

2 O espírito da arbitragem

ARNOLDO WALD

Doutor *Honoris Causa* e Professor associado da Universidade Paris II. Professor Catedrático da UERJ. Membro da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Arbitragem; Civil-Processo Civil.

RESUMO: O mundo globalizado e dinâmico propiciou o fortalecimento da arbitragem no comércio internacional e nas relações de investimento entre Estados e investidores. O Brasil aderiu a essa corrente e presenciou uma verdadeira "revolução cultural" nos últimos 12 anos em matéria de arbitragem. Seu uso no país já foi bastante disseminado, mas ainda pairam algumas dúvidas e existem distorções em relação ao seu funcionamento. A arbitragem é uma jurisdição de um tipo especial, diferente do estatal. Os métodos e o foco são outros. Na arbitragem prevalecem a cultura da pacificação e a busca pragmática da verdade e da solução mais justa e adequada à manutenção da relação entre as partes, num ambiente menos formal, mais expedito e mais humano e respeitoso da vontade das partes.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem – Cultura da pacificação – Cultura da litigiosidade – Procedimento arbitral – Boa-fé.

ABSTRACT: The globalized and dynamic world caused the strengthening of arbitration in foreign trade and in investment relations between countries and investors. Brazil joined this trend and witnessed a true "cultural arbitration revolution" in the last 12 years. Arbitration has been widely used in Brazil, but there still are some doubts and distortions in relation to its operation. Arbitration is a jurisdiction which has a special nature, different from the State nature. Its methods and purposes are not the same. In arbitration, the culture of pacification and the pragmatic search for the truth and for more adequate and appropriate solutions for maintaining relations between parties prevail in a less formal, more efficient and human environment, respecting the will of the parties.

KEYWORDS: Arbitration – Culture of pacification – Culture of litigation – Arbitral proceedings – Good faith.

"As instituições e o Estado precisam pensar em uma forma de fazer Direito sem a necessidade de judicialização."

MIN. GILMAR MENDES.¹

1. Min. Gilmar Ferreira Mendes. Pronunciamento em Belo Horizonte em 19.02.2009. "CNJ fará em 2009 o ano da conciliação". *Consultor jurídico*,

"(...) la notion d'arbitrage évoque naturellement les idées de dialogue et de paix. La qualité première de la procédure arbitrale réside dès lors dans 'un climat de confiance' qui dépasse les rapports entre l'arbitre et les parties car il est particulièrement propice à leur rapprochement et l'aboutissement d'une transaction. L'affrontement privé et tempéré des thèses en présence, favorisé par la confidentialité des débats et de la sentence, sauvegarde l'avenir des relations entre les parties, sans que celles-ci recherchent pour autant une décision autre que celle qui serait rendue par un juge étatique; ce climat de détente est aussi le garant de la flexibilité et de la souplesse de la procédure, marquée par une atténuation du formalisme."

PHILIPPE DE BOURNONVILLE.²

"Arbitrators are not judges and we are not administering justice as understood by state courts. We should neither pretend to be judges, nor clothe ourselves in powers and procedures such as those which judges must follow. Otherwise, this attitude of mind will lead us more and more into detailed rules of arbitral procedure and lengthy and learned commentaries purporting to tell practitioners and arbitrators what to do in every given procedural situation. Procedure is the servant of arbitration and not its master. Our guiding principle must be to follow the rules of natural justice or due process so as to ensure that parties are treated equally and fairly."

ARTHUR MARRIOTT.³

1. Se o século XXI é o das novas tecnologias, da velocidade e da necessidade de eficiência, o mundo globalizado também passou a exigir a renovação dos meios tradicionais de solução dos litígios, especialmente em certos setores da vida empresarial. Alguns pronunciamentos recentes confirmam a necessidade inadiável de reforma da justiça e da complementação da atividade judiciária pelo recurso à mediação e à arbitragem. No momento em que transitam, pelos tribunais brasileiros, 68 milhões de processos, o Presidente do STF reconhece que "é preciso acabar com a velha mentalidade de que, no Brasil, o reconhecimento e a concretização de direitos só se dá por meio judicial".⁴ Por sua vez, o Conselho Nacional

2. Philippe de Bournonville. *Droit judiciaire: L'arbitrage*. Bruxelles: Larcier, 2000, p. 78.

3. Sir Arthur Marriott. In: Albert Jan van den Berg (ed). *Planning efficient arbitration proceedings: The law applicable in international arbitration*. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1996, at 65, 71.

4. Discurso do Min. Gilmar Ferreira Mendes na abertura do ano judiciário em 02.03.2009.

de Justiça decidiu fazer, em 2009, o “Ano da Conciliação”.⁵ Já, anteriormente, vários eminentes juristas e magistrados tinham pregado o fim da “cultura do litígio” e sua substituição por uma “cultura da conciliação”.

2. Assim sendo, no Brasil, o recurso à arbitragem, especialmente nas divergências que surgem no direito comercial, ou entre empresários em geral, tem uma motivação própria: a inviabilidade concreta de aguardar o trânsito em julgado de uma decisão judicial que pode demorar longos anos. Por outro lado, os administradores das empresas, que geralmente são profissionais – e não mais os controladores da sociedade, como ocorria no passado – muitas vezes não querem assumir a responsabilidade de abrir mão de certos direitos, numa transação. Efetivamente, têm eles o receio de que possam ser, no futuro, acusados de liberalidade, dificultando-se, pois, a utilização tanto da mediação quanto da conciliação em certos conflitos comerciais.

3. A arbitragem é, todavia, instituição recente em nosso país, que só se desenvolveu, na prática, nos últimos dez anos, mas a sua utilização tem explodido recentemente com a multiplicação dos litígios submetidos aos árbitros. Basta lembrar que, no último decênio, as principais Câmaras de Arbitragem decuplicaram o número de processos que nelas estão sendo julgados.

4. Assim, passados mais de 12 anos de vigência da Lei 9.307/1996, não temos mais dúvida de que a arbitragem se tornou uma realidade no Brasil. Depois de um começo titubeante, com questionamentos acerca da sua constitucionalidade e de sua aceitação pela sociedade e recepção por parte do Poder Judiciário, a arbitragem se firmou graças a um trabalho conjunto de toda a comunidade jurídica, tanto local como estrangeira, nos mais diversos planos. A ratificação, ainda que tardia, da Convenção de Nova Iorque e a edição de normas autorizando a utilização da arbitragem para a solução de litígios relativos às concessões e parcerias público-privadas constituem prova cabal da verdadeira “revolução cultural” da arbitragem.

5. Na “era da incerteza”, de Galbraith,⁶ ou da “descontinuidade”, de Peter Drucker,⁷ marcada por uma nova economia que está sujeita a cons-

5. Consultor jurídico 19.02.2009.

6. J. K. Galbraith. *The age of uncertainty*. Londres: British Broadcasting, 1977.

7. P. F. Drucker. *The age of discontinuity. Guidelines to our changing society*. New York: Harper and Row, 1968.

tantas mudanças e à falta de previsibilidade, a arbitragem mostrou ser a forma mais adequada, aos olhos dos operadores do comércio, sobretudo internacional, e dos investidores, de garantir o difícil equilíbrio entre a resolução do impasse e a manutenção da relação entre as partes no litígio.

6. Há, contudo, na visão de certos empresários e de alguns advogados, dúvidas em relação à arbitragem e até uma percepção errônea de seu funcionamento. Alguns pensam que é uma justiça mais rápida, aplicando todavia, a grosso modo, todas as disposições do Código de Processo Civil. E outros consideram que nela se poderia admitir qualquer pleito, mesmo quando constituindo uma verdadeira “aventura jurídica”, que apresentaria menos riscos do que a ação na justiça e até uma possibilidade de vitória.

7. Parece-nos, pois, importante tentar caracterizar adequadamente a arbitragem como forma de solução de conflitos, aproveitando tanto as lições da doutrina como a vivência prática.

8. Em primeiro lugar, podemos afirmar que a arbitragem tem a mesma função que a Justiça estatal, mas adota métodos distintos e tem outro foco.

9. A arbitragem não é, portanto, uma mera alternativa ao recurso ao Poder Judiciário, nem, muito menos, a solução para todos os problemas de que este padece. Como bem lembrado por José Emilio Nunes Pinto, o alcance da arbitragem é muito mais limitado.⁸ Somente os litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis é que poderão se sujeitar a ela, nos termos do art. 1.º da Lei 9.307/1996. Ademais, a arbitragem é uma justiça com outra mentalidade, com espírito próprio.

10. Embora a finalidade perseguida pelas justiças estatal e arbitral seja a mesma, a função se exerce de outro modo. Há uma diferença de método e na maneira de tratar o problema apresentado, já que a arbitragem nasce do consenso das partes, exteriorizado na convenção arbitral. Uma ação judicial, pelo contrário, pressupõe a existência de uma situação já deteriorada, que se tornou insuportável, carregando, por isso, consigo uma pesada carga emocional das partes e, algumas vezes, uma belicosidade dos seus advogados, expostos desde cedo, já desde os bancos das universidades, à “cultura da sentença”, à mentalidade da

8. José Emilio Nunes Pinto. *A arbitragem na recuperação de empresas*. RArb 7, ano 2. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2005, p. 79-80.

“solução adjudicada autoritativamente pelo juiz”, como apontado por Kazuo Watanabe.⁹

11. É preciso salientar, todavia, que tem havido, nos últimos anos, uma maior aproximação entre as soluções arbitrais e as do Poder Judiciário, na medida em que o juiz passou a dar maior importância aos elementos econômicos dos conflitos e às suas consequências práticas. Efetivamente, os tribunais começaram a fazer uma ponderação entre a aplicação cega ou rígida da norma legal e as circunstâncias peculiares do caso concreto. Chegou-se a afirmar que o magistrado passou a assumir, algumas vezes, o papel de verdadeiro pacificador.¹⁰

12. Por outro lado, embora tendo origem contratual, a arbitragem tem natureza jurisdicional. A vontade das partes é que autoriza a arbitragem, escolhe os árbitros, define a lei que devem aplicar e a sede na qual vai funcionar, mas não interfere no modo de decisão. A doutrina reconhece que atualmente não mais se contesta que o árbitro tem a *jurisdictio* em toda a sua plenitude, devendo obedecer aos princípios constitucionais e legais que inspiram a distribuição da Justiça, como a imparcialidade, o respeito ao contraditório e o direito de defesa (*due process of law*). No entanto, não se lhe aplicam, necessariamente, as normas processuais, e as regras procedimentais são as estabelecidas pelas partes ou em regulamentos de instituições de arbitragem que, evidentemente, obedecem às normas legais específicas no âmbito nacional ou aos princípios gerais do direito da *ordem arbitral internacional*, quando se trata de conflitos entre empresas ou entidades que se submetem a ela.

13. O saudoso professor Bruno Oppetit¹¹ sintetizou as diferenças entre a Justiça estatal e arbitral nos seguintes termos:

a) A arbitragem é voluntária, decorrendo da autonomia da vontade, enquanto todos estão sujeitos à justiça estatal;

9. Kazuo Watanabe. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: _____; Ada Pellegrini Grinover; Caetano Lagrasta Neto (coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 7. Por sua vez, o Min. Toffoli tem condenado a “cultura do litígio”, em várias manifestações e pronunciamentos à imprensa, e o Min. Massami Uyeda pregou a substituição da “mentalidade do litígio” pela conciliação (*Consultor jurídico* 20.01.2009).

10. François Ost. *Dire le droit, faire justice*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 33.

11. Bruno Oppetit. *Théorie de l'arbitrage*. Paris: PUF, 1998, p. 30-34.

b) O árbitro possui a *jurisdictio*, mas não o *imperium* (suas decisões não têm efeito executório);

c) Não há publicidade das decisões arbitrais;

d) A arbitragem não é gratuita e nela não funciona a defensoria pública;

e) A jurisprudência arbitral não vincula necessariamente os árbitros;

f) A decisão arbitral é normalmente irrecorrível.

14. E conclui afirmando que entre a justiça estatal e a arbitral há “dualidade de legitimidade mas comunhão de ética, diversidade de vias e meios mas unidade funcional, paralelismo mas também convergências” (trad. livre).¹²

15. Por outro lado, já se disse que a arbitragem não é simples aplicação do direito, pois, além de compor o conflito, os árbitros devem, na medida do possível, encontrar uma solução que não seja apenas legal. Deve também ser justa e exequível, com vistas a “restaurar a harmonia entre as partes e organizar as suas relações para o futuro” (trad. livre).¹³

16. Obras recentes também reconhecem a existência de uma “ordem jurídica arbitral internacional”, inspirada no direito comparado, que teria soluções mais modernas e equitativas do que algumas legislações nacionais.¹⁴

17. Na realidade, a arbitragem e a nossa Constituição têm uma vinculação que pode não parecer tão ostensiva à primeira vista. No entanto, há entre a arbitragem e a Constituição brasileira uma grande identidade; o espírito da arbitragem e o da Constituição são muito parecidos. Podemos até dizer que a arbitragem se inspira na Constituição de 1988, naquilo que Miguel Reale chamou de liberal-socialismo no plano político, e que talvez pudéssemos chamar também de capitalismo social no plano econômico.

18. A arbitragem igualmente se aproxima da Constituição de 1988 em relação a outra ideia, que é mais moderna e estava implícita na Constituição, mas que foi reafirmada nas emendas constitucionais mais

12. Idem.

13. René David. *Le dépassement du droit et les systèmes de droit contemporains*. *Archives de philosophie du droit* 8. Paris: Sirey, 1963, p. 8.

14. Emmanuel Gaillard. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008; passim e especialmente, p. 208-209.

recentes, que é a de conciliar, de um lado, a função social do direito e, do outro, a eficiência econômica. Talvez sejamos o único país do mundo que determinou, na sua Constituição, que o Estado tem que ser eficiente (EC 19/1998, modificando o *caput* do art. 37 da CF). Por sua vez, em virtude da EC 45/2004, a nossa Justiça também deve ser eficiente. Assim, essa eficiência abrange uma ideia de especialização, ou seja, da possibilidade de aprimorar a justiça, dando-lhe maior velocidade, custos menores e, ao mesmo tempo, especializando-a, para que possa realizar adequadamente a sua função social.

19. Ao recorrerem à arbitragem, as partes buscam flexibilidade, isto é, a possibilidade de criarem um procedimento “sob medida”, no pleno exercício das “consequências da autonomia da vontade”, ou do que Miguel Reale denominou “o poder de negociar”. Pode-se, pois, como já salientamos, escolher os árbitros, a lei aplicável ao mérito, as regras de procedimento, os prazos, enfim, tudo aquilo que a lei não proíbe.

20. O simples fato de as partes terem de fazer determinadas escolhas no curso da arbitragem acaba propiciando, por sua vez, uma aproximação entre elas, e estabelecendo uma relação de colaboração mútua com os árbitros que não costuma existir no processo judicial. A necessidade da busca pela eficiência e eficácia da arbitragem acaba fazendo com que todos os envolvidos tenham de atuar imbuídos pelo espírito de cooperação e lealdade ou, em outras palavras, de boa-fé. Trata-se, atualmente, de obrigações dos contratantes, no direito material, e das partes litigantes, no campo processual.

21. A arbitragem é, pois, um procedimento de boa-fé. Ela pressupõe um mínimo de confiança que as partes devem ter umas nas outras e nos árbitros, já que todos têm um objetivo comum, que é a busca da verdade. Essa verdade não é, contudo, a verdade de uma ou da outra parte. Em matéria de arbitragem, as partes e os árbitros tentam fazer uma parceria na busca de uma verdade construída de boa-fé, mas cujas consequências devem ser vistas de modo que seja também pragmático. É a verdade do possível, daquilo que terá a função essencial de permitir, ao mesmo tempo, a solução do problema e a convivência futura das partes. É a lógica complementada pelo pragmatismo.

22. Poder-se-ia, até, concluir que, em tese, a arbitragem não é aconselhável quando ambas as partes não estão de boa-fé. Não deve ser utilizada como “jogada estratégica”, embora não se possa negar que, na prática, é algumas vezes deturpada e usada para melhorar uma nego-

ciação ou até advertir a outra parte de certos riscos decorrentes do seu comportamento.

23. Por outro lado, pode funcionar – e funciona efetivamente – como catalisador do acordo quando as partes estão de boa-fé e querem realmente encontrar uma solução que seja, ao mesmo tempo, justa e aceitável para ambas. Já se elogiou eminente árbitro pelo fato da maioria de suas arbitragens terminarem em acordo.¹⁵ E, na minha vivência, em vários casos, a discussão dos advogados, a prova apresentada e o comportamento construtivo dos árbitros levaram os litigantes a firmarem acordos construtivos no interesse de ambos.

24. A arbitragem é, pois, um importante instrumento de paz social. Pela confidencialidade, pelo tipo de relacionamento que se cria, procura-se encontrar não só o ressarcimento, a reparação do prejuízo, mas também uma forma de convivência futura aceitável para ambas as partes. Não adianta uma condenação que, na realidade, não vai ter efeito prático algum. É preciso encontrar uma fórmula viável, uma fórmula prática. Muitas vezes, há conflitos nos quais as partes têm divergências, mas querem continuar trabalhando juntas. Se recorrerem à Justiça estatal, com uma ação que pode demorar 10 ou 15 anos, não poderão mais trabalhar juntas, pois já não haverá mais clima de cooperação. E, algumas vezes, a cooperação é útil, é até necessária, sendo, inclusive, em certos casos, até mais importante do que o próprio litígio. Mas o litígio existe e tem de ser resolvido.

25. Dessa forma, atende-se, justamente, a essa necessidade social de continuidade, de manutenção de um relacionamento comercial e de maior previsibilidade, que, na arbitragem internacional, evita as interferências políticas ou econômicas,¹⁶ chegando até mesmo a criar, em muitos casos, um ambiente propício para uma resolução amigável, por

15. De acordo com conhecido árbitro suíço: “I used to be fairly legalistic as an arbitrator. Give me the facts. Give me the law. And I’ll decide it, okay (...) I was impressed (...) when I was (...) secretary at several panels, for several arbitration panels where Pierre-Lalive was the chairman. He (...) hardly ever decided the case. They would all be settled at some point. And that takes a lot of skill (...) from the chairman (...)”. (apud Yves Dezalay e Bryan G. Garth. *Dealing in virtue*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, nota 17, p. 40)

16. Sobre o assunto, ver Bernardo Cremades e David Cairns. *La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados*. RArb 2, ano 1. São Paulo: Ed. RT, maio-ago. 2004, p. 126 et seq.

meio de acordo. Os árbitros podem e devem ser catalisadores de acordos, catalisadores da paz, e a arbitragem é, de fato, um instrumento importante para se tentar evitar ou terminar as guerras. Devem estar os atores da arbitragem impregnados daquilo que Kazuo Watanabe chama de “cultura da pacificação”,¹⁷ olhando não só para o passado, mas também para o presente e o futuro.

26. Para realizar a sua função, o árbitro presumidamente tem mais tempo do que o juiz para examinar minuciosamente os fatos e, assim, verificar a perfeita adequação da norma a eles.

27. É o que já escrevia René David: “Dans une autre conception, éprise d’harmonie plus que de sécurité, le droit ne saurait être figé dans des règles plus ou moins abstraites, mais il doit à chaque instant être découvert et mis en application par une oeuvre sans cesse renouvelée de recherche de la justice. Le droit ne saurait consister en des règles préétablies, qui dans le cas particulier risqueraient de fonder l’injustice; il va consister essentiellement en des procédures, par le moyen et au terme desquelles juges ou arbitres découvriront la solution la meilleure pour dissoudre le conflit, engendrer la coopération, entretenir ou restaurer l’harmonie”.¹⁸

28. E concluiu: “Institution de paix dans certains domaines, l’arbitrage est dans d’autres domaines, – celui des relations internationales en particulier, – une institution nécessaire pour remédier à l’état sous-développé du droit”.¹⁹

29. Assim, tanto os advogados como os árbitros desempenham um importante papel na construção do relacionamento futuro dos litigantes, pois têm o dever de buscar resolver do modo mais adequado o problema e, muitas vezes, o resultado da construção da solução pacífica pode ser mais útil, para as partes, do que o valor da condenação que uma delas deve pagar à outra.

30. O advogado na arbitragem desempenha, portanto, um papel adicional ao de litigante. Ele passa igualmente a ser um construtor de soluções, um advogado pragmático, no sentido de dar soluções que atendam aos interesses do seu cliente. O advogado na arbitragem não

deve, nem pode, comportar-se do mesmo modo que o faz perante as instâncias judiciais. O ambiente da arbitragem não o permite, principalmente em arbitragens internacionais, nas quais se verifica uma profunda influência multicultural dos advogados e dos árbitros.

31. Como explica Doak Bishop,²⁰ o árbitro responde positivamente quando a advocacia exercida na arbitragem o auxilia na busca da verdade. No entanto, sua atitude pode ser negativa quando usa de manobras dilatórias ou técnicas visando à obstrução da busca da verdade ou à ocultação dos fatos.

32. A máxima de que a arbitragem vale tanto quanto vale o árbitro²¹ é, portanto, em parte verdadeira. A qualidade da arbitragem também está atrelada à atuação dos advogados. Quando eles não se comportam de forma adequada na arbitragem, fica, normalmente, afetada a relação com o árbitro e, por conseguinte, o resultado da arbitragem pode não ser satisfatório. Nas palavras de Doak Bishop, “[a]dvocacy that aids the arbitrator in fulfilling his role adds substantial value to the case, while advocacy that does not assist the tribunal in this task is wasted effort” (a advocacia que ajuda o árbitro no cumprimento de seu papel agrega valor substancial ao caso, ao passo que a advocacia que não contribui com o tribunal na sua tarefa é esforço em vão).²²

33. A prática tem mostrado que os advogados atuantes em arbitragem devem observar determinadas regras de conduta específicas a fim de manter intacto o espírito do instituto.

34. A principal delas é a lealdade. Na arbitragem, os advogados têm o dever ético de serem sempre honestos e leais em suas relações com os árbitros, com a instituição arbitral e com os patronos da outra parte. Tal obrigação incide em todas as etapas do procedimento, em todas as manifestações, sejam elas escritas ou orais, de modo a estabelecer um vínculo de confiança e credibilidade entre os patronos das partes e com os árbitros.

35. Tal vínculo se reforça com o domínio, pelo advogado, dos fatos e do direito. O advogado tem de conhecer bem o seu caso. Só assim

17. Kazuo Watanabe. Op. cit., p. 10.

18. René David. *L’arbitrage en droit civil, technique de régulation des contrats. Mélanges dédiés à Gabriel Marty*. Toulouse: Université de Sciences Sociales, 1978, p. 405.

19. Idem, p. 406.

20. R. Doak Bishop. *Advocacy from the arbitrators perspective. The art of advocacy in international arbitration*. New York: Juris Publishing, 2004, p. 441.

21. Tal afirmação foi feita pela primeira vez por Frederick Eisemann, antigo Secretário-Geral da Corte Internacional de Arbitragem da CCI.

22. R. Doak Bishop, op. cit., p. 442.

terá condições de apresentá-lo aos árbitros de forma satisfatória, não ensejando discussões secundárias, ou juntando documentos irrelevantes, insistindo na produção de provas inúteis e, muitas das vezes, protelatórias. A organização e o preparo cuidadoso e meticuloso das manifestações e provas contribuem, sem dúvida, de forma significativa para a otimização do trabalho dos árbitros na busca da verdade, evitando dispêndios, deslocamentos e dilações totalmente desnecessários.

36. O advogado deverá, portanto, ser objetivo e preciso e saber ser sintético. Uma descrição clara e concreta dos fatos efetivamente relevantes é essencial para se atingir a melhor solução possível para o caso. Quando o árbitro não entende os fatos não pode decidir bem. A produção volumosa de provas, além de tumultuar o procedimento, acaba tirando o foco das questões que são realmente importantes, ocultando, muitas vezes, a verdade. Ela também acaba minando a credibilidade dos advogados em face dos árbitros, que podem vislumbrar nesse comportamento uma tática de distração ou dilação. Em qualquer dos casos, o resultado não é proveitoso para a arbitragem, que se desvirtua e acaba por impedir o tribunal arbitral de alcançar a sua finalidade precípua, que é a prolação de uma sentença justa, no menor prazo e com os menores custos possíveis.

37. No entanto, como dissemos, a responsabilidade pelo sucesso da arbitragem também recai nas mãos dos árbitros. Eles têm de cooperar com as partes e seus advogados a fim de encontrar a solução que permita a continuidade da relação pré-existente. Para isso, como salientado por Piero Bernardini, “rather than invoking prerogatives which may be challenged or receive reactions by the parties, the arbitrator should from the very beginning of the process make an effort to establish a fruitful line of communication with the disputing parties and their counsels” (em lugar de invocar prerrogativas, que podem ser questionadas, ou esperar a reação das partes, o árbitro deve, desde o início do procedimento, esforçar-se em estabelecer um canal de comunicação frutífero com as partes litigantes e seus advogados).²³

38. Assim, os árbitros, sobretudo o presidente do tribunal arbitral, devem ser prudentes e experientes, pois terão, inevitavelmente, de enfrentar diversos conflitos de diferentes naturezas no curso do procedimento arbitral. Devem dispor de tempo para exercer a função. Também

23. Piero Bernardini. The role of the international arbitrator. *Liber amicorum claudie reymond: Autour de l'arbitrage*. Paris: Litec, 2004, p. 4.

devem ser compreensivos, saber ouvir as partes e seus advogados, e, principalmente, conhecer e entender a sua cultura e formação jurídica. Com tais atributos, os árbitros devem ser capazes de estabelecer uma dinâmica positiva com as partes e seus advogados, gerando o que Bernardo Cremades apropriadamente chamou de “arbitragem interativa”.²⁴

39. A interatividade permitirá aos árbitros evitar que as partes e seus advogados se percam em discussões inúteis. Sem deixar transparecer qualquer pré-julgamento, os árbitros podem, e têm sido cada vez mais encorajados a fazê-lo, ser proativos, delimitando, por exemplo, as questões controvertidas ou, ainda, solicitando informações ou provas adicionais a respeito de determinado fato.

40. Exemplo interessante de condução ativa do procedimento arbitral é um caso recente envolvendo um tribunal arbitral composto por Klaus Sachs, Thomas Wälde e Klaus Reichert, em arbitragem regida pelas regras da *London Court of International Arbitration*.²⁵ Ao final da uma audiência com testemunhas, as partes fizeram pedidos opostos em relação à forma de conclusão da fase instrutória. A requerente queria a realização de uma audiência para sustentação oral das alegações finais, enquanto a requerida preferia a apresentação de alegações finais escritas. Diante do impasse, o tribunal arbitral sugeriu às partes que fossem delimitadas as questões controvertidas. Para tanto, após revisar todas as manifestações e provas produzidas, apresentou-lhes uma relação com perguntas sobre os fatos e argumentos jurídicos que entendiam relevantes para a resolução do caso. Como o tribunal tinha ciência de que as partes haviam tentado uma solução amigável, antes de iniciada a arbitragem, emitiu uma ordem processual determinando que, caso as partes não lograssem chegar a um acordo sobre o litígio até determinada data, deveriam apresentar as respostas às perguntas formuladas, os documentos solicitados e um cálculo detalhado dos custos incorridos por cada lado dentro do prazo fixado.

41. As perguntas dos árbitros foram divididas em duas partes. Na primeira, constavam perguntas específicas relativas a determinados fatos e questões jurídicas sobre os quais o tribunal arbitral declarara ter

24. Bernardo Cremades. Overcoming the clash of legal cultures: the role of interactive arbitration. *Arbitration international* 2, vol. 14. Londres: Kluwer Law International, 1998.

25. Julie Bédard. The Sachs-Wälde-Reichert Method. *RArb* 19, ano 5. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2008, p. 135 et seq.

interesse direto. Também foram solicitados documentos específicos, a serem apresentados pela parte que estivesse em sua posse ou que tivesse o melhor acesso a eles. Já na segunda parte, os árbitros estabeleceram um cenário fático detalhado sobre uma visão particular a respeito da prova e pediram às partes que apresentassem comentários diretos a respeito de diversos pontos desse cenário. Os árbitros esclareceram que o referido cenário não era vinculante e que não constituía a interpretação que eles tinham do caso.

42. A apresentação das tradicionais alegações finais teria, com isso, sido substituída por um exercício diferente, direcionado e que teria sido mais útil para os árbitros no momento da deliberação, se não fosse pelo fato de que, no caso, as partes acabaram celebrando um acordo e colocando fim à arbitragem.

43. Não há dúvida de que o exercício ao qual as partes foram submetidas, no caso que acabamos de ilustrar, as conduziu à auto-composição do litígio. Por meio do método implementado pelos árbitros, as partes acabaram tomando ciência, antes da prolação da sentença, de ao menos parte da visão que o tribunal arbitral tinha a respeito do caso, o que lhes permitiu reavaliar as respectivas posições e riscos.

44. Ao que tudo indica, a iniciativa que acabamos de narrar não é muito distante da realidade. Embora o método Sachs-Wälde-Reichert, como ficou conhecido, seja bastante original, há vários casos em que o tribunal arbitral acaba delimitando o objeto das alegações finais, pedindo às partes para que tratem unicamente de determinados fatos ou argumentos jurídicos. A partir daí, já é, portanto, possível às partes ter noção de quais são as questões que, efetivamente, interessam aos árbitros, o que permite que os advogados sejam mais objetivos e claros.

45. Quando os árbitros adotam uma postura mais fechada, passiva ou autoritária, as partes e seus advogados acabam sentindo a necessidade de se deter em todos os detalhes do caso numa advocacia exaustiva, pois desconhecem quais os pontos que realmente interessam aos árbitros. A postura dos árbitros acaba, portanto, criando uma barreira para a realização de um procedimento arbitral célere e menos custoso, além de dificultar um eventual acordo.

46. Na arbitragem, há, pois, a ideia de uma aplicação muito específica da lei, em que o fato é quase tão importante quanto o direito. O símbolo e a imagem da Justiça evoluíram no tempo e percebemos que ela não pode mais ter olhos fechados. A justiça de hoje é a mesma

caracterizada por Rafael, em seu célebre quadro que se encontra no Vaticano. É uma justiça de olhos abertos, mas que é imparcial. Trata-se de uma Justiça que não quer só aplicar a lei independentemente das suas consequências, mas quer fazê-lo de forma consciente e adequada ao caso concreto.

47. O árbitro tem a obrigação específica de atender às particularidades do caso. Já se disse que a sentença judicial é uma relativização do absoluto. A norma absoluta é relativizada para o caso. A sentença arbitral é relativizada com ponderação específica para o caso específico e isso tem importância básica na visão e no trabalho feito pelos árbitros e pelos advogados na arbitragem.

48. As várias críticas que muitos tem feito à “comercialização”²⁶ da arbitragem devem servir de alerta para uma conscientização sobre o instituto, já que, com ensina Pierre Lalive, a arbitragem deve ser vista como um serviço de justiça e não como uma mercadoria.²⁷ Deve-se reagir ao mercantilismo e acreditar numa Justiça que pode conciliar a ética e a eficiência, o direito e a economia, voltando, assim, às origens, à essência da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias, menos formal, mais expedito, mais humano e mais justo, no qual o elemento contratual desempenha um papel essencial, desde a sua origem.

26. Pierre Lalive. Absolute finality of arbitral awards?, *RArb* 19, ano 5. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2008, p. 67 et seq.

27. Pierre Lalive. Sur une ‘commercialisation de l’arbitrage international’. *Liber amicorum claudes reymond: autour de l’arbitrage*. Paris: Litec, 2004, p. 167.