

Unknown

ÁRBITRO

juiz de fato e de direito
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 40/2014 | p. 181 | Jan / 2014
DTR\2014\1003

Hermes Marcelo Huck

Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da USP. Árbitro. Advogado.

Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.

Área do Direito: Arbitragem

Resumo: O artigo trata do papel do árbitro como juiz de fato e de direito, discutindo questões relevantes quanto à possibilidade ou não de as partes e o Poder Judiciário limitarem a cognição do Tribunal Arbitral sobre questões fáticas e jurídicas envolvendo o litígio que lhe foi submetido para solução.

Palavras-chave: Árbitro - Arbitragem - Cognição - Limites - Fato - Direito.

Abstract: This paper examines the role of the arbitrator as "judge of fact and law" and discusses relevant matters regarding the possibility of the parties and the Judiciary to limit the cognition process of the Arbitral Tribunal regarding facts and legal aspects of the case subject to its decision.

Keywords: Arbitrator - Arbitration - Cognition - Limits - Fact - Law.

Sumário:

1.Introdução - 2.O significado da expressão "juiz de fato e de direito" - 3.Limites e controle dos poderes do árbitro na análise de questões de fato e de direito - 4.Bibliografia

1. Introdução

Completando a Lei 9.307/1996 dezoito anos de vigência em 2014, a arbitragem mostra já ter conquistado espaço definitivo como forma de solução de conflitos em contratos comerciais, no Brasil. Algumas variáveis importantes conduziram a essa resultante, dentre elas – e inegavelmente – a morosidade do Judiciário, seu despreparo para o trato com negócios mais sofisticados, bem como a possibilidade de sigilo no processo arbitral. Ante esse sucesso, não raro se vê em congressos e seminários sobre arbitragem – e como os há pelo mundo – a afirmação de que o procedimento arbitral no Brasil, rapidamente, atingiu o amadurecimento. A arbitragem cresceu e tornou-se adulta, chega-se a proclamar.

Essa, entretanto, é uma meia verdade. A arbitragem brasileira ganhou força e credibilidade, porém apenas está ingressando na adolescência. Durante o período de 1996 a 2001, a Lei de Arbitragem, ainda que devidamente aprovada e em vigor, viveu momentos de incerteza profunda, por força da discussão que se travava no STF sobre sua constitucionalidade (SEC 5.206-7). Foi a chancela de constitucionalidade aposta pelo Supremo que deu a verdadeira largada na nova experiência da arbitragem brasileira.

A adolescência é período de contradições: o corpo se desenvolve rapidamente, atingindo o ápice da forma física, mas a mente não evolui com a mesma velocidade. O amadurecimento mental vem a reboque do crescimento físico. É também na adolescência que o indivíduo define e afirma sua personalidade e mostra-se como será no futuro. Essa é a fase pela qual passa a arbitragem no Brasil.

Nessa perspectiva, constata-se que um dos pontos de incertezas na teoria e prática da arbitragem reside em suas confluências com o Poder Judiciário. Na segurança desse relacionamento de equilíbrio e trocas pode estar a garantia do crescimento saudável do processo arbitral brasileiro. Definir os limites para a intervenção do juiz estatal na arbitragem é tarefa crítica que não pode ser evitada e muito menos menosprezada. O tema da produção de provas destinadas ao convencimento do árbitro é fértil o suficiente para ser usado como teste e amostra da necessidade de um bom

relacionamento árbitro/juiz. Ou, muito ao contrário.

Ao julgar a Ap 0351390-45.2011.8.19.0001, a 6.^a Câm. Civ. do TJRJ anulou sentença arbitral proferida sem que o Tribunal Arbitral tivesse admitido a realização de prova pericial contábil, pleiteada pela parte vencida. O Tribunal de Justiça entendeu que, ao negar a realização daquela prova, os árbitros teriam violado o princípio do contraditório.

Não se busca aqui fazer uma análise crítica sobre a correção ou não daquela decisão judicial. Para tanto, seria necessário um estudo cuidadoso do respectivo processo judicial, do procedimento arbitral, além das razões fáticas e jurídicas que teriam levado árbitros e desembargadores às decisões que tomaram.

Veja-se a questão, desde logo, sob o prisma teórico. Se a Lei de Arbitragem estabelece expressamente que "o árbitro é juiz de fato e de direito" (art. 18 da LA), em que medida a liberdade do árbitro na formação de seu convencimento e, em especial, na atividade de controle e apreciação das provas, pode ser limitada, seja pelas partes, seja pelo Poder Judiciário?

Tal questão atinge em cheio o âmago da arbitragem, qual seja, a liberdade dos que dela participam – partes e árbitros. Autonomia da vontade é a seiva vital da qual se nutre a arbitragem. Quando as partes se comprometem com a arbitragem, estão inserindo um novo item no negócio que fazem. A opção arbitral ingressa na operação contratual, integrando-a tanto quanto seu objeto e preço. Jurisdição e contrato, a arbitragem não existe sem liberdade e autonomia das partes.

Mais além do processo judicial, em que as partes escolhem *o que* vai ser julgado (ou seja, o objeto do processo), na arbitragem, por força do princípio da autonomia da vontade, também cabe às partes escolher *quem* vai julgar (os árbitros), *que normas* serão aplicadas no julgamento (as regras de direito material) e *como* o julgamento deverá se desenrolar (o procedimento).

Tal liberdade, ainda que essencial, não é absoluta e a própria Lei 9.307/1996 estabelece limites a seu exercício. Assim, quanto ao objeto do processo, a lei prevê que a arbitragem somente poderá versar sobre direitos patrimoniais disponíveis e conflitos entre pessoas capazes de contratar (art. 1.o da LA). Quanto às regras de direito material aplicáveis ao litígio, a Lei de Arbitragem estabelece que estas não podem contrariar a ordem pública e os bons costumes (art. 2.o, S 1.o, da LA).

Por fim e no que mais interessa ao tema deste artigo, quanto ao procedimento arbitral, a lei prevê, como limite à liberdade das partes e dos árbitros, a necessidade de serem respeitados "os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento" (art. 21, S 2.o, da LA). Foi com base nessa norma, que o Poder Judiciário fluminense anulou sentença arbitral proferida no procedimento em que foi indeferida pelos árbitros a realização de prova pericial pleiteada por uma das partes.

A produção da prova é o meio legítimo de as partes trazerem ao julgador o conhecimento dos fatos sobre os quais se assentam os direitos por elas invocados. Provas são produzidas pelas partes, mas têm como destinatário o julgador. Seu objetivo é a formação do convencimento do julgador quanto a algum ponto controvertido de fato para propiciar a correta aplicação do direito ao caso concreto.

E aqui se encontra o âmago da discussão que, embora teórica, tem importantes consequências práticas: a caracterização do árbitro como juiz de fato e de direito e a possibilidade – ou não – de limitação de sua atividade cognitiva quanto à análise das questões de fato e de direito, seja prévia ou concomitantemente com o processo arbitral, pelas partes, seja posteriormente, pelo Poder Judiciário.

2. O significado da expressão "juiz de fato e de direito"

O art. 18 da Lei de Arbitragem estabelece expressamente que "o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

A expressão "juiz de fato e de direito" vem – de há muito – vinculada à arbitragem no direito brasileiro, figurando em diversos diplomas legais que trataram anteriormente da matéria.¹ A busca de seu significado e consequências, contudo, não resulta tão clara, dando ensejo a discussões.

Comentando o art. 18 da LA, Carlos Alberto Carmona considera ser "possível que o legislador, ao empregar a consagrada expressão 'juiz de fato e de direito', tenha tido em mente a ideia de que em

alguns juízos separam-se as decisões de fato e de direito (como ocorre com o julgamento do júri, onde apenas os fatos são submetidos aos jurados, enquanto toca ao juiz togado aplicar o direito), querendo deixar consolidada a ideia de que no juízo arbitral não se fará tal separação; talvez tenha o legislador querido ressaltar que, por conta de sua investidura privada, os árbitros são juizes de fato (privados), mas sua decisão produz a mesma eficácia da decisão estatal (daí serem também juizes de direito); talvez tenha o legislador querido ressaltar que o árbitro lidará tanto com as *questiones facti* quanto com as *questiones iuris*. Seja como for, resulta claro desta fórmula, verdadeiramente histórica, que o intuito da lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito" (*Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 268-269).²

Deixando de lado qual tenha sido o preciso significado que o legislador buscou atribuir à expressão que já vinha sendo utilizada na legislação pretérita, o que se tem claro é que, no sistema da Lei 9.307/1996, o fato de caracterizar o árbitro como "juiz de fato e de direito" e isentar a sentença por ele proferida de qualquer controle recursal ou homologatório pelo Poder Judiciário significa atribuir ao árbitro cognição plena, exauriente e definitiva tanto em relação às questões de fato, quanto em relação às questões de direito que lhe são submetidas pelas partes.

Partindo dessa hipótese, a questão crítica que se coloca concentra-se nos poderes do árbitro quanto ao conhecimento e decisão das questões de fato e de direito e à possibilidade de limitação de tais poderes seja pelas partes, seja pelo Poder Judiciário.

3. Limites e controle dos poderes do árbitro na análise de questões de fato e de direito

3.1 Podem as partes limitar a atividade cognitiva do árbitro em matéria de direito?

Característica fundamental da arbitragem é a liberdade de que dispõem as partes para escolher o conjunto de normas de direito material que os árbitros devem aplicar ao caso concreto. Nesse ponto, as partes podem limitar a atividade cognitiva do árbitro em matéria de direito, orientando-a (e.g. aplicar o Código Civil (LGL\2002\400) francês).³ Segundo o que as partes decidam, os árbitros estarão vinculados, no processo decisório, às regras de um determinado direito material ou autorizados a decidir por equidade ou ainda, por exemplo, valerem-se das estruturas da *Lex Mercatoria*.

A liberdade das partes na escolha da regra material aplicável ao caso, no entanto, tem seus limites. As normas eleitas não podem violar os bons costumes e a ordem pública brasileira (art. 2.o, S 1.o, *in fine*, da LA).⁴ Assim, embora escolhida pelas partes, o árbitro pode (*rectius*: deve), portanto, se recusar a aplicar lei material contrária à ordem pública ou aos bons costumes, aplicando outro ordenamento mais adequado ao caso.

3.2 Pode o Poder Judiciário controlar a aplicação do direito material pelo árbitro?

Em regra, o Poder Judiciário não pode controlar a correção da aplicação da lei material pelo árbitro. As formas de controle judiciário sobre a sentença arbitral são a ação anulatória prevista nos arts. 32 e 33 da LA e a impugnação à execução da sentença arbitral.⁵ No caso da sentença arbitral estrangeira, há ainda o controle exercido pelo STJ, no processo de homologação. Em nenhuma dessas hipóteses há que se falar em controle do mérito da sentença arbitral, no que toca à eventual aplicação incorreta das normas de direito material ao caso concreto.

No entanto, indiretamente, se o juiz togado tiver de intervir no processo arbitral em razão de algum provimento cautelar ou se, posteriormente, tiver de executar a sentença arbitral e verificar que a lei material aplicada pelos árbitros viola os bons costumes ou a ordem pública, poderá recusar-se a efetivar a medida cautelar ou a executar a sentença arbitral.⁶

Assim, pode-se dizer que o Poder Judiciário não controla a correção ou a incorreção da aplicação da lei material pela sentença arbitral, mas apenas se a lei escolhida pelas partes e, portanto, a sentença ou decisão arbitral proferida com base nela, viola a ordem pública ou os bons costumes, podendo recusar-se a lhe dar efetividade.

3.3 Podem as partes limitar a atividade cognitiva do árbitro em matéria de fato?

O tema é tratado no art. 21 da Lei 9.307/1996, que assim dispõe "a arbitragem obedecerá ao

procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada", além disso, "não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo". E, por fim, o dispositivo legal impõe, "sempre", o respeito "aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento".

A resposta a essa questão depende de como se resolve o conflito entre, de um lado, o princípio da autonomia da vontade das partes ao definir o procedimento, em especial a atividade de produção das provas; e, de outro, o princípio do livre convencimento do árbitro.

A matéria não é pacífica e os regulamentos das Câmaras de Arbitragem orientam-se por distintas alternativas. O regulamento da CCI indica – de forma transversa – que, se alguma das partes pedir a realização de audiência, os árbitros obrigatoriamente deverão realizá-la.⁷ Já o regulamento da CCBC estabelece que a audiência só será designada se os árbitros a acharem necessária.⁸

Em matéria de prova deve haver flexibilidade. O mero fato de a parte requerer determinada prova não conduz necessariamente o Tribunal a sua realização, especialmente quando tal prova se afigura desnecessária ao convencimento dos árbitros ou demonstra intuito protelatório. O conflito entre essas duas posturas (realizar ou não a prova apenas porque foi requerida pela parte) deve ser resolvido em favor do livre convencimento do árbitro, principalmente nos casos em que este queira aprofundar a análise das questões de fato. Como o árbitro é o destinatário da prova, as partes não podem limitar seu conhecimento em relação a ela, e tampouco impedir que o Tribunal faça produzir determinadas provas, ainda que não requeridas pelas partes.⁹

3.4 Pode o Poder Judiciário controlar a atividade cognitiva do árbitro na resolução das questões de fato?

Neste ponto se chega ao tema objeto do recurso de apelação 0351390-45.2011.8.19.0001 do TJRJ, mencionado na introdução desse artigo. A situação assim se resume: uma parte requer a produção de uma prova e o Tribunal Arbitral a indefere por considerá-la desnecessária. Proferida a sentença em desfavor dessa parte, ela ajuíza ação anulatória alegando violação ao princípio do contraditório. Pode o juiz estatal nessa ação anulatória verificar se a prova era ou não necessária à luz das questões fáticas discutidas na arbitragem para anular a sentença arbitral?

No caso concreto, o TJRJ assim decidiu: "extrai-se do processo arbitral que a apelada reiterou, por algumas vezes, a produção de prova pericial contábil para aferir eventual prejuízo financeiro que a apelante poderia ter suportado, em razão dos defeitos apresentados pelos guindastes, sendo indeferida (...). A sentença proferida pelo Juízo Arbitral não obedeceu ao princípio constitucional do contraditório, pois condenou a apelada ao pagamento de quantia vultosa, sem oportunizar a realização de prova pericial contábil indispensável para aferir eventual indenização, haja vista a evidente incapacidade técnica do perito nomeado, engenheiro naval, para tal mister, devendo, portanto, ser declarada a nulidade da *sentença arbitral*" (TJRJ, Ap 0351390-45.2011.8.19.0001, 6.^a Câmb. Civ., j. 19.09.2012, rel. Des. Regina Lúcia Passos).¹⁰

Os princípios em conflito em situações como essa são, de um lado, o *contraditório*, que é de ser sempre respeitado no procedimento arbitral, sob pena de nulidade da sentença;¹¹ e, de outro lado, o *livre convencimento do árbitro* na análise das questões de fato submetidas a seu julgamento na arbitragem.

Especificamente sobre a aplicação do princípio do contraditório na arbitragem, Cândido Rangel Dinamarco comenta que, sendo "sabido que essa garantia se resolve na oferta de oportunidades para *participar*, tudo quanto for feito com vista a flexibilizar o procedimento arbitral, tornando-o aderente às peculiaridades do caso e promovendo a celeridade, deve ser feito de modo a não tolher às partes a efetiva oportunidade para participar do processo – *participar pedindo, participar provando, participar alegando*. Será maculado de inconstitucionalidade o que for feito em prejuízo dessa tríplice participação e da efetiva *ciência* dos atos dos outros sujeitos processuais" (*A arbitragem na teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26 – destaques no original).

No entanto, seja no processo judicial, seja na arbitragem, o princípio do contraditório, ainda que garantia de justiça, não se sobrepõe e revoga outros princípios, tão fundamentais como ele, como é o caso do livre convencimento do árbitro.¹² Desse confronto, emerge vencedor, em regra, o princípio

do livre convencimento, permitindo ao julgador indeferir uma prova que considere meramente protelatória ou irrelevante para a formação de seu convencimento e para solução da controvérsia.

Em outras palavras, o julgador não é obrigado a produzir todas e quaisquer provas pleiteadas pelas partes, mas apenas aquelas que considere relevantes para seu convencimento voltado à resolução de determinada questão de fato. O exercício desse poder de aferir a relevância ou não das provas pleiteadas pelas partes não é ilimitado e deve sujeitar-se a determinados critérios. Cabe, antes de tudo, indagar a quem cabe fazer o controle dessa relevância, se o árbitro ou o juiz estatal.

Partindo-se do sistema desenhado pela Lei de Arbitragem, incumbe ao árbitro aferir a relevância ou irrelevância da prova para a formação do seu próprio convencimento. Nem as partes, nem o Poder Judiciário, podem interferir nessa decisão.¹³

O art. 18 da LA determina que: "a sentença que proferir não fica sujeita a recurso". Vale dizer, diferente do juiz estatal que instrui o processo não só para seu próprio convencimento, mas também para o convencimento dos órgãos judiciais superiores, que poderão reapreciar sua decisão em grau de recurso, o árbitro é o único destinatário da prova, tendo plena condição de saber se esta é ou não relevante para a formação de sua convicção.

Além disso, as hipóteses do art. 32 da Lei de Arbitragem não preveem a possibilidade de controle do mérito da sentença arbitral pelo Poder Judiciário, de forma que a apreciação dos fatos e aplicação do direito jamais será objeto de reexame pelo juiz estatal, seja durante a arbitragem, seja posteriormente a ela.

Ainda a justificar a competência do árbitro para fazer tal controle, é de se admitir que esse, não raro, possui conhecimentos mais especializados a respeito da controvérsia em análise na arbitragem do que o juiz estatal, necessariamente um generalista. Ademais é inquestionável que o Tribunal Arbitral, usualmente, dispõe de mais tempo para analisar fatos e argumentos do processo. Assim, é possível que árbitro e juiz tenham interpretações diferentes – e mesmo contrárias – sobre o que é ou não relevante para a solução da controvérsia.

Nessa linha, José Emilio Nunes Pinto conclui que "o indeferimento da prova pericial pelos árbitros não pode ser visto como cerceamento de defesa", pois, "se a prova é produzida em favor dos árbitros e para que estes possam formar livremente seu convencimento, estando eles satisfeitos com o conjunto da prova produzida até então, não há razão para que retardem o encerramento da fase instrutória e se lancem à fase de deliberação" (Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem, *RBA* 25/13).

No entanto, a simples intuição sobre a importância da prova não pode ser suficiente para que o árbitro a aceite ou rejeite. Deve ser concreto e visível o limite do poder do árbitro para indeferir uma prova pleiteada pela parte sob o fundamento de ser irrelevante para seu convencimento. E esse limite, presença necessária na aferição da questão, assenta-se na observância de que o livre convencimento do árbitro há de ser sempre *motivado*, inclusive nas questões de fato, como a relevância ou irrelevância de uma prova (art. 26, II, da LA).¹⁴ –¹⁵

Assim, o árbitro poderá indeferir provas pleiteadas pelas partes quando estas forem irrelevantes para a formação de seu convencimento, ficando, porém, obrigado a demonstrar, na motivação da sentença, as razões que o levaram à desconsideração da prova requerida por desnecessária. Vale ainda a advertência de José Ignacio Botelho de Mesquita de se tomar o critério da relevância da prova para ser utilizado como critério negativo, motivador de seu indeferimento.¹⁶ Ou seja, em regra, produz-se a prova pleiteada pela parte, apenas deixando de produzi-la caso esta seja, motivadamente, irrelevante para a solução da controvérsia.

Poderá o árbitro, quando da prolação da sentença, deixar expressa a irrelevância da prova pleiteada por uma das partes no curso do processo, demonstrando que o fato objetivado pela prova que se pretendia produzir, ainda que tivesse ocorrido em nada influenciaria o resultado do julgamento.

Portanto, sendo do árbitro a competência para aferir a relevância ou irrelevância da prova para a formação do seu convencimento e, estando demonstrada na motivação da sentença a desnecessidade daquela que foi indeferida no curso da arbitragem, não pode o Poder Judiciário anular a sentença arbitral por violação do contraditório, sob pena de, por via oblíqua, interferir no mérito da controvérsia, gerando insegurança para as partes que validamente elegeram a arbitragem

como meio de solução de seus litígios.

4. Bibliografia

Barbosa Moreira, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Botelho de Mesquita, José Ignacio. Prova: limitações ao poder de indeferi-la. *Teses, estudos e pareceres de processo civil*. São Paulo: Ed. RT. vol. 3.

Carmona, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Furtado, Paulo; Bulos, Uadi Lammêgo. *Lei da Arbitragem comentada*. São Paulo: Saraiva, 1997.

Giusti, Gilberto. O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 5. p. 7-14. São Paulo: Ed. RT., jan.-mar. 2005.

Martins, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Martins, Pedro A. Batista; Lemes, Selma Ferreira; Carmona, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999.

Parente, Eduardo de Albuquerque. *Processo arbitral e sistema*. São Paulo: Atlas, 2012.

Pinto, José Emilio Nunes. Anotações práticas sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*. vol. 25. p. 7-28. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2010.

Teixeira, Paulo César Moreira; Andreatta, Rita Maria de Faria Corrêa. *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 29.09.96*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

1 Art. 457 do Regulamento 737/1850: "os árbitros julgarão de facto e de direito, conforme a legislação commercial (Cap. I do Tit. I) e clausulas do compromisso".

Art. 1.041 do CC/1916 (LGL\1916\1): "os árbitros são juízes de fato e de direito, não sendo sujeito seu julgamento a alçada, ou recurso, exceto se o contrário convencionarem as partes".

Art. 1.078, CPC (LGL\1973\5): "o árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recursos, salvo se o contrário convencionarem as partes".

2 Ainda sobre o tema, confira-se: "O texto normativo expressa, sim, a essência jurisdicional devotada pelo legislador à atividade arbitral. Volta-se para os elementos *intrínsecos* da função exercida pelo árbitro. Função essa eminentemente jurisdicional. É nesse particular que a atividade arbitral se embrica com a do juiz togado. Ambos exercem *munus publicum*, a despeito da temporariedade dos poderes do árbitro. Ambos são chamados a resolver uma controvérsia, não obstante o caráter privado da nomeação do árbitro. Ambos manejam as questões de fato e de direito. Árbitros e juízes ordinários aplicam o direito ao caso concreto, componente maior da expressão da jurisdição (*iudicium*), muito embora não detenha o árbitro os poderes de coerção e de execução. Daí por que o árbitro é, sem dúvida, juiz de fato e de direito. Ao menos no que toca aos elementos *intrínsecos* da sua atividade" (Pedro A. Batista Martins, *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 218-219).

"Admitida e reconhecida a jurisdicionalidade da atividade arbitral, a relevância do debate, nos dias de hoje, está muito mais na percepção da limitação dos poderes dos árbitros no exercício de sua função jurisdicional, em face das disposições da Lei n. 9.307/1996. E esse debate, por seu turno, leva a uma questão de enorme relevância para o desenvolvimento da arbitragem em nosso país e que será tratada a seguir: a verdadeira 'cooperação' que deve ditar o relacionamento entre juízes e árbitros, dada a limitação de poderes destes, para que se cumpra a missão unívoca da pacificação social, mediante a resolução célere e eficaz dos conflitos (...). Assim é que o árbitro exerce atividade cognitiva plena, cabendo-lhe estudar o caso, investigar os fatos, colher as provas que entender

cabíveis e aplicar as normas legais apropriadas (*notio*). Do mesmo modo, tem o árbitro poder convocatório das partes, sem necessidade qualquer auxílio judicial, sendo certo que as partes vinculam-se a todos os atos do procedimento arbitral. Por fim, é inquestionável que, ao árbitro, compete proferir julgamento final que, no ordenamento atual, reveste-se da mesma eficácia da sentença judicial" (Gilberto Giusti, O árbitro e o juiz: da função jurisdicional do árbitro e do juiz. *RBA* 5/10-12).

3 Tal liberdade é expressamente prevista no art. 2.o da Lei de Arbitragem:

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

S 1.o Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

S 2.o Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio."

4 Nesse sentido, cf.: "o árbitro, ao contrário do juiz, não está vinculado exclusivamente à lei. Poderá julgar por equidade, se assim estiver autorizado pelas partes (...). O árbitro poderá decidir fora das regras do direito, de acordo com o seu real saber e entender. Todavia, decisão por equidade não significa decisão arbitrária; decisão desbaratada. Mesmo quando julgue por equidade deverá o árbitro, ao exarar a sentença, fazê-lo com bom senso atentando para a lógica, coerência e racionalidade (...). Deve preencher os requisitos do justo e razoável, posto que, mesmo quando decide por equidade, deve motivar a decisão exarada em face do imperativo constitucional (art. 93, IX) e por disposição legal (art. 26, II)" (Pedro A. Batista Martins; Selma Ferreira Lemes; Carlos Alberto Carmona, *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 268).

5 Cf. "A norma jurídica que for aplicada pelo árbitro em sua decisão não é motivo de exame de sua exatidão nem está presente entre as causas que podem anular uma sentença" (Paulo César Moreira Teixeira; Rita Maria de Faria Corrêa Andreatta, *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 29.09.96*, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 240).

6 Nesse sentido, afirmam Pedro Batista Martins e Carlos Alberto Carmona, respectivamente:

"A violação aos *limites* da liberdade contidos no S 1.o, *in fine*, do art. 2.o, da Lei brasileira de Arbitragem, deverá, em princípio, ser verificada após o curso do processo arbitral. Isso porque será justamente na arbitragem onde se aflorará e se debaterá a eventual infração, possibilitando, dessa forma, o *controle* ulterior pelo Poder Judiciário. Quero dizer que a barreira dos bons costumes e da ordem pública que limita a liberdade contratual dirige-se a um *controle* pós-arbitral. A lei escolhida, ou o mero exercício da opção, não viola, necessária e antecipadamente, os bons costumes ou a ordem pública. O que pode vir a violar tais princípios é a decisão proferida pelo árbitro com base na lei escolhida pelas partes. A lei não é, de antemão, atentatória à ordem pública ou aos bons costumes" (*Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 45-46).

"A decisão do árbitro não esgota a questão, pois o juiz togado será também instado a manifestar-se sobre a ordem pública diante de uma sentença arbitral que lhe seja submetida para execução, ou antes, se for instado a colaborar com o árbitro na concretização de providências instrutórias, executivas ou coativas em geral" (*Arbitragem e processo*, 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 69).

7 Art. 25.6 do Regulamento da CCI: "O tribunal arbitral poderá decidir o litígio apenas com base nos documentos fornecidos pelas partes, *salvo quando uma delas solicitar a realização de audiência*".

8 Art. 9.15 do Regulamento da CCBC: "Havendo prova pericial produzida, a audiência de instrução deverá ser convocada no prazo não superior a 30 (trinta) dias da entrega do laudo do perito. Não havendo produção de prova pericial a audiência de instrução, *se necessário*, será realizada no prazo de trinta dias, a contar do término do prazo de que trata o artigo 9.3".

9 Sobre o tema, confira-se Eduardo de Albuquerque Parente: "O problema concreto apresenta-se principalmente quando as partes querem uma coisa e apenas o árbitro, outra. Por exemplo, elas

pedem determinada perícia, o árbitro a reputa desnecessária. Elas querem debates orais em audiência, os árbitros não concordam. As partes não querem produzir certa prova, os árbitros a entendem fundamental para sua convicção. O ponto de desencontro realmente relevante se dá quando contrapomos partes de um lado e árbitros de outro. Até porque, se as partes não se entendem sobre determinado aspecto da prova, e não há nada convencionalizado sobre isso, pouca dúvida haverá. Até por razão lógica, alguém deve *desempatar*. E quem o faz é o árbitro (art. 21, S 1.o). (...) Não ignoramos as razões daqueles que defendem a primazia da vontade das partes. Afinal de contas, como temos mencionado tanto neste trabalho, a autonomia das partes é pressuposto processual e princípio estruturante do procedimento arbitral. Mas, talvez fruto da própria tradição de nosso direito, temos que ao final deve prevalecer o que querem os árbitros no tocante à prova. (...) Como dissemos no início desse tópico, a prova é produzida para levar fatos ao julgador. Não é produzida para as partes. Logo, o destinatário da prova, o árbitro, é quem deve ditar a regra em caso de impasse com os sujeitos parciais do processo" (*Processo arbitral e sistema*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 230-231).

10 O acórdão foi objeto de recurso, de modo que a discussão, atualmente, está sob a análise pelo STJ no AREsp 372.146/RJ, sob a relatoria do Min. João Otávio de Noronha (consulta do andamento processual em 24.02.2014).

11 "Art. 21 (...) S 2.o Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento."

"Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, S 2.o, desta Lei."

12 "Os princípios informativos do processo não são, como tais, absolutos. (...) O princípio do contraditório expressa valores da maior relevância; mas não é pouco frequente, no direito processual – e no direito *tout court* –, que primeiro o legislador, e depois o intérprete e o aplicador da lei se defrontem com situações em que a um valor se contrapõe outro também merecedor de tutela, e se vejam na impossibilidade de conciliá-los de tal modo que nenhum deles sofra o mínimo detrimento. Impõe-se, nesses casos, uma opção, que há de ser guiada pela regra do 'mal menor'" (José Carlos Barbosa Moreira, *A garantia do contraditório na atividade de instrução*, *Temas de direito processual: terceira série*, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 76-77).

13 Também nesse sentido, o entendimento de Eduardo de Albuquerque Parente: "Se ele, o árbitro, foi eleito, assim o foi para que decida sobre quais elementos de prova precisa para julgar. Que ele opte acerca de como deve ser conduzida a própria convicção. Que ele decida sobre o que é ou não é relevante para seu convencimento. A formação da sua convicção decorre do seu poder diretivo sobre as provas. Em caso de impasse com as partes, isso nada se altera. Não têm elas o poder de lhe determinar o que é ou não importante para sua própria formação cognitiva. Se ele tem um *munus* de julgar, é de bem julgar. E, para isso, só ele saberá o que precisa para aparelhar seu convencimento" (*Processo arbitral e sistema*, São Paulo: Atlas, 2012, p. 231).

14 "Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral: (...) II – os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se expressamente, se os árbitros julgaram por equidade."

15 Nesse sentido: "Vigora, igualmente, no procedimento arbitral, o sistema da persuasão racional, segundo o qual o juiz, inobstante apreciar livremente a prova, não segue as suas impressões pessoais, como no sistema da livre convicção, mas tira esta última das provas produzidas, de tal forma que se pode dizer que a convicção está na consciência formada pelas provas" (Paulo Furtado; Uadi Lammêgo Bulos, *Lei da Arbitragem comentada*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 83).

"O árbitro é livre para valorar as provas e formar seu convencimento. Esse convencimento, no entanto, não significa arbítrio, significa, isto sim, que chegando o árbitro a uma conclusão, ele deve expressar na fundamentação da sentença as razões determinantes do seu convencimento" (Paulo César Moreira Teixeira; Rita Maria de Faria Corrêa Andreatta, *A nova arbitragem: comentários à Lei 9.307, de 29.09.96*, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 267).

16 "O direito à prova não deve ser subordinado a limitações irracionais derivadas de avaliações

apressadas ou preconceituosas' (...), devendo tomar-se o critério da 'relevância' não mais no sentido positivo, mas no negativo; ou seja: só será lícito ao juiz indeferir a produção da prova, no caso de sua 'manifesta irrelevância'. (...) O ponto é delicado porque, conforme assinalado por Carnelutti, o juízo de transcendência ou de pertinência da prova é um juízo 'que se refere a ela', e é muito tênue a linha que, nesses casos, separa o juízo sobre a prova do juízo sobre o fato a ser provado. Grande é o risco de transformar o juízo sobre a prova em juízo sobre o mérito da causa (...). Precisamente para evitar que tal desbordamento ocorra é que se mostra importantíssima a exigência de que seja *manifesta a irrelevância* da prova, para que o juiz a possa indeferir" (José Ignacio Botelho de Mesquita, Prova: limitações ao poder de indeferi-la, *Teses, estudos e pareceres de processo civil*, São Paulo: Ed. RT, vol. 3, p. 154-155).