

CARLOS ALBERTO CARMONA

FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Separata da Obra

*“III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa
(Centro de Arbitragem Comercial)”*

ALMEDINA – COIMBRA 2010

FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

CARLOS ALBERTO CARMONA*

1. Flexibilizar, ensinam os dicionaristas, significa tornar suave, dócil, fácil de manejar, ou seja, tornar complacente, acomodatório, permeável a variações.¹ Um procedimento flexível, portanto, deverá ser dotado de mecanismos que permitam seu fácil manejo, com adaptações necessárias ao seu adequado funcionamento. Que variações seriam essas? Quais os limites de complacência toleráveis?

2. Estas perguntas têm sido respondidas com dose maior ou menor de rigor pelos processualistas. Há quem veja no procedimento pré-determinado pelas leis do processo uma garantia pétrea do devido processo legal, não admitindo qualquer interferência do magistrado no manejo do encadeamento traçado pela lei e na forma predisposta pelo regramento, sob pena dos mais diversos níveis de nulidade (*lato sensu*). Naturalmente, esta visão – medievalista – não encontra guarida nos ordenamentos evoluídos, que trabalham, quase todos, com a idéia de que não pode haver nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), guiando o princípio

* Professor Doutor do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Advogado em São Paulo

¹ O Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa Caldas Aulete (Ed. Delta, Rio de Janeiro, 1974, vol. 2, p. 1616) avisa que flexibilizar significa "tornar flexível". Para o adjetivo "flexível" o mesmo Dicionário aponta os seguintes sentidos: "fácil de dobrar ou curvar sem quebrar"; "suave, ágil, fácil de manejar, que se presta a variar de tom, de modo, de jeito, de feição"; figurativamente, afirma que o adjetivo significa "complacente, condescendente, acomodatório, dócil".

da instrumentalidade a verdadeira pedra de toque de todo o arcabouço processual².

3. Deixando de lado o radicalismo fetichista, cumpre reconhecer, porém, que ainda há exagerado apego aos ritos processuais, o que exige do juiz grande esforço para adequar a realidade e a necessidade do processo às formas previstas na lei, que normalmente não acompanham a rápida transformação da realidade social. Dito de outro modo, os meios e métodos para a outorga da tutela jurisdicional são incrementados, seja por conta de avanços tecnológicos (que hoje são rápidos) seja por conta da experiência de outros países e de outros sistemas jurídicos (igualmente divulgados com extrema velocidade). Basta pensar no que ocorreu na última década no que toca os meios de prova (que hoje encontram tais e tantas variações que código algum conseguiria descrevê-los com precisão), as tutelas emergenciais (que cada dia exigem mais pressa e mais eficácia), os meios de comunicação às partes dos atos processuais (exigindo velocidade e segurança nas citações e intimações), ou ainda os métodos integrados de apresentação de petições (cada vez mais eficazes, com o concurso de vias eletrônicas, evitando a necessidade do comparecimento de partes e advogados nos tribunais), para estabelecer uma pálida idéia da rapidez com que envelhecem as normas do processo.

4. Por conta da facilidade de divulgação de informações e dado o irreversível movimento de globalização a que estamos todos submetidos, a interferência dos ordenamentos jurídicos passou a ser lugar comum. O acesso a informações sobre a tramitação de um processo judicial noatorquino por um colombiano é feito em tempo real e um português pode saber exatamente o que está acontecendo hoje num determinado processo em curso em qualquer dos tribunais brasileiros, bastando para tanto uma simples consulta por meio da rede mundial de computadores. Os códigos de processo estão todos à disposição dos interessados em meio eletrônico e os textos são atualizados tão logo os parlamentos implantam modificações. Todos podem saber tudo com relativa facilidade,

² O princípio da instrumentalidade das formas, em linhas simples, determina que não sejam anulados os atos imperfeitos se o objetivo tiver sido atingido. Aos brasileiros, tal princípio é muito caro, e vem positivado, por exemplo, nos artigos 244 e 249, parágr. 1º, do Código de Processo Civil.

o que significa que o conhecimento e a divulgação das mais variadas técnicas processuais é rápida, muito rápida.

5. O preço desta plétora de informações, entretanto, faz-se sentir pesadamente: os países desenvolvidos, que têm sempre maior expressão midiática, econômica, social e política, acabam apregoando com eficiência muitos de seus mecanismos processuais. O domínio econômico espraia-se no campo científico, e métodos pouco conhecidos em países menos desenvolvidos são paulatinamente incorporados ao seu acervo intelectual e científico (mas não necessariamente legal). Países em desenvolvimento (vou usar este simpático eufemismo para designar países subdesenvolvidos) em toda a América Latina, por exemplo, conhecem hoje com alguma proficiência métodos de descoberta da verdade (mecanismos de prova do processo) como o *discovery*, o *cross questioning*, o interrogatório de especialistas (*expert witnesses*) e os depoimentos escritos (*written statements*), embora tais métodos não estejam integrados em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

6. O exemplo do Brasil é sintomático: embora tenha legislação processual bem estruturada e relativamente moderna, o país mantém-se alheado dos mecanismos típicos dos países de *Common Law* (como estes que citei acima), embora o advogado médio seja capaz de entender (ainda que de modo aproximativo) o funcionamento deles. Assim, juízes mais dogmáticos apegam-se à letra do Código de Processo Civil, como se não tivessem a menor possibilidade de adaptar o fluxo de atos processuais (*rito*, para usar nomenclatura antiga) para melhor servir aos interesses das partes (que querem o meio mais eficaz de resolver-lhes um conflito) e do Estado (que quer o meio mais rápido, seguro e econômico de entregar a prestação jurisdicional)³.

³ Faço eco à advertência de José Roberto dos Santos Bedaque (Efetividade do Processo e Técnica Processual, Ed. Malheiros, São Paulo, 2007, p. 43): "A má compreensão da técnica processual e da exata função da forma dos atos processuais tem impedido que o processo alcance seu objetivo maior. Estabeleceu-se verdadeiro paradoxo, pois aquilo que deveria representar garantia para o desenvolvimento adequado do instrumento acabou por transformar-se em óbice a que ele atinja seus escopos de atuação da lei e pacificação social".

7. O juiz – diz o art. 125 do Código de Processo Civil brasileiro – deve dirigir o processo “conforme as disposições deste Código”, o que pode gerar a impressão (errônea) de engessamento do magistrado. Entretanto, por vezes tem o operador a impressão de que o juiz procura seguir à risca o direito posto, para evitar concorrer para a instabilidade das relações jurídicas entre as partes. Este proceder – titubeante, tímido, hesitante – não pode ser incentivado quando se busca um processo de resultados. A interpretação gramatical (e aplicação automática) de normas de procedimento, cujo envelhecimento é sempre galopante em qualquer ordenamento jurídico, é um equívoco imperdoável e o juiz que age de modo tão conservador erra por medo de errar. As normas processuais, portanto, exigem arejamento diário. É certo, porém, que os juizes estatais não são estimulados a mitigar as regras do processo: para alguns, adaptar os dispositivos do Código de Processo pode soar como arbítrio, tornando o juiz um verdadeiro legislador (*judge made law*)⁴. Em última análise, pode-se constatar que o sistema processual estatal não acompanhou as necessidades sociais, deixando de preparar-se para a solução rápida, simplificada e eficaz das novas situações jurídicas, que exigem prestação jurisdicional mais qualificada.⁵

8. O Código de Processo Civil português, desde 1996, contempla norma que parece incentivar o juiz a adaptar o procedimento ao caso concreto, na linha do princípio da instrumentalidade tão cara aos brasileiros: com efeito, o art. 265-A daquele Código dispõe que “quando a

⁴ Cândido R. Dinamarco (Nova Era do Processo Civil, Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, p. 24-26) lembra, em página inspirada, que estamos vivendo uma era de renúncia aos dogmas do processo, o que tende a mitigar o rigor dos princípios (em certos casos) “para harmonizá-los com os objetivos superiores a realizar (*acesso à justiça*)”. É verdade. Mas tal mitigação vem sendo levada a efeito de modo muito lerdo no ambiente judiciário, de forma a causar frustração nos operadores, que esperam sempre arejamento rápido das formas do processo, de acordo com a necessidade dos tempos modernos. Em minha percepção, o Poder Judiciário é excessivamente lento em dar respostas eficientes às necessidades dos tempos que correm.

⁵ Paula Costa e Silva (A Nova Face da Justiça, Coimbra Ed., Lisboa, 2009, p. 19), aponta, com razão, uma inversão dos paradigmas na justiça, afirmando que “o direito de acesso ao Direito, pilar fundamental do Estado de Direito, vem sofrendo profundas transformações”. E conclui: “Deixou de ser um direito de acesso ao Direito através do direito de acesso aos tribunais para passar a ser um direito de acesso ao direito, de preferência sem contacto ou sem passagem pelos tribunais”.

tramitação processual prevista na lei não se adequar às especificidades da causa, deve o juiz oficiosamente, ouvidas as partes, determinar a prática de actos que melhor se ajustem ao fim do processo, bem como as necessárias adaptações”. Prestigiu o legislador português o princípio da **adequação formal** e, apesar das discussões que se travaram em torno da redação do dispositivo (que parece condicionar eventual flexibilização ao consentimento das partes) nota-se o evidente avanço legislativo, que reconhece e estimula a possibilidade de o juiz apartar-se do rígido regime de legalidade das formas processuais que pode embaraçar os magistrados. A exposição de motivos da lei que modificou o Código de Processo Civil português para encartar o princípio da adequação formal (art. 265-A) declara enfaticamente a necessidade de instituir um modelo de concisão e simplicidade, apto a funcionar “como meio de ser alcançada a verdade material pela aplicação do direito substantivo, e não como estereótipo autista que a si próprio se contempla e impede que seja perseguida a justiça”. Resta saber, é claro, que utilização deram (e darão) os juizes portugueses a tão potente fator de instrumentalização das formas e do processo.

9. Como se vê, no âmbito judiciário as amarras do procedimento legal podem ser afrouxadas, com um pouco de boa-vontade, criatividade e bom senso. Tudo, porém, girará em torno da maior ou menor capacidade do magistrado de entender os escopos do processo e de sua maior ou menor capacidade de instrumentalizar as formas. É certo, porém, que o processo, diante do interesse do Estado na solução das controvérsias, não deixará ao alvedrio das partes ou do juiz a construção do itinerário processual do caso concreto. Em outros termos, a adaptação e acomodação que se pode permitir ao juiz é sempre mitigada, estando o magistrado autorizado a moldar as regras procedimentais quando perceber que o *iter* legal será inútil ou inadequado aos fins do próprio processo.⁶

10. Se no processo estatal a flexibilização do procedimento é conseqüida a duras penas, creio que em sede de arbitragem o tema possa – e deva – ter tratamento bem mais ventilado.

⁶ Vide, sobre o tema da flexibilidade do procedimento, especialmente no âmbito do processo estatal, a bem elaborada tese de doutoramento de Fernando da Fonseca Gajardoni, publicada sob o título Flexibilização Procedimental (Ed. Atlas, São Paulo, 2008).

do árbitro. O árbitro é um **julgador**, não um conciliador. Assim, perdem-se em conjecturas aqueles que supõem que os árbitros devam aplicar a lei de forma diferente em relação ao que fariam os juízes estatais. Os árbitros, por serem **juízes qualificados**, terão oportunidade de estudar melhor o caso, avaliar melhor as provas, perquirir melhor as normas jurídicas que regem a espécie e terão oportunidade de fazer um bom julgamento. Um bom juiz – se fosse especializado e se pudesse dedicar-se de corpo e alma a uma causa específica ao invés de decidir centenas delas – provavelmente faria o mesmo. Os **métodos**, como se vê, podem ser diferentes – e realmente são! – mas a **função** de árbitros e juízes é substancialmente a mesma.

13. Diferentemente do que ocorre no processo estatal, em sede arbitral deve existir **consenso**: independentemente da natureza que se queira atribuir a tal meio de solução de litígios,⁸ não se pode negar que é o consenso das partes, manifestado em um negócio jurídico processual (a convenção de arbitragem) que relira a competência do juiz natural, estatal (no Brasil, vale lembrar, não existe arbitragem obrigatória). Assim, quando as partes decidem que não querem ver resolvida controvérsia presente (compromisso arbitral) ou futura (cláusula compromissória) pelo juiz estatal, podem desde logo estabelecer o procedimento que os árbitros empregarão para a tutela jurisdicional. Podem, portanto, criar um procedimento, reportar-se a um procedimento de órgão arbitral institucional, adotar um procedimento legal estrangeiro ou até mesmo deixar ao alvedrio do árbitro regular o procedimento mais adequado ao caso em espécie. Tudo orbita, portanto, ao redor da autonomia da vontade dos litigantes. E é justamente a respeito de um dos aspectos desta autonomia da vontade – a escolha do procedimento para a solução da controvérsia – que quero tecer minhas considerações.

14. É relativamente raro que as partes, na convenção de arbitragem, **criem** um procedimento. Na cláusula compromissória, efetivamente, a criação de um procedimento *ad hoc* seria pouco prática, já que as partes não sabem qual poderá ser o futuro e eventual conflito em que se envol-

11. Aqueles que pretendem utilizar a arbitragem como mecanismo de solução de litígios querem, antes de mais nada, livrar-se do peso da máquina estatal. Já disse Bruno Oppetit⁷ que entre a justiça arbitral e a estatal haveria **diversidade** de vias e meios, mas **unidade** funcional. De fato, o notável professor de Paris, em síntese feliz, apontou diferenças específicas entre a arbitragem e a justiça estatal, que convém sempre ter em mente. Pinço algumas delas para melhor expor meu ponto de vista: a) enquanto a arbitragem é voluntária, decorrendo da autonomia da vontade dos litigantes, a justiça estatal submete a todos; b) os terceiros, não signatários do acordo de arbitragem, não podem ser obrigados a submeter-se ao tribunal arbitral; c) o árbitro possui a *jurisdicção*, mas não o *imperium*, de modo que não pode executar suas próprias decisões; d) o processo arbitral não é público; e) a arbitragem não é gratuita, não atuando ali os serviços estatais de defensoria; f) a jurisprudentia arbitral não tem efeito vinculante para os árbitros; g) a decisão arbitral é, via de regra, irrecorrível.

12. As diferenças entre os dois métodos de solução de litígios – o processo estatal e o processo arbitral – não podem, porém, criar expectativas exageradas a favor do segundo em detrimento do primeiro. Explico: quando as partes resolvem libertar-se das peias do processo estatal e optam pela arbitragem não estão criando um método livre de solução de disputas, que tenha diferença ontológica em relação àquele oferecido pelo Estado. Querem as partes, sim, um mecanismos mais flexível de solução de controvérsias, mas isso não significa que os árbitros devam transformar-se em verdadeiros profetas à procura do justo, do bom e do equo, afastando-se dos sistemas legislativos. Se as partes não derem aos árbitros o poder de julgar por **equidade**, esperam os contêndes que os julgadores profiram uma solução que aplique a norma jurídica que deveria ter regulado fisiologicamente a espécie. É preciso tomar um certo cuidado com visões românticas, que imaginam que o árbitro tenha a função primordial de harmonizar as partes, organizar suas relações futuras, encontrar pontos de convergência ou conduzir os litigantes a um acordo. Não é isso o que se espera da arbitragem. Não é essa a função

⁷ Teoría del Arbitraje, tradução de Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza e José Joaquín Caicedo Demoulin, Legis Ed., Bogotá, 2006, p. 63-67.

⁸ A doutrina ainda continua a debater sobre a natureza jurisdicional ou contratual da arbitragem. Minha visão, como fica claro neste ensaio, é nitidamente jurisdicionalista.

verão, de modo que imaginar um procedimento fluente não parece uma boa idéia; no compromisso, provavelmente as partes já estarão de tal modo indispostas que dificilmente haverá clima propício para criar regras que possam satisfazer plenamente ambos os contendentes. Reportar-se a uma lei estrangeira também não é uma prática comum (eu mesmo nunca vi ou ouvi relato de que alguém tenha feito tal escolha), embora – como disse – a autonomia das partes permita até mesmo a escolha de um procedimento regulado por lei estrangeira para reger uma arbitragem.

15. Restam, pois, as alternativas mais frequentes: a primeira é a permissão para que o árbitro adote o procedimento que lhe parecer mais adequado para o caso concreto; a segunda é a escolha de procedimento constante do regulamento de algum órgão arbitral institucional.

16. A outorga ao árbitro de amplos poderes para gerenciar o procedimento adequado ao caso concreto deixa as partes em situação de insegurança: não terão parâmetro algum, antes do início do procedimento arbitral, para eventualmente estudar as táticas que adotarão durante a refrega. O árbitro, portanto, poderá escolher procedimento inesperado e surpreendente para ambas as partes, deixando-as igualmente insatisfeitas. Imagine-se que as partes tenham como provável que o árbitro edite uma fórmula conhecida de organização de atos processuais com a divisão bem demarcada do procedimento (petição inicial, contestação, réplica, tréplica, saneamento, instrução e decisão): nada o impedirá – se as partes de antemão lhe outorgarem o poder criativo – de optar por solução diferente (algo como alegações iniciais simultâneas, respostas simultâneas, audiência de discussão das provas a serem produzidas, instrução, audiência de sustentação oral de razões finais e decisão). A outorga ao árbitro de poderes para decidir sobre o procedimento a ser adotado, como se vê, é escolha arriscada, que pode chamuscar os litigantes.

17. A fórmula mais usada no que toca a escolha do procedimento arbitral é a adoção das regras de um órgão arbitral institucional.

18. Evidentemente a escolha não está isenta de acidentes. Não é incomum que as partes decidam aplicar as regras de um órgão arbitral a uma arbitragem *ad hoc* ou então decidam utilizar as regras criadas por uma entidade para processar uma arbitragem em outro centro arbitral.

Os problemas decorrentes de tal escolha são intuitivos: quantas vezes já não se viu a escolha das regras da Câmara de Comércio Internacional (CCI) para aplicação em outro órgão institucional cuja estrutura administrativa não pode (ou não está preparada para) exercer as funções previstas para a Corte ou para o Secretário Geral; quantas vezes já não se viu a perplexidade das partes no momento de submeter o laudo arbitral a exame prévio (escrutínio, nos termos do Regulamento da CCI), atividade que a maior parte das câmaras ou centro de arbitragem não exerce (ou não está preparada para exercer); quantas vezes já não se viu impasse para identificar quem deve decidir sobre impugnação de algum árbitro, quando o órgão arbitral escolhido não tenha algo parecido com a “Corte” da CCI, que detém tal função. É fácil perceber, portanto, que a escolha de um regulamento para aplicação fora da entidade que o criou pode trazer estorvos para o andamento normal do processo arbitral, obrigando os árbitros a adequar, alterar ou até mesmo desconsiderar parcialmente procedimento regulamentar escolhido.

19. Resta analisar a última hipótese, que pode ser dita **fisiológica**, de escolha pelas partes do procedimento criado pelo próprio órgão encarregado de administrar a arbitragem. Ainda assim, ninguém imaginará que os regulamentos arbitrais, mesmo das entidades mais tradicionais e melhor estruturadas, possam ser completos. Bem pelo contrário: se a entidade for voltada à arbitragem comercial internacional, certamente o regulamento será muito aberto e vago a respeito do procedimento, de molde a atrair litigantes de várias origens e afeitos a sistemas jurídicos diferentes. Não se espera, portanto, que os regulamentos tratem minuciosamente de atos do processo arbitral, prazos, preclusões, impugnações, exceções e de toda a parafarnália que cerca os códigos de processo, criados para utilização genérica perante juízes não escolhidos pelos litigantes.

20. Quando o árbitro estiver autorizado pelas partes a idealizar o procedimento adequado para o caso concreto, sua liberdade criativa será naturalmente muito larga. Quer isso dizer que, respeitados os cânones do devido processo legal (imparcialidade, contraditório, igualdade das partes) poderá o julgador estabelecer as balizas do procedimento. Não se exige que o árbitro, tendo a liberdade de criar o procedimento, ancore suas escolhas nesta ou naquela lei processual. É um equívoco imaginar que a única fórmula “garantística” do processo seja aquela conhecida em

determinada coletividade e espelhada – pelo menos nos sistemas de *Civil Law* – num código ou lei de processo. É evidente que há uma razoável quantidade de métodos e técnicas úteis para a realização dos escopos do processo (escopo jurídico, social, político) e que não são incorporadas por esta ou por aquela lei nacional. Na arbitragem os mesmos escopos do processo estatal são visíveis e alcançáveis com fórmulas muitas vezes bem mais ágeis (e diferentes) do que aquelas escolhidas por um determinado Estado.

21. Nada impediria um árbitro, que tenha recebido das partes o poder de estabelecer o procedimento a ser adotado na solução da controvérsia, de valer-se amplamente de técnicas que a lei local (*a lex fori*, ou seja, a lei do lugar em que a arbitragem estiver sendo processada) não contemple, técnicas essas de que as partes eventualmente (provavelmente, diria eu) não cogitaram.

22. Tendo porém as partes escolhido expressamente o procedimento a ser empregado, podem os árbitros flexibilizá-lo? A resposta tem que ser afirmativa.

23. Preliminarmente, como já anotei, pode acontecer que o procedimento escolhido apresente algumas incompatibilidades com o órgão arbitral que administre a arbitragem (ou com a falta de estrutura de uma arbitragem *ad hoc*). É razoável (*rectius*, necessário) que as regras incompatíveis sejam afastadas ou adaptadas às possibilidades da entidade que organiza a arbitragem ou às possibilidades dos árbitros quando não houver entidade responsável pela administração do procedimento. Isto ocorrerá sempre que o regulamento escolhido determinar alguma função para conselhos, secretarias ou para a presidência do órgão administrador da arbitragem. O regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por exemplo, prevê (art. 6.4) que o incidente de remoção de árbitro suscitado pela parte que entenda ser algum dos julgadores impedido ou suspeito, seja julgado por um comitê designado pelo presidente do Centro e formado por três membros do corpo de árbitros da entidade: se a arbitragem for *ad hoc* e houver previsão para a aplicação de tal regulamento, a regra deverá ser ignorada, pois não poderá ser implementada. O mesmo pode-se dizer se a regra procedimental escolhida for o Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e

Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial), cujo art. 11º, parágr. 3º, atribui ao presidente do Centro a competência para apreciar o incidente de recusa de árbitro por conta de dúvida quanto à sua independência ou imparcialidade.

24. Mas mesmo quando a arbitragem for institucional e estiverem os árbitros aplicando o regulamento da entidade, haverá necessidade de amoldar o procedimento, não podendo os árbitros padecer de verdadeira artrose processual.

25. Nenhum órgão arbitral atreveu-se a criar um procedimento nos moldes de um código de processo. Certamente, se algum viesse a fazê-lo, desapareceria rapidamente por falta de causas, pois o que as partes querem quando escolhem a arbitragem como via de solução de conflitos é evitar o complexo mecanismo estatal e suas superestruturas burocráticas. A consequência inevitável da simplificação é a ausência de solução para muitos dos problemas surgidos durante o procedimento da arbitragem, obrigando o árbitro a encontrar paradigmas para resolvê-los.

26. Há quem sustente que a fonte natural para a integração das regras lacunosas será a lei processual.⁹ Não creio nisto. Deve o árbitro orientar-se pelos princípios do direito processual, não por qualquer lei processual. Se isto vale para a arbitragem doméstica, com maior razão serve para a arbitragem internacional, onde muitas vezes não há lei processual alguma a consultar, já que a “sede” da arbitragem por vezes não tem qualquer elemento de conexão com as partes ou com a questão em disputa (“sede” neutra).

27. A flexibilização do procedimento arbitral é ferramenta poderosa para instrumentalizar até mesmo procedimentos razoavelmente completos. Quero com isso dizer que, independentemente de autorização das partes, não há nada que impeça os árbitros de alterar o modelo legal conhecido pelos contendentes (ou contemplado nas regras institucionais adotadas) substituindo-o por regras mais elásticas e adequadas ao caso concreto, aptas a auxiliar os julgadores a melhor decidir (princípio da

⁹ Vide, neste sentido, Elio Fazzalari, *L'Arbitrato*, UTET, Torino, 1997, p. 56.

adequação das formas). Dito de outro modo, o árbitro deverá (por conta de seu dever de diligência) remover e superar obstáculos processuais que entrem a tramitação do processo arbitral, adaptando a sequência de atos às necessidades da causa, determinando a prática de ato não previsto (ou dispensando a prática de ato inútil), reordenando, se necessário, o procedimento.

28. São múltiplos os exemplos da tarefa ingente do árbitro no que se refere à procura do melhor rendimento do procedimento que as partes escolheram. Nesta linha, vejo **duas vertentes** importantes para a exploração do tema: a primeira trata da inserção de atos não previstos no procedimento adotado (ou modificação da ordem em que devem ser praticados) e que podem provocar o melhor desenvolvimento do contraditório; a segunda diz respeito à utilização de técnicas não contempladas no procedimento adotado (e que podem até mesmo ser estranhas ao direito escolhido para reger a arbitragem).

29. Pensando na **primeira vertente**, sustento, por exemplo, que nada impediria o tribunal arbitral de determinar uma nova rodada de manifestações das partes se os julgadores considerarem que os argumentos não estão bem alinhavados, embora tal possibilidade não esteja contemplada no procedimento escolhido. Da mesma forma, não vejo qualquer dificuldade em determinarem os árbitros que as partes respondam perguntas formuladas pelos julgadores que tendam a elucidar a matéria controversada. Também não antevejo qualquer impedimento na designação, pelos árbitros, de uma reunião prévia com os advogados dos litigantes para preparação da audiência de produção de provas.

30. A determinação pelos árbitros da prática de atos não previstos no procedimento adotado pelas partes tem se revelado muito produtiva. A designação de audiências para discussão de temas previamente apontados pelos árbitros como cruciais para a solução do litígio ou a formulação de perguntas servem de orientação precisa para os advogados no sentido de que devem concentrar sua atividade nos pontos assinalados, tudo a evitar a dispersão da prova. Da mesma forma, a determinação pelos árbitros de apresentação de memoriais focados em determinadas matérias de fato ou de direito é prática salutar, pois mostra desde logo aos contendentes onde está localizado o nó górdio do litígio, tornando os argumentos mais úteis para a prolação de decisão gabaritada.

31. Alguns regulamentos estipulam de modo mais ou menos rigoroso os “momentos da prova” e a ordem em que devem ser produzidas (aqueles que o fazem costumam seguir a ordem prevista nos códigos de processo civil locais). De modo geral (e usando como parâmetro o modelo brasileiro), haverá um instante preciso em que os contendentes requererão as provas que pretendem produzir; em seguida, os julgadores deverão avaliar a necessidade, oportunidade e conveniência das provas requeridas, deferindo-as ou não; ato contínuo, as provas deferidas serão produzidas, na forma e na ordem preconizada no regulamento (algumas fora da audiência, como as provas periciais e as inspeções, outras durante a audiência, como as provas orais); por fim, as provas serão avaliadas pelos julgadores, na decisão que proferirão.

32. Não creio que os árbitros estejam proibidos de alterar tanto o **momento** previsto para a decisão sobre as provas a serem produzidas como a **ordem** em que as provas deverão ser produzidas, tudo a bem do resultado da experiência probatória.

33. Volto-me à experiência brasileira para exemplificar o que digo: tornou-se bastante comum por aqui, em certos órgãos arbitrais institucionais, o deferimento e produção da prova oral, deixando para momento posterior a análise da pertinência, necessidade e utilidade da prova pericial. Em outros termos: os árbitros, abandonando a técnica usual do processo estatal, cindem os momentos da prova, o que revela uma **dupla superação**, tanto da técnica do Código de Processo Civil quanto das disposições procedimentais do regulamento escolhido pelas partes.

34. A inversão de previsões regulamentares (modificação da ordem em que os atos processuais devem ser praticados) é muitas vezes útil (e, eventualmente, até mesmo necessária), quando os árbitros vislumbram, por exemplo, que a oitiva de testemunhas poderá trazer os elementos probatórios suficientes para a solução do litígio, tornando desnecessária a produção de prova pericial ou inspeção requerida por uma ou outra parte (quando não pelas duas!). A cisão do momento do deferimento da prova certamente contraria os cânones do processo civil brasileiro (e, provavelmente, de tantos outros ordenamentos que adotam o mesmo modelo), na medida em que nossa Lei Processual estabelece, de forma cartesiana, um momento adequado para o **deferimento** da prova e outro,

subseqüente, para a sua **produção**, em bloco; apesar disto, não encontro nenhuma dificuldade em justificar a alteração da regra (legal ou regulamentar), sob a ótica do adequado funcionamento do processo arbitral, já que os critérios de excelência, eficácia e funcionalidade – sempre muito valorizados em sede de arbitragem – ficam prestigiados com a saudável inversão (ou subversão, para os mais dogmáticos) apontada, tudo com eventual economia para as partes (outro valor estimulado no processo arbitral).

35. Tudo o que já disse conduzi, penso, à clara impressão de que o árbitro – tal qual o juiz togado – deve conduzir o processo arbitral, organizando os atos processuais de forma a potencializá-los, o que corresponde ao **dever de diligência** preconizado em todos os sistemas jurídicos evoluídos e positivado em muitas leis que regulam a arbitragem.¹⁰ A falta de dispositivos específicos no regulamento escolhido (arbitragem administrada) ou no procedimento construído pelas partes não pode impedir os árbitros de permeá-lo dos atos que julguem necessários para seu adequado funcionamento, pois todo o procedimento é voltado – instrumentalmente – a servir à atividade dos julgadores de decidir o caso concreto.

36. A **segunda vertente** a que me referi diz respeito à possibilidade de utilização, pelos árbitros, de técnicas processuais que as partes não previram. Para melhor organizar este verdadeiro “vôo de pássaro” que pretendo fazer para demonstrar a extensão dos poderes do árbitro de organizar o procedimento arbitral, proponho-me a explorar a fase instrutória (e, mais especificamente, os meios de prova), pois é exatamente aqui que a utilização de mecanismos não previstos pelas partes pode servir para auxiliar os árbitros a melhor decidir a causa.

37. Começo com o **depoimento pessoal** dos litigantes: no Brasil, ainda empregam os juízes estatais o método indireto de interrogatório das partes, ou seja, os advogados dirigem as perguntas ao juiz e este, triangularizando o diálogo, formula a pergunta ao depoente, ditando a resposta ao escrevente que estiver gravando em meio físico os atos da audiência

(estenotipia, com um pouco de sorte; datilografia nas comarcas menos dotadas de meios).¹¹ Não parece nada exótico que o árbitro livre-se de tal modelo bolorento, determinando que as perguntas sejam dirigidas diretamente ao depoente, gravando-se desde logo a resposta, sem intermediação.

38. Vou um pouco mais além: o que impediria o árbitro de franquear a palavra ao advogado da própria parte depoente para que fizesse perguntas a seu cliente, esclarecendo pontos que possam ter ficado nebulosos durante o depoimento? Em muitos sistemas de *Civil Law* criou-se uma espécie de tabu que supõe uma simbiose entre advogado e seu representado, o que tornaria verdadeiro monólogo uma inquirição de tal jaez. A prática, porém, revela que a técnica é extremamente interessante e tende a evitar que respostas mal ajambradas ou perguntas capciosas possam levar os julgadores a erro na inteligência de fatos importantes para a causa. Em minha experiência pessoal notei que franquear a palavra ao advogado para que inquiria seu cliente com o objetivo de esclarecer alguma dúvida sobre o depoimento tem produzido declarações mais consistentes e – por consequência – mais confiáveis para estruturar a futura decisão da causa.

39. No ordenamento processual brasileiro as **testemunhas** devem depor sobre fatos que presenciaram. Os juízes procuram aferir, portanto, se a testemunha está apta a relatar algo que viu e que possa contribuir para corroborar a narrativa de um ou outro contendente. Cerca-se o depoente, por outro lado, de uma série de restrições, tendentes a dar maior dose de verossimilhança ao que dirá em juízo: são afastados os amigos

¹¹ Tradicionalmente as testemunhas são inquiridas indiretamente no Brasil. Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho (Curso de Direito Processual Civil, Ed. Saraiva, São Paulo, 1960, vol. II, p. 278-279), ao tratar da produção da prova testemunhal sob a égide do Código de Processo Civil anterior (1939) louvava a fórmula indireta, em que o juiz dirigia as perguntas ao depoente, podendo os advogados das partes requererem as perguntas que julgassem necessárias, a critério do juiz, cabendo a este último redigir o depoimento: “é o melhor sistema, sem dúvida, pois o juiz, pela sua própria posição, é quem deve, naturalmente, tomar e redigir o depoimento da testemunha”. O Código de 1973 manteve o sistema e somente no terceiro milênio é que em algumas comarcas os depoimentos passaram a ser gravados ou estenotipados, mantendo-se, porém, a tradição do “diálogo indireto”.

¹⁰ Vide, a título de exemplo, o art. 13, parágr. 6º, da Lei de Arbitragem brasileira.

e inimigos das partes, os parentes, os que têm algum interesse na causa, ou seja, criam-se impedimentos e suspeições dos mais variados matizes, ameaçando a testemunha que falar com a verdade com amarga perseguição penal. Embora as testemunhas não estejam sujeitas a juramentos (o Brasil é um país leigo, *graças a Deus!*), os depoentes são advertidos de que têm o compromisso legal de dizer a verdade, sob as penas da lei (art. 415 do Código de Processo Civil e 342 do Código Penal).

40. O Código Penal brasileiro, coerentemente com a natureza jurisdicional da arbitragem, afirma ser crime mentir para o juiz ou para o árbitro, o que leva também o árbitro a advertir a testemunha de que, se faltar com a verdade será processada. Por conta disso, os advogados, mesmo em sede arbitral, engalfinham-se em batalhas inglórias no afã de contraditar testemunhas sob a afirmação de que haveria algum impedimento ou suspeição que recomende o afastamento do depoente. No sistema do Código de Processo Civil, pode o juiz, se julgar necessário, ouvir a testemunha impedida ou suspeita, dando ao depoimento o valor que merecer em termos de convencimento.

41. Tal sistema – cultural – tem causado desgaste inútil em sede arbitral. Muitos árbitros deixam claro aos advogados, desde o início da audiência, que ouvirão todas as testemunhas arroladas, o que desestimula os longos e por vezes inúteis debates tendentes à contradita¹². Assim, os advogados limitam-se a chamar a atenção dos árbitros acerca desta ou daquela ligação que o depoente pode ter com a parte ou do interesse que pode ter em relação à causa, de modo que se perde pouco tempo em querelas que costumam, no foro, levar as partes aos tribunais de segundo grau e às cortes superiores em Brasília para discussões pouco produtivas. Torna-se comum a oitiva – como testemunha – de representantes legais dos litigantes, de seus diretores estatutários, de parentes, de amigo de um ou outro litigante, de pessoa que tenha interesse no litígio, tudo a contrariar os cânones do art. 405 do Código de Processo Civil brasileiro. É cada vez mais raro que um árbitro descarte de antemão uma testemunha pelo

fato de ser ela suspeita ou impedida: melhor tática será ouvir o depoimento (desde que a prova oral seja útil, necessária e pertinente), avaliando seu conteúdo e credibilidade diante do conjunto probatório.

42. A prática da arbitragem, por outro lado, revelou que ouvir testemunhas apenas sobre fatos que presenciaram é limitação injustificável. Entram em cena as **testemunhas técnicas** (*expert witnesses*), método probatório de que os juízes estatais brasileiros não se tem valido, mas que vem sendo empregado com largueza no âmbito da arbitragem.

43. O Código de Processo Civil brasileiro permite, desde 1992, (reforma introduzida pela Lei 8.455) que o juiz substitua a apresentação de laudos periciais escritos pelo depoimento de perito em audiência.¹³ O critério, que homenageia o princípio da oralidade, tão combatido em nosso sistema processual, acabou caindo no vazio, já que os advogados não mostraram conforto com o método, que os obrigaria a estudar a causa com profundidade e debatê-la com seus assistentes técnicos, para que as perguntas e esclarecimentos que pudessem solicitar em audiência fossem úteis, conferindo (e eventualmente desafiando) as premissas do perito depoente; os juízes também não se encantaram com a técnica, que exigiria a designação de mais audiências, congestionando as pautas de primeira instância. Assim, esta pequena brecha que se abriu no cenário carregado de um processo estatal cada vez mais escrito acabou descartada.

44. A testemunha técnica, que tem sido utilizada na arbitragem (e que não consta do Código de Processo Civil brasileiro, como de resto não é disciplinada por grande parte dos códigos de processo de países de *Civil Law*) é admissão de depoimento de especialistas indicados pelas partes que informarão os árbitros sobre questões técnicas, não sobre fatos que tenham presenciado. Em outros termos: enquanto as testemunhas depõem sobre fatos que presenciaram e que interessam ao desenvolvimento da causa, as testemunhas técnicas fazem relato de práticas de mercado, de costumes de certa praça, de técnicas de construção, tudo para dotar os

¹³ Diz o artigo 421, parágr. 2º: “Quando a natureza do fato o permitir, a perícia poderá consistir apenas na inquirição pelo juiz do perito e dos assistentes, por ocasião da audiência de instrução e julgamento a respeito das coisas que houverem informalmente examinado ou avaliado”.

¹² Contradita é a denúncia dos motivos que impedem ou tornam suspeito o depoimento da testemunha. Sendo “*estritamente necessário*” (a expressão é do art. 405, parágr. 4º, do Código de Processo Civil brasileiro), porém, o depoimento poderá ser tomado, sem o compromisso de o depoente dizer a verdade.

juizadores do conhecimento técnico de que carecem. Não se trata, bem se vê, de uma transposição para a arbitragem do relatório oral do perito judicial, técnica fracassada indicada no parágrafo anterior, mas sim de método bem diferente, pois os depoentes (*expert witnesses*) são indicados pelas partes, não pelos julgadores, e são submetidos ao questionamento das partes e dos árbitros, tudo sem prejuízo de valerem-se (o que é muito comum) de exposição áudio-visual para melhor informar sobre os pontos técnicos relevantes.

45. Outro tabu do processo estatal que começa a ser ameaçado no sistema arbitral é o dos **depoimentos escritos** (*written statements*), que nossa legislação processual parece historicamente repudiar, pois é da tradição de nosso direito que o depoimento seja prestado oralmente.¹⁴ É evidente que as partes podem, de antemão, estabelecer regras para a aceitação de tal meio de prova, determinando que poderão ser produzidos os depoimentos escritos a respeito de tais ou quais fatos, com ou sem possibilidade de inquirição pessoal do depoente acerca dos fatos sobre os quais escreveu, prevendo quantidade de páginas do depoimento, admitindo ou não sua apresentação em meio sonoro (gravação do depoimento). Nada proíbe, portanto, que os contendentes adotem expressamente este meio de prova, o que em nada ofenderá o devido processo legal: o fato de não haver previsão legislativa para a produção da prova, já se viu, não impede que as partes queiram utilizar o mecanismo, embora desconhecido no território onde os atos da arbitragem devam se realizar (“sede da arbitragem”).

46. Alguma dificuldade poderia ser vislumbrada, porém, se as partes nada previrem sobre a possibilidade de os árbitros determinarem a produção

de tal meio de prova. Ainda assim, não vejo nada que impeça os julgadores de, especificando em que circunstâncias e com que garantias admitirão a produção de tal mecanismo probatório, aceitarem o depoimento escrito, que tanto incomoda os juízes brasileiros. Creio que o depoimento escrito é ferramenta interessante no âmbito da arbitragem, especialmente no que toca a arbitragem comercial internacional. Num primeiro momento, o depoimento escrito evitaria a locomoção do depoente, muitas vezes residente em território distante da localidade em que se desenvolve a arbitragem; em segundo lugar, penso que o depoimento escrito tende a concentrar observações, focando-se o depoente sobre as questões efetivamente interessantes para o deslinde da causa; por último, ainda que seja facultado às partes interrogar posteriormente o autor do depoimento escrito, o método continua a ser valioso, na medida em que o depoimento será circunscrito ao que foi declarado por escrito, evitando longos e desnecessários circunlóquios, típicos dos depoimentos testemunhais tradicionais. Concluo, portanto, que a utilização deste método, ainda que não estipulado pelo regulamento escolhido pelas partes (e mesmo que estranho à *lex fori*), não está proibido e pode ser admitido pelos árbitros, sendo sempre conveniente expor às partes as regras para a produção do depoimento escrito.

47. De tudo quanto expus, extraio que a tão decantada flexibilidade do procedimento arbitral não significa permitir-se aos árbitros um julgamento frouxo, desconectado das regras de direito material que as partes querem ver aplicadas, livre de compromissos com o ordenamento jurídico escolhido na convenção de arbitragem. Arbitragem não é uma cruzada em busca do *Santo Graal*: os árbitros recebem a incumbência clara e precisa de julgar um litígio segundo este ou aquele ordenamento, com a aplicação destas ou daquelas regras, e devem ater-se com denodo a tal missão. Não se lhes pede que aproximem as partes ou que facilitem acordos; exigem-se-lhes um julgamento justo, com a aplicação adequada da lei e do direito. Todos os ordenamentos **exigem** – note-se o verbo! – que seus juízes julguem **com equidade** (não **por** equidade, mas **sim com** equidade, ou seja, aplicando a lei para que atinja o bem comum); todo e qualquer julgador deve agir assim.¹⁵ Neste ponto, confluem as funções de juízes e

¹⁴ A Lei de Introdução ao Código de Processo Civil brasileiro (Decreto-Lei 4657/42) tem a esse respeito regra precisa e preciosa (art. 4º): “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

¹⁵ João Monteiro (Curso de Processo Civil, São Paulo, Ed. Duprat & Comp., 1905, vol. II, p. 251-255) explica que o comparecimento do depoente a juízo é obrigatório, de modo que declarações feitas fora de juízo não se prestariam a fazer prova judicial: “Desde o direito romano clássico que a testemunha devia, em regra, comparecer em juízo para prestar o seu depoimento. Diz-se em regra, não só porque também se conhecia o testimonium per tabellas, como porque se permitia às pessoas egrégias que deusessem no próprio domicílio. Se as legislações estrangeiras não são uniformes neste ponto, em nosso direito atual não vemos como seja ainda lícito abrir exceções naquela regra, tendo a Constituição Republicana abolido por completo todo e qualquer privilégio, toda e qualquer distinção pessoal”.

árbitros. Portanto, o árbitro – da mesma forma que o juiz (**da mesma forma!**) – deve julgar a causa, aplicando a norma que regulou a *fatispecie*, o fato típico. Árbitros e juízes, portanto, têm a mesma função – jurisdicional – de dizer o direito, sendo certo que, quando as partes expressamente assim admitirem, poderão os árbitros julgar por equidade, afastando o direito posto. Mas isso só ocorrerá se e quando as partes quiserem. Se nada disserem, os árbitros, tal qual os juízes estatais, devem aplicar o direito posto. Não reside aí, portanto, a flexibilidade do procedimento arbitral.

48. A flexibilidade que torna a arbitragem tão atraente reside no **método** de solucionar a controvérsia. Enquanto os juízes estão atrelados às teias do processo, com previsões mais ou menos rígidas, segundo o sistema de cada país, os árbitros têm maior liberdade para flexibilizar formas, fórmulas e atos do procedimento, tudo com o objetivo de facilitar a apuração dos fatos e a aplicação do direito. Este arejamento e esta liberdade são essenciais para quem pretenda resolver com rapidez e eficiência um dado litígio, sendo realçadas tais qualidades quando a disputa for travada nas vastas planícies do comércio internacional.

49. Resta apenas um alerta para findar este breve ensaio: a liberdade que os árbitros têm para flexibilizar o procedimento gera, em contrapartida, o dever dos julgadores de evitar surpresas às partes. Isto significa que a liberdade procedimental, cuja moldura apenas alinharei, requer constante informação aos litigantes, para que possam sempre participar de modo proativo em todas as fases do processo. Cumpra aos árbitros, portanto, sempre que entenderem necessária a adaptação ou adequação de regras procedimentais previamente escolhidas avisar as partes sobre as mudanças; cumpra aos árbitros, da mesma forma, sempre que entenderem útil franquear às partes a utilização de certos meios de prova não convencionalizados (e não convencionais) esclarecer a forma, o método e os limites para que ninguém possa lamentar-se, ao término da arbitragem, de ter sido aliado da experiência probatória ou de ter sido cerceado no seu direito de plena participação no processo.