Coelho, árbitra exemplar, a quem presto homenagem de admiração e reconhecimento. E têm me perturbado em busca de

¹ Agradeço enormemente a André Abbud, Presidente, e a toda a Diretoria do CBar, a honra da indicação para proferir a palestra de abertura desse importante Congresso, e a confiança no meu nome.

² BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras Anotações sobre o Árbitro e o Contrato. Entre o poder e o dever. In: Cadernos para o Debate. *O Árbitro, a Arbitragem e o Contrato*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2010, p. 47-65.

sugerir a *melhor resposta possível* à questão de saber qual é o papel de árbitros e de árbitras para o fortalecimento dos contratos empresariais.

Mas essas perguntas que eu me fiz suscitam outras, que lhes são prévias, pressupostas:

- (i) O que são os contratos, fontes dos litígios que o árbitro deve resolver?
- (ii) Como há de ser enfrentado o tríplice mister enunciado por Luiz Olavo Baptista como objeto da decisão arbitral – a existência, a validade e o cumprimento (ou, ao revés, o incumprimento) de um contrato?
- (iii) Qual será o papel do árbitro em face dos imprescindíveis processos intelectuais de interpretação, qualificação e valoração das provas concernentes a cada contrato posto sob a sua apreciação – uma vez que sem a correta qualificação, a prudente interpretação e uma justa valoração das provas não há decisão satisfatória?

Essas três perguntas anunciam os passos que agora darei.

Para começar sua resposta, digamos – em caráter ainda muito precário – que todo o contrato é fato da vida sobre o qual o Direito *incide* (“fato jurídico”) e *qualifica* segundo as suas categorias (“qualificação”), atribuindo-lhe determinados *efeitos* (“disciplina jurídica”). Por exemplo, o fato do pagamento de uma remuneração para contraprestar a prestação de determinados serviços configura, segundo o Direito brasileiro, negócio jurídico denominado *contrato de prestação de serviços*. O fato da promessa de pagar uma remuneração “em troca” da promessa de receber a titularidade de quotas ou ações representativas da participação social em uma sociedade, configura um contrato de compra e venda.

Nessas atividades há *intercâmbio*, há *atividade comunicativa e voluntária* entre as partes, expressada em práticas indicativas da existência de um *acordo* voltado, teleológica e vinculativamente, para a produção de efeitos jurídicos e há, nos contratos comerciais, a atividade movida pela *busca de lucro*. Em função desse acordo, há circulação de riqueza entre patrimônios, de modo a transformar a situação jurídico-patrimonial dos envolvidos

e a gerar, para ambos, uma legítima expectativa de cumprimento garantida pelo Ordenamento³.

Portanto, quando nos defrontamos com fatos sociais com essas características – a saber, um fato social caracterizado por um substrato econômico (a circulação interpatrimonial de riquezas), resultante de um consenso de duas ou mais partes –, aquela tarefa enunciada por Luiz Olavo – decidir sobre a existência de um contrato – terá sido dado.

Podemos saber que nossa decisão versará sobre *um contrato*, o que permite andar um passo a mais, pois então teremos qualificado juridicamente esse fato, isto é: o teremos inserido numa determinada categoria criada pela Dogmática, à qual se vincula certa disciplina jurídica.

Ultrapassado o plano da existência, chegamos aos planos da validade e da eficácia.

Para apreciar a validade de um contrato, teremos que recorrer à Lei. No Direito brasileiro, as regras legais fixam os requisitos de validade que determinarão se aquele contrato está apto a ser regido pelo Direito, produzindo os efeitos. Logo, se válido for, suscitará os fenômenos da vinculabilidade obrigacional e da sua executoriedade, pois o contrato é fonte de deveres e obrigações e sua executoriedade é protegida pela autoridade da lei.

Chegamos, assim, ao plano da eficácia. Todo contrato é um todo, um conjunto de regras, algumas estatuídas pela declaração negocial, outras pela lei, outras, enfim, extraídas do comportamento contratual. O árbitro deverá, com conhecimento técnico-jurídico; sabedoria advinda de sua prática; e com prudência, que é a virtude maior do decisor; *conjug*ar as regras contratuais, formuladas pelas partes, bem como aquelas extraídas do seu comportamento durante a execução contratual e com as disposições legais, algumas imperativas, outras dispositivas, para então contrastá-las com o conjunto probatório.

Aqui é que está o mais dificultoso trabalho de quem julga: recolher, do texto contratual, da conduta dos contratantes e dos princípios e regras legais, os efeitos que terá

³ Tive a oportunidade de anotar considerações sobre o conceito de contrato em: MARTINS-COSTA, Judith. Contratos. Conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. (Orgs.). *Teoria Geral dos Contratos*. São Paulo: Atlas-IDiP, 2011, p. 23-66.

produzido o contrato na realidade, decidindo o conflito da maneira mais proba e satisfatória às partes conforme a prova produzida.

Digo que esse é o mais dificultoso trabalho de quem julga por três motivos fundamentais.

O primeiro: todos os contratos implicam o futuro e o futuro sempre carrega surpresas. O contrato é, por natureza, um projeto, uma antecipação, feita hoje, sobre uma operação ainda não realizada, mas vista como já realizada. Frente a esse projeto, os contraentes *tomam posição na ignorância de múltiplas informações indispensáveis*, tendo razão Christian Atias ao observar que o contrato “é um dos modos de gestão da ignorância e da liberdade de usar a informação disponível”⁴. Tomam posição *e assumem riscos*, alguns esperados e prováveis, porque próprios àquele tipo contratual, outros possíveis, outros extraordinários, estando fora de sua álea normal.

Por isso, um contrato, embora tenha “força de lei”, não pode ser concebido apenas como uma lei imutável. É um projeto de futuro, insisto, e é um processo e um organismo vivo, como ensinou Karl Larenz⁵, que parte das consequências da ignorância inicial de seus sujeitos e se movimenta entre mudanças engendradas conforme – inclusive, embora não exclusivamente – o fluxo das informações liberadas por sua concreta atuação no mercado.

Por certo, o Direito limita certos efeitos dessas mudanças; do contrário, o contrato não seria um artefato funcional. É tarefa da ordem jurídica reconhecer e proteger, às partes, a *confiança na manutenção da estabilidade* necessária para assegurar a realização de suas expectativas legítimas, de modo que o contrato possa atingir o seu fim, que é o satisfatório cumprimento. Mas, sem dúvida, especialmente nos contratos duradouros no tempo, o árbitro enfrentará a tensão entre *dois vetores opostos*, dinamismo e estabilidade, o qual pode levar a impasses quando as partes não tiverem tido a cautela de pactuar cláusulas de adaptação entre o contrato e a realidade, como as cláusulas de renegociação⁶.

⁴ ATIAS, Christian. Qu'est-ce qu'un contrat? In: SPRINAR, Emmanuel (Org.) *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 19.

⁵ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1994, p. 37-38.

⁶ MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, ano 1, 2015, n. 1, p. 1285-1286; MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. Estudo de Direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020, § 9-11.

O segundo: em nenhum momento, o julgador deverá esquecer que o fato jurídico chamado contrato é um fato econômico que consigo carrega interesses e objetivos econômicos, pois a utilidade precípua desse genial artefato jurídico chamado “contrato” é viabilizar a circulação de riquezas entre patrimônios distintos – e assim *la nave va*, assim o mundo se move. No mundo globalizado, contratos são os nervos do tecido conjuntivo da economia mundial.

Sua racionalidade primeira, portanto, é econômica, é a racionalidade do negócio, e não “das partes”, como está, equivocadamente, no inc. V do art. 113 do Código Civil, importando, sem perícia, linguagem de *Law and Economics* para uma diversa trama conceitual e cultural⁷. Mas não podemos esquecer: se trata de um fato econômico que não é puro fato econômico, pois é ordenado pelo Direito, está imerso no *Nomos*, esse universo tão rico e importante quanto o *Logos*, no qual nos movemos do nosso nascimento à nossa morte.

Por isso, embora alguns economistas possam ter como o ideal-tipo de um contrato o padrão do “ótimo, completo e auto-executável”⁸, os contratos são, para o Direito, apenas “satisfatórios”, no mais das vezes, “incompletos” (no sentido de deverem ser integrados por várias fontes) e “não auto executáveis”, porque na existência de conflitos acerca de sua existência, validade e eficácia, inelutavelmente desaguarão sob crivo alheio: de um árbitro, um juiz ou um mediador.

Finalmente, *o terceiro*: toda decisão sobre um contrato, isto é, sobre as suas eficácias, depende daquele complexo processo intelectual ao qual há pouco acenei, chamado “interpretação”.

A interpretação de um contrato empresarial, de seu texto e do contexto no qual se move, há de ser feita com base em princípios gerais da hermenêutica contratual e princípios que são específicos ao fenômeno da atividade contratual empresarial⁹.

⁷ Vide NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§1º e 2º do Código Civil: Interpretação contratual a partir da lei da liberdade econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (Coords.). *Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica*. Comentários. São Paulo: Almedina, 2022, p. 277-458.

⁸ FAVEREAU, Olivier. Qu’est-ce qu’un contrat? La difficile réponse de l’économie. In: SPRINAR, Emmanuel (Org.) *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008, p. 24.

⁹ Na doutrina brasileira, vide: FORGIONI, Paula A. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, ano XLII, v. 130, abr./jun. 2003, p. 29, e, ainda, em FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais*. Teoria Geral e Aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 214-215.

Já recordei que o contrato é, concomitantemente, fato econômico e fato jurídico. Resulta, como numa sofisticada culinária, que o extremado empirismo factual, característico do Direito Comercial, é aqui “temperado” por pitadas da abstração conceitualista típica do Direito Civil, no qual traçada a disciplina jurídica das Obrigações, tendo razão Menezes Cordeiro ao assinalar que “boa parte do Direito Comercial é fragmentária, tornando-se operacional apenas graças à presença permanente das regras civis”¹⁰.

Não se pode esquecer, também, que no Direito Empresarial, os dois princípios gerais, reitores de todo o Direito Contratual – autonomia privada e boa-fé, que se encontram em relação de dialética tensão – estão polarizadas pelas noções de *empresa*, de *atividade empresarial* e de *mercado*, sendo esse o mecanismo regulador de toda a vida econômica¹¹.

Uma (a empresa) implica a finalidade de obtenção de lucro e de assunção de riscos. Outros (a atividade empresarial e o mercado) resultam em considerar na tarefa hermenêutica:

(i) o dinamismo coerente à noção de atividade empresarial (art. 966) que está no núcleo da *fattispecie empresário*¹²;

¹⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Manual de Direito Comercial*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 20.

¹¹ ASCARELLI, Tullio. Ordinamento Giuridico e Realtà Sociale. Publicado originalmente in: *Problemi Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1959. Republicado in: RODOTÀ, Stefano (Org.). *Il Diritto Privato nella Società Moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971, p. 83-93; IRTI, Natalino. *L'Ordine Giuridico del Mercato*. Roma: Laterza, 2003; RENNER, Karl. *Gli Istituti del Diritto Privato e la Loro Funzione Sociale*. Trad. italiana de Cornelia Mittendorfer. Bologna: Il Mulino, 1981, p. 49; SCHLESINGER, Pietro. I Mercati «Neri». *Rivista di Diritto Civile*, vol. 45, Padova, Cedam, 1999, p. 187-192. Na doutrina brasileira, ainda que por distintas angulações: LAMY FILHO, Alfredo. A Sociedade por Ações e a Empresa (Introdução ao Estudo). *Temas de S.A. Exposições. Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 14; GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Novo Direito Societário Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002; FORGIONI, Paula. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: da mercancia ao mercado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. Tratei do tema, incidentalmente, em MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social: entre Cosmos e Taxis: a boa-fé nas relações de consumo. In: *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹² Conferir: SALOMÃO FILHO, Calixto. A *Fattispecie* Empresário. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 11 e ss., distinguindo entre o “empresário comercial” e o “empresário não comercial”. Também sobre o tema: ENGRÁCIA ANTUNES, José. *Direito dos Contratos Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 27 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Manual de Direito Comercial*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-236; e FORGIONI, Paula. A Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil*, ano XLII, v. 130, abr./jun. 2003, p. 22-24.

(ii) o forte impacto que a *práxis* tem nesse campo, coligando imediatamente liberdade contratual, boa-fé, usos do setor e as práticas das partes. Essas, para além de criar formas contratuais e modos de comportamento e comunicação empresarial, servem para a interpretação, já que “o sistema econômico transmite suas necessidades de transformação primordialmente por meio da mudança de costumes em matéria empresarial”¹³; ainda,

(iii) a informalidade e a atipicidade, que aumentam em presença do *ambiente transfronteiras*, cosmopolita, dos contratos empresariais; o que leva a uma

(iv) contínua e dinâmica circulação/apropriação de modelos provindos da praxe internacional ou da experiência comparatista.

A essa altura, os ouvintes poderiam questionar: esses fatores não diriam respeito também a atividade do juiz estatal, ao apreciar contratos empresariais?

Teriam razão ao assim pensar, o que me leva a, prestando maior atenção ao título desta palestra, questionar: quais são as *especificidades* do papel do árbitro – e da árbitra – e não do juiz estatal ao apreciar esses contratos?

Novamente, a sabedoria de Luiz Olavo Baptista – e, também, a experiência, o amadurecimento e a reflexão sobre esse mister que tenho desenvolvido há dois lustros – vem em meu socorro.

É preciso cruzar as especificidades, diretrizes e *standards* que polarizam a apreciação dos contratos empresariais com o “estatuto do árbitro”, é dizer, as características decorrentes do poder/dever atribuído ao árbitro de decidir o litígio que opõe os contratantes. Daí resultam peculiaridades que se evidenciam na comparação com a atitude do juiz estatal e variam quando a arbitragem é local ou quando é internacional.

No contraste com o *juiz estatal*, várias são as diferenças.

A *primeira* delas: o árbitro, quando bem escolhido pelas partes, é um especialista na matéria objeto da arbitragem. Como especialista, deve conhecer no detalhe os aspectos envolvidos, por exemplo, num contrato de construção, ou numa operação de M&A. As

¹³ SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Fattispecie* Empresário. *Revista do Advogado*, ano XXVIII, n. 96, mar. 2008, p. 13.

partes não esperam que o árbitro resolva a questão técnica de engenharia ou dúvidas estratégicas envolvidas numa fusão ou alienação de participações sociais, “mas querem que o árbitro saiba do que elas estão falando, pois, essa questão tem que ver com a existência, ou inexistência de um fato, cujas consequências jurídicas estão em causa”¹⁴. O que a arbitragem tem de “poderoso” – o adjetivo é de José Emilio Nunes Pinto, e eu o cito: “é ser um foro especializado para discussão de questões e cadeias contratuais específicas e complexas”¹⁵.

O juiz, ao revés, é, em regra, um generalista: deve decidir sobre todo e qualquer tema de todo e qualquer “ramo do Direito”. Mesmo se já tiver chegado a um Tribunal, estando alocado em uma Câmara ou Turma Cível, terá para julgar, muitas vezes, toda a imensa vastidão do Direito Privado, problema que é minimizado, é bem verdade, nos Tribunais que dispõem de câmaras empresariais.

A *segunda* está no espaço para a criação. Aqui há um curioso paradoxo. O árbitro é *mais livre* que o juiz para criar normas de procedimento, pois não está atado a um código processual, podendo contar com maior dose de flexibilidade, desde que firmemente observado o devido processo, o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e seu livre convencimento, como está no art. 21, § 2º da Lei da Arbitragem, evitando, com sabedoria, o *due process paranoia* que o congela no aspecto procedimental. Em vista dessa maior flexibilidade, deve, ao decidir sobre contratos comerciais, levar em conta necessidades práticas, tais quais o custo que a perda de oportunidades comerciais terá às partes.

Pode, por exemplo, em caso seja conveniente, bifurcar o procedimento para logo decidir uma arguição de ausência de jurisdição e resolver questões preliminares sobre, por exemplo, prescrição ou decadência ou o alcance de certa quitação, propondo às partes “soluções fora da caixa” que impliquem agilidade na gestão do procedimento, como recomenda Pedro Batista Martins¹⁶.

¹⁴ BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras Anotações sobre o Árbitro e o Contrato. Entre o poder e o dever. In: Cadernos para o Debate. *O Árbitro, a Arbitragem e o Contrato*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2010, p. 60-61.

¹⁵ NUNES PINTO, José Emilio. *A importância da ética na arbitragem*. Publicado em: Ambitojuridico.com.br, em 26.06.2011.

¹⁶ Assim recomenda MARTINS, Pedro Batista. A função do árbitro na visão do próprio árbitro. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 169. Igualmente, Carlos Alberto Carmona, para quem “o árbitro estará livre para

Pode, em outro exemplo, estimular a mediação no curso do procedimento, visando a celeridade e a diminuição dos custos, como recorda Marcelo Ferro¹⁷. Creio ser esse um dever substancial, e não apenas formal – concitar as partes ao encontro de uma solução convencional, pois ninguém, melhor do que as partes, para decidir sobre os seus próprios interesses.

E, se for um bom árbitro, buscará formas de minimizar eventuais exacerbações adversariais, instando à adoção de uma conduta cooperativa para que o litígio chegue ao melhor fim possível. Sempre firmemente guiado por padrões éticos, sem os quais nada pode funcionar bem, poderá incitar as partes a que comprovem adequadamente o dano alegado, poderá mesmo pedir provas, a fim de evitar liquidações longevas. Em relação a um contrato empresarial, a solução tardia será sempre uma má-solução e a melhor – não tenho dúvidas – será aquela alcançada pelo consenso das partes. Essas atitudes resultam em celeridade e, nas relações comerciais, mais do que em quaisquer outras, “*time is money*”.

Diferentemente será na aplicação do direito material. Nessa seara, o juiz, mais facilmente – até mesmo pelas severas garantias de imunidade e pelo fato de integrar um sistema processual em que a profusão de recursos e instâncias de revisão controlam a sua decisão – tem maior dose de liberdade para criar uma solução, embora não haja, é claro, liberdade para decidir contrariamente ao direito.

Já o árbitro está mais preso à previsibilidade, à segurança jurídica, até porque, devendo fazer com que sua sentença seja exequível, esquivando-se da anulação, deve ser movido pela prudência. Esta o faz “resolver questões por uma interpretação sem ousadias ou heterodoxias jurídicas”¹⁸, e firmemente ancorada no Direito positivo.

A *terceira* está na circunstância de, habitualmente, o árbitro integrar um painel. Ao contrário do que comumente ocorre num juízo estatal, três decisores estarão a atuar desde o início do procedimento, o que é uma grande vantagem, pois serão três cabeças,

empregar as regras que julgar convenientes à solução da controvérsia, devendo zelar apenas para que não sejam desrespeitadas as garantias do devido processo legal” (CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 293-296).

¹⁷ A sugestão é de FERRO, Marcelo. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 179.

¹⁸ BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras Anotações sobre o Árbitro e o Contrato. Entre o poder e o dever. In. Cadernos para o Debate. *O Árbitro, a Arbitragem e o Contrato*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2010, p. 62.

três distintas experiências, a pensar conjuntamente. É da maior relevância considerar a colegialidade das decisões, a colaboração conjunta em vista do melhor desenvolvimento do procedimento. Se estiver na posição de árbitro presidente, deve ouvir, buscar a experiência e o conhecimento alheios; se estiver na posição de co-árbitro, não deve ter medo – ou a preguiça – de suscitar questões, propor soluções a serem obtidas, incitar à celeridade.

A *quarta* está na imperiosa necessidade de explicitar, com clareza, diligência, acessibilidade e força de convencimento, as razões de sua decisão. Embora o princípio da motivação valha para juízes e árbitros, estes têm o dever de ser o mais possível claros, expondo em detalhes as razões do seu convencimento.

Para a parte vencida, especialmente, “é essencial que a sentença mostre que não só seus argumentos foram ouvidos, examinados e pesados, como possa compreender as razões pelas quais não conseguiu fazer prevalecer o seu ponto de vista”¹⁹. Se é impossível estabelecer uma interpretação “verdadeira”, ensinou Aurelio Gentile, é sempre possível proceder a uma leitura “correta” e, frequentemente, há uma que é *mais correta* do que as outras: as justificações são comparáveis e a interpretação correta de um texto contratual é aquela que melhor pode justificá-la²⁰.

Também na comparação entre a arbitragem local e a internacional há especificidades a serem consideradas.

Na arbitragem local, a lei aplicável é aquela indicada pelas partes, normalmente a *lex loci*. Supõe-se que o árbitro – normalmente um jurista – conheça o direito positivo de seu país, acompanhe a jurisprudência, tenha familiaridade com a doutrina autorizada²¹. Conhecerá os significados semânticos dos conceitos a serem aplicados, pois decidirá com base em uma linguagem e em princípios e regras afeitos ao seu meio-ambiente cultural.

¹⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Primeiras Anotações sobre o Árbitro e o Contrato. Entre o poder e o dever. In. Cadernos para o Debate. *O Árbitro, a Arbitragem e o Contrato*. Canela: Instituto de Estudos Culturalistas, 2010, p. 63.

²⁰ Vide GENTILI, Aurelio. *Senso e Consenso*. Storia, teoria e técnica dell'interpretazione. Vol. I. Torino: Giappichelli, 2015, p. 54.

²¹ NUNES PINTO, José Emilio. O Árbitro deve decidir. *Migalhas*, publicado em 06.09.2003. Disponível em: <www.migalhas.com.br/depeso/2457/o-arbitro-deve-decidir>. Acesso em 11.09.2023. Observa, certamente: “Ser árbitro não é engajar-se numa nova profissão. Ninguém é árbitro por profissão. Árbitro é uma atividade circunstancial de um profissional capaz de atrair para si a confiança das partes, e essa confiança, como já se disse, decorre de sua competência profissional, independência declarada e a certeza de que atuará com total imparcialidade. O árbitro deve, no exercício da função, colocar à disposição da solução da controvérsia toda a sua competência profissional”.

Na arbitragem internacional, o trabalho é mais árduo, exigindo muito estudo e humildade intelectual. Não é porque conhece o idioma estrangeiro que dominará os seus conceitos jurídicos. Não é por ter acesso à legislação aplicável que dominará o seu sistema. Embora as representações mentais sejam individuais, e os seus signos são – devem ser – intersubjetivos, pois estão ancorados na linguagem, em códigos comunicativos compartilháveis, será preciso ter clareza sobre os códigos comunicativos. É que esses são *culturalmente* determinados e uma mesma palavra (signo) frequentemente estampa significados diversos. E a divergência normativa implica incerteza, aumenta os conflitos e os custos e não facilita o intercâmbio comercial²².

O bom árbitro deverá, assim, principalmente quando em jogo a apreciação de causa envolvente de empresas transnacionais, que estão sujeitas a conflitos em diversas jurisdições, exercer o que já foi apodado de “reconciliação ecumênica de tradições culturais”²³, promovendo, em especial naqueles temas objeto da praxe internacional, uma função de relativa harmonização, sendo conhecido o fenômeno difuso de “aculturação jurídica”²⁴.

Esse fenômeno resulta da adoção reiterada de práticas e soluções convergentes, versando sobretudo sobre os contratos comerciais – não me desmentem as cláusulas de *take or pay*, *hardship*, *tag along*, *break up fee*, *wash-out* e *cross default*, entre outras, que hoje incubam até mesmo os contratos de direito interno.

O conhecimento das diferentes tradições culturais, adverte com razão Daniel Gruenbaum, “é parte da expertise que forma o ‘capital simbólico’ dos árbitros”²⁵ que, desse modo, estarão mais aptos a interpretar o contrato sob um enfoque cosmopolita e comparatista. O árbitro deve “manter a mente aberta, sem quaisquer ideias pré-concebidas

²² GRUENBAUM, Daniel. A função do árbitro na visão do usuário recorrente. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 299.

²³ Assim Gruenbaum, reproduzindo, em contexto de arbitragem, uma expressão de Pierre Bourdieu (GRUENBAUM, Daniel. A função do árbitro na visão do usuário recorrente. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 231). Analisa essa questão, sob o ponto de vista do Direito Comparado: PARGENDLER, Mariana. *A Evolução do Direito Societário: lições do Brasil*. São Paulo, Saraiva, 2013.

²⁴ Nesse tópico, talvez os árbitros brasileiros tenham particular facilidade, pois é historicamente recorrente, entre nós, o fenômeno do sincretismo jurídico. Vide, a propósito do Direito Societário, a importante tese de PARGENDLER, Mariana. *Evolução do direito societário: lições do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ GRUENBAUM, Daniel. A função do árbitro na visão do usuário recorrente. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 233, referindo a clássica categoria proposta por BOURDIEU, Pierre. *Raisons Pratiques: pour une théorie de l'action*. Paris: Ed. Du Seuil, 1994, p. 160-161.

de diversas tradições legais, idiomas das partes e estilo de seus advogados porque, como disse em bela e verdadeira frase Mathieu de Boisséson, “todos nós devemos muito ao que não somos”²⁶.

É tempo de finalizar essas reflexões. Penso ser verdadeiro, mas *insuficiente*, aquele chavão segundo o qual uma arbitragem vale o que vale o árbitro. A arbitragem vale o que vale o *conjunto dos agentes* nela envolvidos – árbitros, partes, peritos, entidade arbitral que a organiza. Mas, sem dúvida, são os árbitros, dentre todos esses atores, os detentores do proscênio. Como bem disse José Emilio Nunes Pinto, “Ele é o centro de todo o procedimento e seu desempenho determina o resultado da solução da controvérsia”. Portanto, é o detentor das chaves de uma atuação que poderá fortalecer ou enfraquecer, dependendo de sua conduta antes, durante e depois de findo o procedimento, os contratos comerciais.

Muito obrigada!

²⁶ BOISSÉSON, Mathieu de. Tensões entre árbitros e partes na condução do procedimento arbitral. In: GUANDALINI, Bruno; ELIAS, Carlos Eduardo Stefen (Orgs.) *A função do árbitro no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2022, p. 395.