

O Controle Judicial sobre a Limitação à Produção Probatória Determinada pelos Árbitros. Violação ao Devido Processo Legal ou Revisão Indevida do Mérito?

RICARDO DE CARVALHO APRIGLIANO

Mestre e Doutor em Direito Processual pela Universidade de São Paulo. Diretor da Associação dos Advogados de São Paulo – AASP. Sócio do escritório Aprigliano Advogados Associados.

RESUMO: O artigo aborda as consequências decorrentes de limitações à produção probatória no curso da arbitragem, analisando os limites da atuação do Judiciário caso uma das partes proponha ação anulatória alegando cerceamento de defesa. São analisados os poderes das partes e dos árbitros de dispor sobre as provas, bem como a necessidade de respeito ao devido processo legal no curso do procedimento arbitral. Ademais, é abordada a questão complexa de como respeitar o limite da atuação do Judiciário nas ações anulatórias quando a análise de eventual violação ao devido processo legal pode acarretar indevida revisão do mérito. Por fim, o artigo estuda precedentes nacionais e internacionais, a fim de proporcionar uma visão geral de como o Poder Judiciário tem lidado com a questão da limitação da prova na arbitragem.

ABSTRACT: The article discusses the consequences of the restrictions on evidentiary production in the course of arbitration, analyzing the limits of the judicial role if one of the parties proposes an annulment action alleging retrenchment defense. It analyses the powers of the parties and arbitrators to dispose about the evidence, as well as the need to respect due process of law in the course of the arbitration proceedings. In addition, it is discussed the complex issue of how to respect the limits of the judicial role in annulment actions when the analysis of possible violation of due process may result in improper review of merits. Finally, the article examines national and international precedents in order to provide an overview of how the judiciary has dealt with the issue of the proof limitation in arbitration.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Arbitragem e Judiciário: cooperação, não interferência; 3 Disposições quanto às provas. Prerrogativa das partes e do Tribunal Arbitral; 4 O respeito ao devido processo legal como princípio geral da arbitragem. Consequências do seu descumprimento; 5 Cerceamento ao direito de defesa das partes versus revisão invasiva ao mérito; 5.1 Precedentes internacionais; 5.2 Precedentes nacionais; 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é mecanismo de solução de controvérsias utilizado tanto em disputas domésticas, que envolvam partes de um mesmo país e negócios relacionados exclusivamente ao país, como para disputas internacionais, nas quais haja partes de diferentes nacionalidades ou em que se opte por uma sede neutra ou, ainda, quando o negócio diz respeito ao comércio internacional.

O sucesso e o desenvolvimento da arbitragem nos últimos anos têm sido atribuídos a diversos fatores. Quanto aos de ordem jurídica, convém mencionar as premissas teóricas fundamentais sobre as quais se estruturam a grande

maioria das legislações em matéria arbitral, a saber: autonomia da convenção de arbitragem; a regra da competência-competência; a ampla liberdade das partes, inclusive e em especial quanto às provas; a impossibilidade de revisão da sentença arbitral quanto ao seu mérito; a desnecessidade de homologação da sentença arbitral perante o Judiciário; e, por fim, a limitação das hipóteses de anulação da sentença a questões de natureza formal, em rol taxativo¹.

O pilar essencial em que se funda a arbitragem é a autonomia da vontade², a qual permite às partes não apenas eleger o método em si para a solução de litígios que digam respeito a matérias disponíveis, como também o de determinar e definir inúmeros aspectos do procedimento. Entre outros, merece destaque a possibilidade de regular a produção de provas, o que abrange desde a delimitação de meios probatórios, a definição dos momentos e da ordem em que a instrução poderá se dar, até a regulamentação detalhada sobre cada modalidade de prova admitida no procedimento.

Tal liberdade encontra fundamento genérico não só naquele mesmo princípio da autonomia da vontade, mas também em disposições legais específicas que asseguram às partes e aos árbitros a possibilidade de determinar a produção probatória nos moldes mais adequados ao caso concreto. Os limites a esta liberdade são definidos pela regra, igualmente generalizada, de observância do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade dos árbitros e, como regra de fechamento, do devido processo legal.

O foco deste estudo é examinar as hipóteses em que a anulação da sentença arbitral se faz sob o fundamento do cerceamento do direito à prova e em que medida tal exame pode ser feito sem que tal julgamento acabe por incorrer em violação a outro princípio fundamental do processo arbitral: a impossibilidade de revisão da decisão quanto ao mérito.

Em outras palavras, se os árbitros restringem determinados meios de prova, e com isso maculam potencialmente a sentença arbitral pela violação ao devido processo legal, como, quando e em que extensão pode ocorrer algum controle judicial? A questão é relevante, especialmente porque, como é notório, o controle judicial que se admite em relação às decisões arbitrais se limita a aspectos formais, sem jamais importar revisão das decisões quanto ao mérito.

2 ARBITRAGEM E JUDICIÁRIO: COOPERAÇÃO, NÃO INTERFERÊNCIA

A consideração de que não pode haver interferência ou supervisão do Judiciário sobre a arbitragem é, de um modo geral, bastante difundida. A efetividade e o desenvolvimento do próprio método dependem da sua capacidade

1 Sobre estes aspectos fundamentais da arbitragem no Direito brasileiro, ver, por todos, CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

2 BOSCO LEE, João; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *A arbitragem no Brasil*. 1. ed. Programa CACB-BID de fortalecimento da arbitragem e da mediação comercial no Brasil. Brasília, 2001. p. 21.

de controlar a si mesmo, bem como de assumir uma posição de antecedência no que diz respeito ao controle da sua regularidade.

Para ilustrar esta situação, basta lembrar que, no Brasil, até a edição da Lei nº 9.307/1996, a cláusula compromissória não era dotada de eficácia para, desde logo, vincular as partes e afastar a competência do Poder Judiciário. A falta de previsão de autonomia da convenção de arbitragem, aliada à necessidade de homologação judicial das sentenças arbitrais, tornavam o método completamente inútil, desprovido das suas maiores e mais conhecidas vantagens³.

A partir da edição da lei específica, a convenção de arbitragem passou a ser dotada de caráter vinculante, impondo-se às partes e obrigando-as a submeter os seus conflitos à arbitragem. Previu-se, inclusive, uma ação judicial própria para compelir a parte, que, diante de cláusula compromissória dita vazia, se recusasse posteriormente a instituir o juízo arbitral⁴.

Quanto à relação entre árbitros e juízes, a lei brasileira prevê a cooperação do juiz togado para a condução coercitiva de testemunhas (art. 25), bem como a hipótese em que o árbitro, tendo concedido medidas de urgência em favor de uma das partes, pode solicitar ao juiz togado que execute a referida medida (art. 22, § 4º). O dispositivo despertou polêmicas. Para alguns autores, as partes devem recorrer ao Judiciário para requerer tais medidas de urgência, cabendo ao juiz apreciá-las e, caso as defira, determinar a sua execução. Haveria aqui uma medida de urgência incidental, requerida ao juiz togado em uma espécie de “janela” de competência do árbitro, justamente por lhe faltar a *coercio* necessária para fazer cumprir as decisões que proferir⁵.

Para outros, no entanto, é dos árbitros a competência para proferir decisões de natureza urgente, sejam cautelares ou antecipatórias. A esse respeito,

- 3 Sobre os aspectos contratuais da convenção de arbitragem, remete-se o leitor ao estudo de minha autoria, “Aspectos contratuais da cláusula compromissória” (*Revista do Advogado*, v. 116, 2012, p. 174-192, 2012). Ver, ainda, de forma mais abrangente, a obra de Luis Fernando Guerrero, *Convenção de arbitragem e processo arbitral* (São Paulo: Atlas, 2009).
- 4 A respeito da ação executiva específica do art. 7º da Lei de Arbitragem, Pedro A. Batista Martins afirma que a simples existência de cláusula compromissória não seria suficiente para legitimar a propositura desta ação, na medida em que o interesse de agir está condicionado à demonstração do descumprimento, pelo devedor, da obrigação de instituir a arbitragem. Bastaria, portanto, a parte juntar aos autos prova da notificação e do não comparecimento do devedor na data, na hora e no local predeterminados para a assinatura do compromisso ou da recusa deste em firmar o instrumento (*Apontamentos sobre a lei de arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 119 e ss.).
- 5 Essa foi a opinião manifestada, por exemplo, por Humberto Theodoro Jr. quando a Lei de Arbitragem entrou em vigor: “As medidas liminares coercitivas, sejam cautelares ou de antecipação de tutela, não cabem aos árbitros, mas aos juízes regulares do Poder Judiciário” (THEODORO JR., Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. *Revista Forense*, ano 97, n. 353, p. 113, jan./fev. 2001). Cf., ainda, BULOS, Uadi Lammêgo; FURTADO, Paulo. *Lei de arbitragem comentada: breves comentários à Lei nº 9.307, de 23.09.1996*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1998. p. 97. No Direito italiano, há proibição expressa de poderes para medidas de urgência por árbitros. O art. 818 do *Codice di Procedura Civile* prevê que “os árbitros não podem conceder sequestro, nem outros provimentos cautelares, salvo disposição contrária de lei”. Há relato de que a lei de arbitragem da China também não permite a concessão desse tipo de medidas por árbitros. Sobre o assunto, cf. CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. Dissertação de Mestrado pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013. p. 81 e ss.

Mateus Aimoré Carreteiro pondera que a Lei de Arbitragem “é fonte de competência aos árbitros para tutelas de urgência”. Isso porque, ainda de acordo com o autor, nunca houve a intenção de proibir a concessão de tutelas de urgência pelos árbitros ou condicioná-la à expressa manifestação de vontade das partes, assim como essa interpretação preserva a intenção inicial das partes, manifestada por meio da convenção de arbitragem, de ter todas as suas questões resolvidas pelos árbitros⁶. Esta parece ser a opinião mais abalizada, mais compatível com os princípios sobre os quais a lei brasileira de arbitragem foi estruturada. Ocorre aqui fenômeno semelhante ao das cartas precatórias. A autoridade encarregada da decisão não pode executá-la diretamente, razão pela qual solicita a cooperação de outra autoridade⁷. Há uma partilha de competências entre elas, de forma que uma profere a decisão que a outra implementa, efetiva.

Especificamente sobre a cooperação entre juiz e árbitro com relação a tutelas de urgência, Flávio Luiz Yarshell pondera o seguinte:

Portanto, quando se trata de decidir se a medida de urgência deve, ou não, ser determinada, essa prerrogativa é exclusiva do árbitro e escapa ao controle judicial o mérito da correspondente decisão. Em contrapartida, deduzido o pedido perante o árbitro – como deve ocorrer – não poderá a parte, diante de eventual negativa, pretender socorro estatal subsidiário.⁸

A cooperação, neste sentido, impede que o juiz adentre o mérito da causa do processo arbitral.

Cuida-se de exemplo emblemático da colaboração que a lei brasileira de arbitragem pretende ver estabelecida entre as duas modalidades de prestação jurisdicional⁹. Não obstante, especialmente por se tratar de figura ainda relativamente nova, a arbitragem sofre resistências típicas de quem desconhece as suas características e nuances. Acredita-se, ainda hoje, que o Judiciário possa perder espaço para a arbitragem ou que um juiz não pode jamais ser colocado em situação de igualdade em relação a um particular que esteja atuando na condição de árbitro.

No plano internacional, as legislações de diversos países e os tratados internacionais igualmente dispõem a respeito desta cooperação necessária entre tais esferas. A título exemplificativo, destaca-se o Artigo III da Convenção de Nova Iorque:

6 CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*, op. cit., p. 90 e ss.

7 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, op. cit., p. 313.

8 YARSHELL, Flávio Luiz. Brevíssimas notas a respeito da produção antecipada de prova na arbitragem. *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 14, ano 4, p. 53, jul./set. 2007.

9 Não obstante, na Lei Modelo da Uncitral há previsão de medidas de urgência concedidas por órgãos judiciais mesmo durante a arbitragem: “Art. 9º O pedido de uma medida provisória feito por uma das partes a um tribunal estatal, antes ou durante o procedimento arbitral, bem como a concessão de tais medidas pelos tribunais estatais, não são incompatíveis com a convenção de arbitragem”.

Cada um dos Estados Contratantes reconhecerá a autoridade de uma sentença arbitral e concederá a execução da mesma nos termos das regras de processo adoptadas no território em que a sentença for invocada, nas condições estabelecidas nos artigos seguintes. Para o reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais às quais se aplica a presente Convenção, não serão aplicadas quaisquer condições sensivelmente mais rigorosas, nem custas sensivelmente mais elevadas, do que aquelas que são aplicadas para o reconhecimento ou a execução das sentenças arbitrais nacionais.

Da mesma forma, a Lei Modelo da UNCITRAL cuida do âmbito de intervenção dos tribunais estatais, prevendo, em seu Artigo 5º, que “[o]s tribunais estatais não poderão intervir em nenhuma questão regulamentada por esta Lei, exceto nos casos aqui previstos”. Entre as exceções, hipóteses de interferência do Judiciário na nomeação dos árbitros, caso as partes assim o desejem (Art. 11, §§ 3º e 4º). Neste caso, a supremacia da autonomia das partes é preservada, na medida em que o poder estatal é invocado de comum acordo. Ainda, o recurso ao Poder Judiciário para objeção quanto à nomeação dos árbitros¹⁰.

A modalidade de controle propriamente dito da sentença arbitral é a ação anulatória, proposta perante o Poder Judiciário no prazo decadencial de 90 dias¹¹. A lei brasileira de arbitragem, a exemplo do que fazem os diplomas estrangeiros, traz hipóteses taxativas em que tal anulação pode se dar. Todas elas são relacionadas a aspectos formais, de regularidade da convenção de arbitragem, do processo e da sentença arbitral. Não há nem deve haver espaço para o reexame das questões relacionadas ao mérito, e mesmo as hipóteses de vícios formais devem receber interpretação a mais restritiva possível¹².

- 10 Neste caso, o art. 13, § 3º, prevê uma hipótese de objeção judicial à nomeação ao árbitro, que se processa enquanto tramita o processo arbitral. Rejeitada pelo árbitro a alegação da sua própria objeção, o processo arbitral seguirá o seu trâmite. Enquanto isso, sem a aptidão de suspender a demanda arbitral, as partes podem requerer ao juiz togado que decida sobre aquela mesma objeção: “Art. 13. [...] § 3º Se a objeção realizada segundo o procedimento acordado entre as partes ou nos termos do parágrafo 2.º do presente artigo não for bem sucedida, a parte que pretende objetar o árbitro pode, no prazo de 30 (trinta) dias, após ter-lhe sido comunicada a decisão que recusou a objeção, pedir a um tribunal estatal ou a outra autoridade referida no art. 6º que decida sobre a objeção; essa decisão será insuscetível de recurso; enquanto referido pedido estiver pendente de decisão, o tribunal arbitral, incluindo o árbitro objetado, poderá prosseguir o procedimento arbitral e proferir uma sentença arbitral”.
- 11 A lei brasileira fala em nulidade da sentença arbitral, o que pode induzir o intérprete a erro quanto à natureza da demanda. A doutrina majoritariamente esclarece que “a Lei de Arbitragem melhor teria feito se fizesse referência à anulabilidade da sentença arbitral, pois via de regra, a sentença arbitral vale enquanto não for atacada judicialmente, e se não for impugnada nos prazos e meios legais, se convalida definitivamente, ainda que pudesse ser originalmente viciada” (FONSECA, Rodrigo Garcia. Reflexões sobre sentença arbitral. *Revista de Mediação e Arbitragem*, n. 6, ano 2, p. 61-62, jul./set. 2005). Ver, também, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La nuova legge brasiliana sull'arbitrato. *Rivista dell'Arbitrato*, v. 1, p. 1-18, 1997, especialmente p. 13; APRIGLIANO, Riccardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. 1. ed. São Paulo: Atlas S/A, 2011. p. 47.
- 12 Com razão, pondera Rafael Francisco Alves que, “se é inadmissível fechar as portas do Poder Judiciário para lesões ou ameaças a direitos que tenham ocorrido na arbitragem, também é inadmissível que essa porta esteja aberta de tal forma que quaisquer inconformismos possam, por si sós, pôr a perder todo o trabalho desenvolvido na arbitragem, terminando por comprometer as vantagens que o instituto poderia oferecer às partes que livremente optaram por essa alternativa de composição” (Jurisprudência estatal nacional comentada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 14, p. 140, abr./jun. 2007).

Cuida-se de demanda de natureza constitutiva negativa, que visa a eliminar os efeitos produzidos pela sentença recorrida¹³. E justamente porque se trata de decisão equiparada, para todos os efeitos, à sentença judicial, a eficácia da sentença arbitral não se suspende pelo ajuizamento da ação anulatória, podendo a parte credora pleitear o cumprimento da sentença, ainda que na pendência da ação anulatória.

O apoio dado pelo Poder Judiciário ao processo arbitral se manifesta também na execução (cumprimento) da sentença arbitral, que é realizada perante o juiz togado, cujas atribuições jurisdicionais incluem os poderes de coerção e a possibilidade de invasão do patrimônio do executado.

Como será visto no tópico a seguir, em relação às provas vigora, com rigor ainda maior, a regra de não interferência da atividade estatal sobre a arbitral, seja porque não se estabelecem mecanismos de interação na fase probatória (com a ressalva da hipótese contemplada na lei acerca da condução coercitiva de testemunha, que pode ser requerida ao Judiciário), seja porque o controle sobre a pertinência ou não das provas compete exclusivamente aos árbitros.

3 DISPOSIÇÕES QUANTO ÀS PROVAS. PRERROGATIVA DAS PARTES E DO TRIBUNAL ARBITRAL

Outrossim, quanto às provas, vigora amplamente o princípio da autonomia da vontade. As partes podem determinar quais as provas querem produzir, estabelecer restrições em relação a alguns meios de prova, limitar os poderes instrutórios dos árbitros e, de um modo geral, determinar o modo como se dará a instrução¹⁴.

Essa ampla liberdade encontra fundamento positivo no art. 22 da Lei, que faculta aos árbitros “tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício”. A lei também prevê que, na ausência de determinação pelas partes (diretamente ou por remissão ao regulamento de um órgão arbitral), caberá aos árbitros regular o procedimento (LBA, art. 21).

Não é incomum, entretanto, que as convenções de arbitragem limitem-se a escolher um órgão institucional encarregado de administrar o processo, nos

13 Também neste aspecto há grande uniformidade no tratamento legislativo da ação anulatória. A Itália prevê a *impugnazione per nullità*, na França e na Bélgica, o *recours en annulation*. A figura é denominada *ação de anulação* em Portugal e *anulación* na Espanha. Sobre um amplo panorama comparado, ver BONATTO, Giovanni. *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*. Napoli: Jovene Editore, 2012.

14 Os árbitros podem deferir algumas provas primeiro, e só apreciar outras depois, sem qualquer rigor ou forma preestabelecida. Se houver necessidade de condução forçada de testemunhas, o árbitro a defere e solicita o cumprimento ao juiz por simples ofício (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 317-318).

termos do seu regulamento. Será por referência a este regulamento, portanto, que as partes escolherão as regras procedimentais mínimas de sua arbitragem.

Contudo, invariavelmente, será necessário definir outros aspectos do procedimento e, em particular, das provas. Nas arbitragens internacionais, será ainda preciso enfrentar as diferenças culturais e de origem, tanto das partes como dos árbitros. Quanto à instrução probatória, o confronto entre os modelos de *civil law* e de *common law* assume particular relevância.

Nas normas sobre arbitragem internacional, prevalece a tônica de relegar às partes e, na sua omissão, aos árbitros, o poder de regular a matéria probatória. Novamente, vale mencionar a Lei-Modelo da UNCITRAL, que inclui entre os poderes dos árbitros o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida¹⁵. Igualmente, a International Bar Association – IBA possui as suas “Rules on the taking of Evidence”, nas quais há sugestão de cláusulas contratuais escolhendo tais regras para a produção de provas, de forma complementar ao órgão institucional escolhido para administrar a arbitragem.

Disposição semelhante, com amplos poderes aos árbitros, encontra-se no Regulamento da AAA – American Arbitration Association, o qual também prevê poderes ao tribunal arbitral de determinar a admissibilidade, a relevância, a materialidade e o peso das provas oferecidas por qualquer das partes¹⁶. Em linhas semelhantes, os regulamentos das mais tradicionais câmaras arbitrais brasileiras, como a Câmara de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da FIESP-CIESP, a Câmara Americana de Comércio (Amcham), a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial do Rio de Janeiro (CAMAERJ) e a Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB)¹⁷.

Assim, seja por seus princípios gerais, seja pela previsão específica das leis e dos regulamentos arbitrais, pode-se afirmar, com segurança, que vige um sistema em que o juízo de valor sobre toda a matéria relativa às provas compete ao árbitro, a quem cumpre zelar pelo respeito ao devido processo legal e aos

15 “Art. 19 (2). Na falta de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sem prejuízo das disposições da presente Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado. Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a pertinência, a importância e a matéria de qualquer prova produzida.”

16 AAA Rules:

“Art. 19.3. At any time during the proceedings, the tribunal may order parties to produce other documents, exhibits or other evidence it deems necessary or appropriate.”

“Art. 20.6. The tribunal shall determine the admissibility, relevance, materiality and weight of the evidence offered by any party. The tribunal shall take into account applicable principles of legal privilege, such as those involving the confidentiality of communications between a lawyer and client.”

17 Art. 7.4 (Regulamento CCBC); art. 8.5 (Regulamento FIESP-CIESP); art. 9.5 (Estatuto do Centro de Arbitragem AMCHAM).

seus corolários, assegurando igualdade de tratamento e a possibilidade de as partes apresentarem as suas alegações¹⁸.

Em termos práticos, esta liberdade das partes e do tribunal arbitral quanto às provas pode abranger, exemplificativamente: (i) o de determinar ou não a realização de audiências, seja para debates orais, seja para colheita de prova oral; (ii) restringir determinados meios de provas, tais como a vedação a testemunhas e a ênfase em provas documentais; (iii) a determinação da ordem de produção destas provas, relegando-se, *v.g.*, a prova pericial para depois da audiência de instrução¹⁹; (iv) limitando o tempo de inquirição das testemunhas, obrigando as partes a dividirem o tempo total entre as suas testemunhas da forma que melhor lhes aprouver.

Mencione-se, ainda, as situações em que as partes apresentam depoimentos escritos de suas testemunhas fáticas, os quais podem ser posteriormente ratificados e impugnados na audiência de instrução, mediante o mecanismo da *cross examination*.

Especificamente, a cooperação entre Tribunal Arbitral e Judiciário Estatal abrange, inclusive, o procedimento de produção de provas, como se denota do disposto no art. 27 da Lei-Modelo da UNCITRAL:

Artigo 27º. Auxílio de um tribunal estatal na obtenção de provas

O tribunal arbitral, ou uma das partes com a aprovação do tribunal arbitral, pode solicitar auxílio na obtenção de provas a um tribunal competente do presente Estado. O tribunal estatal pode responder à solicitação nos limites de suas competências e de acordo com as suas próprias regras relativas à obtenção de provas.

4 O RESPEITO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO PRINCÍPIO GERAL DA ARBITRAGEM. CONSEQUÊNCIAS DO SEU DESCUMPRIMENTO

Não obstante o que se afirmou no tópico anterior, decorre também do direito positivo brasileiro a preocupação com outro conjunto de valores e aspectos fundamentais da arbitragem, que dizem com a regularidade do procedimento e o respeito ao devido processo legal. No direito brasileiro, a sentença arbitral que desrespeitar os princípios processuais da ampla defesa, do contraditório, da igualdade das partes e da imparcialidade e, de um modo geral, do

18 Segundo Cândido Rangel Dinamarco, “é para efetivar a *celeridade* na efetiva solução do litígio e para obter grande *aderência* às realidades e circunstâncias do conflito, buscando a justiça sem servidão a dogmas do processo civil comum, que o sistema arbitral confere grande liberdade de escolha às partes, e aos árbitros grande poder de condução do procedimento. É para assegurar a *segurança jurídica* devida às partes que essa liberdade encontra limites naquelas garantias constitucionais” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 54).

19 José Emilio Nunes Pinto defende a praticidade desta medida. Segundo a sua experiência profissional, a perícia pode acabar se relevando desnecessária, poupando tempo e dinheiro e abreviando a solução do litígio (Anotações práticas sobre a produção de provas na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 25, p. 13, jan-fev./mar. 2010).

devido processo legal está sujeita à ação anulatória prevista no art. 32 da Lei nº 9.307/1996.

A Convenção de Nova Iorque, da mesma forma, considera que, nos casos em que a parte não teve oportunidade de “*fully present the case*”, pode se dar a recusa à homologação da sentença estrangeira, por violação ao devido processo legal²⁰.

Prosseguindo, o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados se ocorrer violação à ordem pública. E na medida em que neste conceito de ordem pública da Convenção de Nova Iorque estão abrangidas tanto a material como a processual (ainda que, nos dois casos, em sua perspectiva internacional e não doméstica), referida norma acaba por abranger as demais situações de violação ao devido processo legal. Bem por isso Fouchard, Gaillard e Goldman afirmam que os limites da liberdade das partes e dos árbitros em relação à determinação do procedimento são encontrados na ordem pública processual internacional, o que abrange especialmente a igualdade das partes e o respeito ao devido processo legal²¹.

A lei brasileira, que procurou incorporar os preceitos da Convenção de Nova Iorque quanto ao reconhecimento das sentenças estrangeiras, antes mesmo da sua aceitação no ordenamento brasileiro, previu hipótese aparentemente mais restrita, visto que fala apenas em falta de notificação da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou que tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa.

Contudo, em 2002, a Convenção de Nova Iorque foi finalmente aprovada e ratificada, de forma que o seu texto original tornou-se direito positivo no Brasil e, por ele, se observa que o controle é mais amplo, não apenas relacionado ao contraditório ou à correta convocação das partes para o procedimento arbitral²².

-
- 20 O artigo V, 1 (b), da mesma Convenção, prevê a recusa se a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar os seus argumentos. Já o inciso 1(d) cuida da hipótese de a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se dar em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se dar em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu.
- 21 GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Editora Kluwer Law International: 1999, § 1257. p. 688-689.
- 22 O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:
- a) as partes do acordo a que se refere o artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou
 - b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar os seus argumentos; ou
 - c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas

De forma semelhante, na legislação estrangeira, as consequências da violação ao devido processo legal também são previstas. Cada ordenamento o faz elegendo estes ou aqueles princípios como passíveis de proteção expressa, mas em linhas gerais todas as leis asseguram o controle judicial sobre processos arbitrais que tenham se desenvolvido sem respeito ao devido processo legal. Apenas a título exemplificativo, mencione-se Portugal, cuja lei de arbitragem elenca a igualdade, o contraditório, a ampla defesa e a citação do demandado como princípios processuais obrigatórios²³, enquanto Paraguai, Espanha e Canadá falam em igualdade e contraditório²⁴.

A Lei-Modelo da UNCITRAL admite a anulação da sentença arbitral se a parte requerente provar que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer razão, maculando, assim, o procedimento²⁵. No âmbito dos regulamentos, também se observam disposições semelhantes. No regulamento da CCI, a imparcialidade e a ampla defesa vêm previstos como princípios relevantes (Art. 22.4), assim como a London Court of International Arbitration (art. 14.1)²⁶.

Como é comum, os regulamentos dos órgãos arbitrais procuram dar concretude aos ditames legais e, no tocante às provas, regulam alguns aspectos da sua produção. O regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional atribui aos árbitros poderes de determinar a apresentação de documentos e de levar a recusa em consideração, ao julgarem a causa (CCI, art. 25, § 5º).

Há previsão sobre a realização de audiências por requerimento das partes (arts. 25.2 e 25.6), além da atribuição de poderes ao Tribunal Arbitral para determinar provas adicionais (art. 25.5). As provisões semelhantes estão nos arts. 19.1 da LCIA e 16.3 da AAA²⁷.

daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

23 Art. 30 da Lei da Arbitragem Voluntária.

24 Art. 24 da Lei espanhola, art. 21 da Lei paraguaia e art. 18 da Lei canadense.

25 Art. 34, 2, (ii): "A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão".

26 LCIA: "Art. 14.1. *The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings and they are encouraged to do so, consistent with the Arbitral Tribunal's general duties at all times: (i) to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent*".

27 LCIA: "Art. 19.1. *Any party which expresses a desire to that effect has the right to be heard orally before the Arbitral Tribunal on the merits of the dispute, unless the parties have agreed in writing on documents-only arbitration*".

Assim é que estas características podem gerar, em certos casos, conflito entre valores igualmente tutelados pelo sistema. A excessiva liberdade das partes e dos árbitros não pode ser exercida de forma que o devido processo legal venha a ser vulnerado. Ainda, no processo de controle judicial desta violação, não pode haver invasão da competência do árbitro para decidir, com exclusividade, sobre matéria relativa ao mérito.

O desafio, portanto, é preservar a higidez do processo arbitral, permitir o necessário controle sobre a atividade dos árbitros sem incorrer no equívoco de, a pretexto de investigar se houve observância do devido processo legal, reexaminar as provas e o mérito da causa, o que é sempre vedado. É o que se verá no item que segue.

5 CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA DAS PARTES *VERSUS* REVISÃO INVASIVA AO MÉRITO

Se, no plano legislativo, o respeito ao *due process of law* é unanimemente sancionado com a anulabilidade da sentença arbitral, ou a recusa na sua homologação e execução, em termos práticos é preciso compatibilizar esta previsão com aquela outra, segundo a qual a decisão arbitral não é passível de revisão quanto ao seu mérito²⁸.

A questão central, portanto, é: como pode o Judiciário apreciar se houve ou não violação ao direito de defesa, relativamente às provas, sem reexaminar as razões de decidir?

É evidente que o problema do direito de defesa pode se dar sob outras formas também, mais nítidas e que mais facilmente se configurem como causa de anulabilidade do laudo. Por exemplo, se a convocação do demandado não se deu de forma regular, ou se o procedimento arbitral excluiu, em caráter absoluto, a produção de qualquer meio de prova ou de algum específico.

A limitação quanto aos meios de prova pode ser feita pelas próprias partes já na convenção de arbitragem. Nestes casos, a doutrina tende a validar a escolha das partes, considerar que a autonomia da vontade é elemento necessário e suficiente para que a solução concebida pelas partes seja imposta aos árbitros, que se obrigam a cumpri-la. Eduardo de Albuquerque Parente pondera que há forte elemento de disponibilidade quanto às provas, na medida em que as partes podem optar por não realizá-la, desistir da sua produção e até limitar, na convenção de arbitragem, determinados meios de prova²⁹.

AAA: "Art. 16.3. The tribunal may in its discretion direct the order of proof, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case".

28 Outra manifestação desta distinção se dá quanto às tutelas de urgência. Na Lei Modelo da Uncitral, ao prever a execução de medidas provisórias concedidas pelos árbitros, dispõe o art. 17, § 2º, que o tribunal estatal não pode rever o mérito da decisão.

29 PARENTE, Eduardo de Albuquerque. *Arbitragem e sistema*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 111-113. Para o autor, "pode-se, por exemplo, simplesmente não participar da perícia. Pode-se não indicar testemunhas. Pode-se não ir

Entretanto, a escolha das partes em relação aos meios de prova admitidos ou excluídos, bem como em relação a outros aspectos do procedimento, não é absoluta. A autonomia da vontade possui, como é curial, amplo espaço de desenvolvimento dentro do campo da disponibilidade, mas não avança sobre os aspectos indisponíveis do processo arbitral. E o respeito ao devido processo legal é justamente um destes aspectos sobre os quais não incide a autonomia da vontade das partes³⁰.

É certo que no procedimento arbitral a compreensão do devido processo legal é diferente, diversa do modelo estatal típico. Não se podem comparar as duas situações ou adotar critérios idênticos aos dois sistemas. Ainda assim, mesmo que sob uma perspectiva mais flexível e com elevada carga de autonomia, o processo arbitral deve necessariamente obedecer ao devido processo legal, entre outros relevantes princípios processuais.

Assim, os árbitros estarão em posição delicada sempre que as partes tiverem estabelecido, ainda na convenção de arbitragem, alguma limitação absoluta a um meio de prova – a vedação à prova pericial, por exemplo –, cujas circunstâncias do caso concreto acabem por revelar a sua necessidade.

De um lado, o respeito à autonomia da vontade sugere que aquela escolha das partes deve ser respeitada, ainda que importe na colheita insuficiente de elementos para o julgamento da causa. Neste cenário, as técnicas de distribuição do ônus da prova deveriam ser utilizadas para se proferir a decisão, vedado que é o *non liquet* também no contexto da arbitragem.

De outro lado, justamente essa escolha das partes pode significar potencial violação ao devido processo legal, pela impossibilidade de se provar as alegações por outros meios que não sejam aqueles exatamente excluídos na convenção de arbitragem. Nestas situações mais extremas é que surgirá para os árbitros o dever de determinar, ainda que contrariamente ao fixado na convenção de arbitragem, a produção das provas necessárias, sob a premissa de que o respeito ao devido processo legal é princípio absoluto, que se sobrepõe à autonomia da vontade³¹. O confronto aqui diz com os aspectos de disponibilidade ou não em relação ao procedimento arbitral.

à audiência. Tudo isso está dentro do poder de disponibilidade de faculdades processuais, inserido no princípio dispositivo do direito processual estatal, perfeitamente atuante no arbitral e em grau ainda muito maior. É claro que a vontade das partes e dos árbitros encontra certos limites na fixação do procedimento arbitral. Mas, se se pode desistir sempre da prova, por que não seria possível renunciar a ela antecipadamente, não havendo nenhuma regra específica em contrário? Apenas um princípio de devido processo legal que, com vimos, não se concretiza sozinho, mas em consonância com regras e princípios processuais inerentes ao ambiente arbitral" (p. 113).

30 "Evidentemente que a convenção processual – e também aquela que versa sobre os meios de prova – deve respeitar os preceitos constitucionais e a ordem pública processual. Assim, por exemplo, não podem as partes celebrar uma convenção processual sobre os meios de prova admitindo no processo arbitral a produção de uma prova ilícita ou obtida por meios ilícitos." (FICHTNER, José Antônio Fichtner et al. Provas e autonomia das partes na arbitragem. In: *Novos temas de arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014. p. 169)

31 Discordam desse posicionamento José Antônio Fichtner e colaboradores, para quem "[c]umpre dizer que essas convenções (de restrição da prova) em nada afetam o princípio do livre convencimento motivado do árbitro, pois

Daí porque terá grande relevância o momento em que as partes decidem pela restrição a algum meio de prova, já que, uma vez surgido o litígio, a autonomia das partes em eventualmente excluir determinada prova (a testemunhal, por exemplo) será exercida com base em elementos mais concretos e na análise que façam acerca do litígio. Hipótese diferente, e que deve ser vista com muito maior cautela, envolve a renúncia prévia, ainda no momento da celebração da cláusula compromissória, porque não se pode antecipar que tipo de litígio surgirá, quem será o alegado credor da obrigação inadimplida e, por via de consequência, quais serão os meios de prova indispensáveis à demonstração do caso.

A respeito da contraposição entre a autonomia das partes e os poderes dos árbitros em relação ao procedimento, na doutrina internacional mencionase a situação concreta em que as partes haviam determinado que uma sentença parcial fosse proferida, sobre os aspectos da jurisdição e arbitrabilidade da disputa, mas o tribunal arbitral proferiu uma única decisão sobre jurisdição e mérito. A Corte de Apelação de Paris chegou a anular a sentença arbitral, mas a Corte de Cassação reformou a decisão para, ao final, validar a sentença arbitral proferida³².

A escolha das partes e a sua determinação quanto a aspectos do procedimento não foi considerada em termos absolutos, admitindo-se que a sua vontade possa ser contrariada pelos árbitros em função de outros princípios e valores que igualmente têm lugar no processo arbitral.

Questão diversa se põe nas situações em que são os árbitros que indeferem a produção de certas provas, com fundamento na sua desnecessidade. Segundo Marcos André Franco Montoro, nas arbitragens nacionais, o teor do art. 22 da Lei de Arbitragem atribui aos árbitros tais poderes, na medida em que as provas devem ser deferidas apenas na medida da sua efetiva necessidade³³.

O indeferimento de uma prova, por si só, não constitui cerceamento ao direito de defesa, nem importa em nulidade do processo arbitral. Nem poderia ser diferente, sob pena de se abrir fértil campo para todo tipo de manobra e procrastinação processual. Como juiz de fato e de direito, o árbitro é encarregado de conduzir o procedimento, o que obviamente inclui o exame da pertinência na realização das provas requeridas pelas partes. Neste sentido é o entendimento de José Emílio Nunes Pinto, segundo o qual:

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

esse princípio, assim como o princípio do devido processo arbitral, deve incidir em conformidade com a vontade das partes, fonte essencial da própria arbitragem" (Op. cit., p. 170).

32 Fouchard, Gaillard e Goldmann, op. cit., § 1633, nota de rodapé 310 e 311. Cour d'Appel Paris, Dec. 19, 1986 e Cass. 1e civ., Mar. 8, 1988.

33 FRANCO MONTORO, Marcos André. Flexibilidade do procedimento arbitral. Tese de Doutorado pela Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010. p. 295.

produzida até então, não há razão para que retardem o encerramento da fase instrutória e se lancem à fase de deliberação.³⁴

No mais das vezes, o trabalho diligente do árbitro, seja no examinar detidamente os fatos da causa e deferir as provas efetivamente necessárias, seja no explicar as razões pelas quais entende que outras provas são impertinentes, será o elemento necessário para convencer as partes acerca da legitimidade e adequação da sua decisão.

No tocante ao juízo de admissibilidade e pertinência sobre as provas, Carlos Alberto Carmona sustenta que o juiz estatal não exerce um controle se a prova é pertinente ou não, atribuição que compete apenas ao árbitro. Também não pode interferir na determinação de provas atípicas, que, mesmo não estando previstas exatamente na lei, nem por isso se tornam ilícitas. Situa-se no âmbito da liberdade do processo arbitral admitir provas que, no processo estatal, não seriam normalmente aceitas, como os depoimentos escritos das testemunhas. O seu deferimento não viola, por si só, o devido processo legal³⁵.

Seja como for, nas hipóteses em que a alegação de cerceamento de defesa estiver baseada na limitação ao direito à prova, o exame pelo juiz togado deste conjunto de alegações deve ser feito com muito cuidado, pois será inerente a tal exame a ponderação sobre aspectos específicos da causa e da decisão de mérito proferida. A seguir, serão examinados alguns casos na jurisprudência nacional e internacional, na tentativa de ilustrar os desafios colocados ao magistrado de, simultaneamente, averiguar o cumprimento do devido processo legal e se abster de proceder a qualquer reexame ou revisão da decisão de mérito.

5.1 PRECEDENTES INTERNACIONAIS

Seja em razão de a experiência arbitral no direito brasileiro ser relativamente recente, seja pela especificidade do tema aqui desenvolvido, os Tribunais do país ainda não enfrentaram tais questões em número relevante de vezes. As poucas oportunidades em que tal se deu serão mencionadas logo depois. Neste momento, cumpre expor brevemente alguns precedentes internacionais que já enfrentaram o tema.

Alemanha nº 49 – Banco A vs. Banco B – 18 de setembro de 1997³⁶, Corte de Primeira Instância de Landgericht – Hamburgo

Cuida-se de demanda de anulação proposta perante as cortes judiciais de Hamburgo, na qual o autor pretendeu anular a sentença por errônea apli-

34 NUNES PINTO, José Emílio. Op. cit., p. 7-28.

35 CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 322.

36 Landgericht, Hamburg, 18 September 1997 (Bank A v. Bank B) *Yearbook XXV* (2000) p. 710-713 (Germany nº 49).

cação da lei escolhida pelas partes e por violação ao devido processo legal, especificamente baseada na alegação de o tribunal arbitral não ter levado em consideração, quando da elaboração da sentença, os depoimentos de duas testemunhas.

Em demandas desta natureza, parece impossível ao juiz togado não reexaminar o mérito da decisão arbitral. Como poderá ele julgar a demanda anulatória se não realizar um cotejo entre o teor dos depoimentos das testemunhas e a sentença arbitral?

No caso concreto, a pretensão anulatória foi negada pela Corte de primeira instância de Hamburgo, sob o fundamento de que a sentença arbitral não havia, concretamente, cerceado o direito de defesa ou desconsiderado provas em favor da parte.

A partir de uma análise detalhada da convenção das partes e da sentença arbitral questionada, concluiu o julgador que, considerando que nenhuma das partes solicitou que os árbitros fossem minuciosamente detalhistas na elaboração da sentença, e tendo ainda em vista que, pela literalidade da sentença, o tribunal arbitral tratou propriamente da disputa objeto dos depoimentos das testemunhas, inexistiria violação ao devido processo legal.

A sentença rejeita o pedido ponderando que, ao mencionar as declarações das testemunhas, o tribunal arbitral mostrou que os levou em consideração e que as razões de decidir da sentença arbitral indicam que o tribunal arbitral abordou, com exame cuidadoso, a questão que era objeto das declarações das testemunhas.

O juiz togado, assim, não obstante ter efetivamente tido contato com todos os aspectos da demanda arbitral, as suas alegações, os documentos e os depoimentos das testemunhas, limitou-se a um exame formal destes aspectos, apenas no limite necessário para averiguar se os árbitros haviam considerado o conjunto probatório ao decidir. Considerou-se que a menção ao objeto do depoimento das testemunhas, no contexto ali examinado, era suficiente para afastar a alegação de violação ao devido processo legal.

Quanto ao outro motivo da anulação, o tribunal arbitral expressamente afirma na decisão que

examinar uma objeção relativa a uma alegação de escolha equivocada do direito aplicável ao contrato levaria, no caso concreto, a rever a interpretação da cláusula contratual que elegera aquele direito e indiretamente levaria ao exame da correição do laudo arbitral quanto ao mérito da decisão, o que é vedado.

O caso é particularmente interessante, pois, a partir da fundamentação da ação anulatória, o juiz togado logrou examinar o mérito em grau diminuto, sem refazer o trabalho do árbitro no exame das provas nem emitir juízo de valor sobre o acerto ou desacerto da decisão quanto à questão de fundo.

EUA nº 235 – Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics Inc. – 18 de setembro de 1996, United States District Court, Northern District of Illinois³⁷

A autora desta ação anulatória alegou ter sido privada do devido processo legal em virtude de restrições a ela impostas quanto às provas que quis produzir (falta de oportunidade de contraditar a testemunha da parte contrária – *cross-examine* –, inadmissibilidade de apresentar novos documentos).

Também neste caso a pretensão anulatória foi negada, e, em sua fundamentação, a Corte considerou que a controvérsia se restringia a identificar se a autora tinha tido a devida oportunidade de se defender e apresentar o seu caso, concluindo-se que tal direito lhe fora assegurado. A partir de um exame detido da sentença arbitral, a Corte de Illinois considerou que não havia vícios processuais que justificassem a anulação. Ao fazê-lo, porém, não realizou novo exame da causa; ao contrário, em mais de uma oportunidade a decisão reitera a impossibilidade de avançar sobre o julgamento das questões fáticas ou jurídicas levadas a efeito pelo tribunal arbitral.

A decisão judicial afirma, ainda, que a Suprema Corte Americana já havia consagrado um princípio interpretativo segundo o qual as Cortes judiciais não examinam as alegações de erros de fato ou de direito cometidos por árbitros da mesma forma que as Cortes de Apelação o fazem em relação às decisões das instâncias inferiores. Ainda, quando se trata de processo arbitral, devem ser atribuídos ao árbitro (e apenas a ele) a decisão de questões de índole processual que surjam durante o procedimento e que possam repercutir na decisão final.

No caso concreto, a alegação de violação ao direito à prova tinha por base as restrições impostas ao *cross-examination* de uma certa testemunha, além do indeferimento de juntada de novos documentos em fase procedimental mais avançada. A própria decisão arbitral já havia rejeitado a argumentação de que as restrições no *cross-examination* de uma testemunha específica tivessem qualquer repercussão na compreensão geral do caso ou que a conclusão final da causa pudesse ser diferente. Justamente pela consideração de que aquela prova era impertinente para o conjunto probatório global é que o árbitro indeferiu o pedido para a ampliação da *cross-examination*. Mas a questão não deixou de ser enfrentada na sentença arbitral, especificamente para levar em consideração o depoimento da testemunha e concluir que o resultado da demanda não era influenciado de modo relevante por aquele depoimento ou pelos pontos que, segundo a parte, poderiam ter sido adicionados por aquela mesma testemunha.

³⁷ United States District Court, Northern District of Illinois, Eastern Division, 18 September 1996. *Generica Ltd. v. Pharmaceutical Basics, Inc. et al.* Yearbook XXII (1997) p. 1029-1039 (US nº 235).

E justamente em função deste exame, levado a efeito pelos árbitros, é que a Corte de Illinois considerou que a dificuldade em distinguir as alegações processuais da revisão quanto ao mérito conduz a um critério de julgamento que favorece a intangibilidade da decisão. O exame da argumentação da autora conduziria ao reexame dos fatos da causa, o que é inadmissível em sede de ação anulatória. Mas a Corte foi além, ao aduzir que não considerava ter havido qualquer violação ao devido processo legal, pois se o direito de provar as alegações deve ser considerado amplamente, isto não significa que o direito ao *cross-examine* seja absoluto, daí porque a Corte deve investigar se a parte teve ou não a oportunidade de apresentar o seu caso. A Corte, então, considerou que a limitação à *cross-examination* de uma das testemunhas não privou a parte de adequadamente realizar as suas provas ou de *present its case*.

O órgão judicial afirmou, mais de uma vez, que a alegação de impossibilidade de a parte apresentar o seu caso deve receber interpretação restrita, em linha com os objetivos da Convenção de Nova Iorque de favorecer o reconhecimento, tempestivo e efetivo, das sentenças arbitrais. Por fim, a Corte de Illinois concluiu que não houve violação ao princípio do devido processo legal neste caso, na medida em que o direito ao contraditório da parte permaneceu amplo, de modo que a Corte se recusou a se envolver em uma revisão da relevância probatória já realizada pelo árbitro.

Mais uma vez, o Poder Judiciário não ultrapassou o limite e não se envolveu com as atribuições e os deveres dos árbitros, limitando a sua análise a verificar se às partes foi dado igual espaço de debate. Nos comentários feitos pelo professor Albert Jan van den Berg, extrai-se que “a Corte, conduzindo um exame limitado no qual as questões não implicam o reexame da substância da decisão os árbitros, considerou que não tinha havido violação ao devido processo legal e confirmou a sentença arbitral”³⁸.

Hong Kong – Grand Pacific Holdings Ltd. v. China Pacific Holdings Ltd. – 19 de fevereiro de 2013³⁹

Em recente decisão do Tribunal de Hong Kong de Última Instância, bastante celebrada na comunidade arbitral internacional, novamente o tema do controle judicial sobre o devido processo legal arbitral foi examinado.

Cuidava-se de ação anulatória entre duas companhias. A autora da demanda, Pacific China Holdings Ltd., alegou que lhe tinha sido negada a oportunidade de apresentar o seu caso e que o procedimento adotado na arbitragem não estava em conformidade com o acordado pelas partes (os fatos concretos envolvem a alegação de oportunidades e prazos diferentes para as partes pro-

38 Kluwer Arbitration, comentário à decisão 95 C 5935, setembro 1996.

39 D'AGOSTINO, Justin; WALLACE, Martin; TEOH, Yi-Shun. Hong Kong Court of Final Appeal refuses leave to appeal in the Grand Pacific v. Pacific China case. Disponível em: <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/author/justindagostino>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

duzirem provas técnicas e ouvir *expert witnesses* em matérias de direito). Em primeiro grau, a justiça de Hong Kong havia considerado que houve violação ao art. 34(2) da Lei-Modelo da UNCITRAL (adotada como lei em Hong Kong) e anulou a sentença arbitral.

No entanto, em 2012, o Tribunal de Recursos de Hong Kong reverteu a decisão, por considerar que os tribunais arbitrais possuem amplos poderes de gerenciamento dos processos e que os tribunais judiciais não podem interferir no *case management* realizado pelos árbitros (inclusive para ordenar o procedimento de forma diversa a que fora estabelecida pelas partes, se esta combinação resultar em potencial violação às disposições do regulamento da Câmara de arbitragem, ou da lei aplicável ao procedimento, de forma a minimizar os problemas causados pela escolha das partes, ao invés de potencializá-los), que a anulação de uma sentença com fundamento na violação ao princípio do devido processo legal pressupõe a demonstração de notória ou grave violação às hipóteses do referido art. 34. A decisão afirmou, ainda, que é do autor da pretensão anulatória o ônus de demonstrar os prejuízos que lhes foram causados pela conduta do tribunal arbitral.

A parte vencida apresentou recurso à instância superior, que foi finalmente indeferido em 2013. No sistema processual de Hong Kong, assim como nos demais países de *Common Law*, o recurso aos tribunais superiores não é automático e não constitui direito da parte. Em situações excepcionais, uma autorização para recorrer pode ser concedida, o que foi tentado no caso⁴⁰. Entretanto, o tribunal superior afastou a argumentação da Pacific China quanto ao seu “pleno direito” de apelar, bem como que o caso abarcava questões de “grande interesse geral ou importância pública”.

Manteve-se, assim, a higidez do processo arbitral, refutando-se a tentativa de exercer controle sobre a forma como os árbitros conduzem o procedimento. Também neste caso a decisão foi tomada sem que o órgão do Poder Judiciário tenha proferido novo julgamento da causa, ainda que para manter a sentença. É importante compreender que a limitação ao reexame do mérito da demanda julgada por arbitragem não se aplica apenas para evitar que as decisões sejam revistas, mas também que elas sejam mantidas por fundamentos de mérito. Ao Judiciário não é dado rejulgar a causa, em qualquer hipótese.

5.2 PRECEDENTES NACIONAIS

No Brasil, há poucos julgados que se dedicaram ao exame específico deste tema. Entre eles, merecem destaque os seguintes.

40 Sobre os aspectos gerais dos recursos nos países de *common law*, veja-se APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. O princípio do duplo grau de jurisdição nos sistemas da *common law* e *civil law*: uma breve comparação. In: CARVALHO, Milton Paulo de (Coord.). *Direito processual civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 319-346.

Caso Dirceu Alves da Silva vs. Luiz Mangieri (Tribunal de Justiça de São Paulo)

Cuidou-se de ação declaratória de invalidade de sentença arbitral baseada, entre outros: (i) na ausência de elementos de prova que fundamentassem a decisão arbitral; (ii) no desrespeito ao devido processo legal. A ação foi julgada improcedente em primeiro grau, mas o Tribunal deu parcial provimento à apelação para anular a sentença arbitral e determinar que nova sentença fosse proferida, depois da oitiva das testemunhas originalmente indeferidas. O Tribunal baseou a sua decisão na falta de razoabilidade do árbitro em recusar a oitiva de testemunha arrolada pelo apelante com base no fato de que ela seria empregada de uma das partes⁴¹.

Este caso foi examinado pela pesquisa FGV-CBar e os seus autores afirmam, corretamente, que

o tema da violação do devido processo legal é complexo e deve ser analisado caso a caso. O grupo de trabalho tem o entendimento de que o juízo de valor da prova é do árbitro, e que a avaliação pelos tribunais estatais da alegação de violação do devido processo legal deve ser feita com razoabilidade e prudência, levando em consideração que a prova é destinada ao árbitro para formação da sua convicção.⁴²

A decisão não aprofunda o debate acerca da questão que aqui se discute, limitando-se, infelizmente, a invocar como razão de decidir o princípio da razoabilidade, para, ao final, concluir que o árbitro deveria ter ouvido os funcionários da parte como testemunhas. Não chega a avançar sobre o mérito ou proferir nova decisão a respeito, concentrando a sua decisão mais estritamente na questão processual acerca do direito da parte em arrolar os seus próprios funcionários como testemunhas.

Ainda assim, a decisão merece críticas, porque se substitui indevidamente no papel do árbitro, revendo a sua decisão de natureza processual quanto à impertinência de determinados depoimentos. A teor do já referido art. 22 da LBA, é inegável que são do árbitro os poderes para determinar a realização das provas e indeferir outras que repare desnecessárias, inúteis ou meramente protelatórias⁴³.

A propósito, importante ponderar que, mesmo no processo estatal, em que a recorribilidade das decisões é regra e o mérito pode ser revisto, prepondera o entendimento de que a prerrogativa de deferir ou não as provas é do juiz

41 Pesquisa elaborada conjuntamente pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem e pela FGV-SP, pela qual foram examinadas as decisões judiciais sobre temas arbitrais, entre os anos de 1996 e 2007 (Disponível em: <http://cbar.org.br/PDF/Pesquisa_GV-CBar_relatorio_final_1_etapa_2fase_24.06.09.pdf>).

42 Pesquisa CBar – FGV-SP, p. 64.

43 SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. As provas no procedimento arbitral. *Revista de Processo*, ano 22, n. 88, p. 88, out./dez. 1997.

o processo arbitral e a prerrogativa exclusiva dos árbitros de avaliar a pertinência ou não das provas requeridas pelas partes. Poderíamos dizer que, em um mundo ideal, a decisão do Tribunal de Justiça teria indeferido a ação pela consideração de ser incabível mandado de segurança contra qualquer decisão proferida por juízo arbitral ou, ao menos, ser ele incabível se a decisão pode ser atacada por meio próprio (a ação anulatória). O Tribunal não fez tais distinções, incidentalmente admitiu o mandado de segurança, mas negou provimento ao agravo de instrumento por considerar que, concretamente falando, a decisão arbitral não havia violado qualquer direito do impetrante e que a prerrogativa de examinar as provas cabíveis ou não é exclusivamente dos árbitros. Nesta medida, e apenas nesta medida, a decisão pode ser elogiada, pois não houve invasão de aspectos de mérito nem qualquer interferência do juízo estatal sobre o juízo arbitral.

Companhia Paranaense de Gás – COMPAGAS vs. Consórcio Carioca Passarelli

Neste caso, após a sentença arbitral (que teve por origem um compromisso arbitral) que acolheu pleitos condenatórios do Consórcio Carioca Passarelli, este ajuizou ação de execução, ensejando a oposição de embargos por parte da COMPAGAS.

O objeto dos embargos é a nulidade da sentença arbitral, que teria reconhecido o direito a créditos decorrentes de obras já pagas, não realizadas ou não autorizadas pela COMPAGAS. Para demonstrar tais alegações, a Embargante requereu produção de prova pericial, que foi indeferida pelo juiz de primeiro grau.

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Paraná acolheu o recurso de agravo (nº 137.401-6, Relª Desª Regina Afonso Portes) para determinar a realização da perícia, decisão que foi confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 693.219/PR, relatado pela Ministra Nancy Andrighi.

Da leitura das decisões extrai-se que os embargos à execução invocam esta nulidade da sentença arbitral, sem enquadrá-la especificamente em qualquer das hipóteses do art. 32 da LBA. Não obstante, tanto o TJPR quanto o STJ entenderam que a investigação acerca da ocorrência ou não desta nulidade pode ser feita judicialmente, por meio de perícia técnica, e que, se o resultado desta investigação levar à conclusão de que houve a nulidade, caberá ao órgão *a quo* julgar os embargos à luz dos elementos obtidos, sem que tal julgamento (futuro) possa implicar revisão da decisão arbitral quanto ao seu mérito.

Ao contrário dos demais precedentes até aqui mencionados, este caso do Paraná propicia uma perigosa e indevida revisão da decisão arbitral quanto aos seus aspectos fáticos e jurídicos.

imperatividade, tanto quanto o poder dos agentes estatais" (*A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 233-234).

É impossível que uma perícia judicial acerca das verbas condenatórias deferidas (ou não) no processo arbitral seja realizada sem um reexame dos aspectos do mérito da demanda arbitral. É apenas pelo refazimento das provas dos autos que o órgão judicial pode, no caso concreto, investigar se ocorreu ou não a condenação ao pagamento de obras já realizadas, não autorizadas, etc.

Ocorre que estas circunstâncias compõem, precisamente, o mérito da demanda arbitral, cuja revisão é legalmente vedada. Assim, ainda que se constatasse, concretamente, que a condenação abrangeu verbas indevidas, ter-se-ia um erro de julgamento, uma decisão injusta, mas tais vícios, por se relacionarem ao mérito da disputa, não podem ser impugnados em sede judicial.

Têm-se, então, uma situação de solução impossível. A pretexto de só permitir a investigação da nulidade, os órgãos judiciais permitiram o reexame dos aspectos do mérito da demanda arbitral. Se haverá efetiva revisão do mérito, ou seja, se a decisão arbitral será revertida ou anulada, é indiferente. Fato é que o Judiciário se propôs a rever os mesmos elementos que compõem a demanda arbitral, o que não lhe é permitido, ainda que, concretamente, tal atividade seja realizada para, ao final, manter-se a decisão arbitral tal qual proferida, o que de fato ocorreu.

Após a decisão do Superior Tribunal de Justiça, foram realizadas duas perícias técnicas em primeiro grau de jurisdição – perante o juiz da execução –, nas quais, como era inevitável, discutiram-se largamente as circunstâncias do julgamento da demanda arbitral.

Os embargos à execução foram julgados improcedentes. Isso porque ambas as perícias realizadas chegaram à conclusão de que não houve qualquer vício na sentença arbitral proferida. Um dos peritos, inclusive, chegou à conclusão de que o pleito da embargante seria sem fundamento, pois invadiria o mérito da sentença arbitral. A sentença considerou, portanto, que a decisão arbitral havia observado os requisitos legais e abordado todos os pontos descritos no compromisso arbitral, sendo plenamente válida. Aguarda-se a possível interposição de novos recursos contra esta decisão.

Espera-se que o precedente reste único e isolado e que não represente uma tendência a se permitir ampla investigação sobre a atividade probatória realizada perante o tribunal arbitral. Semelhante mecanismo revela-se perigoso e temerário, na medida em que dá margem para ataques indiretos à justiça da decisão e fragiliza a arbitragem como método de solução de controvérsias que está a salvo de qualquer reexame judicial da decisão quanto ao seu mérito⁴⁷.

47 A propósito do controle judicial sobre as sentenças arbitrais, Cândido Rangel Dinamarco pondera, acertadamente, que “a liberalização desse controle pelos juízes estatais, quando levada a patamares de abuso, seria um perigosíssimo fator de esvaziamento do instituto da arbitragem, pois comprometeria os fundamentos e objetivos deste alongando litígios no tempo, encarecendo a produção da tutela definitiva, conferindo publicidade a assuntos que se pretendia tratar com discrição, renunciando aos conhecimentos especializados dos árbitros *experts*” (Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. In: AZEVEDO, André Gomma de; BARBOSA, Ivan

6 CONCLUSÃO

Ao se examinar o indispensável controle judicial que deve ser exercido sobre o processo arbitral sob a perspectiva do direito à prova, constata-se que a linha divisória entre o controle necessário e a indevida revisão da decisão quanto ao mérito é bastante tênue.

Nem sempre será tão fácil distinguir o nível da atividade de controle que, ao ser exercida, não implique reexame ou revisão imprópria do mérito da sentença arbitral. Do conjunto normativo acerca das provas na arbitragem, também fortemente influenciado pela autonomia da vontade, extrai-se a base da ampla liberdade que as partes e os árbitros têm de estruturar o procedimento e as provas, sendo que, na omissão das partes ou em hipóteses de conflito, será sempre dos árbitros a prerrogativa de conduzir o procedimento e determinar as provas necessárias ou não, segundo as circunstâncias da causa, sendo-lhes permitido indeferir provas ou limitar a sua produção, segundo critérios próprios, com a ressalva de que, na arbitragem nacional, tal conduta exigirá sempre a fundamentação calcada na livre persuasão racional⁴⁸.

A possibilidade de controle judicial sobre esta atividade específica dos árbitros deve ser vista com grande cautela e concretamente realizada *cum grano salis*, pois neste campo abre-se perigosamente a possibilidade de uma revisão disfarçada e indevida das razões de decidir dos árbitros, em relação às circunstâncias fáticas da causa, à valoração das provas realizada na sentença arbitral e, conforme o caso, até mesmo a aplicação do direito às circunstâncias fáticas estabelecidas na demanda. Estas atividades não são permitidas em sede de controle judicial das sentenças arbitrais, pois todas dizem respeito ao mérito da decisão.

Nas ações anulatórias que tenham por base a alegação de cerceamento do direito de defesa ou violação ao devido processo legal – e aqui vale a ressalva de que tais fundamentos devem ser alegados pela parte, não comportam cognição *ex officio* –, o exame de cada caso concreto deve ser feito, mas tal exame não implica ou abrange o exame de circunstâncias específicas que importem julgamento do mérito. Não é possível, por exemplo, verificar o peso que o árbitro deu, concretamente, às provas produzidas. De outro lado, é possível controlar se a admissibilidade das provas observou a igualdade e permitiu

Machado (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2. 2003. p. 22).

48 Em estudo anterior, Cândido Rangel Dinamarco já esclarecia que, “no sistema brasileiro as decisões arbitrais jamais se sujeitam ao controle jurisdicional estatal no que se refere à substância do julgamento, ou seja, ao *meritum causae* e possíveis *errores in iudicando*; não comportam censura no tocante ao modo como apreciam fatos e provas, ou quanto à interpretação do direito material ou aos pormenores de sua motivação. A definitividade dos pronunciamentos dos árbitros é efeito do livre exercício da autonomia da vontade pelos litigantes, manifestada quando optam por esse meio alternativo. Essa singela e óbvia constatação vale como reflexão destinada a advertir contra os exageros em provocar o controle judicial das sentenças arbitrais” (*Nova era do processo civil*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33).

o equilíbrio de forças entre as partes, sempre considerando se o resultado da demanda poderia ser diferente caso a limitação à prova não tivesse sido imposta (e, a contrário senso, preservando-se a decisão caso aquela mesma limitação não gerasse qualquer repercussão quanto ao resultado final da demanda).

O posicionamento correto nestas situações será o de, a partir do exame da sentença arbitral, aferir se as partes tiveram oportunidades para produzir provas e “apresentar o seu caso”, sem atenção a particularismos da demanda⁴⁹. Ainda, verificar se o conjunto probatório obtido foi levado em consideração nas razões de decidir, mas também aqui, sem percorrer novamente o mesmo trajeto dos árbitros ou emitir qualquer juízo de valor sobre o peso que esta ou aquela prova teve na decisão, concretamente considerada, pois esta atividade de reavaliação da prova consistiria, igualmente, em indevida revisão do mérito da causa.

Em qualquer caso, as razões de violação ao direito de provar devem ser sérias, graves, fugir da razoabilidade e efetivamente privarem a parte da oportunidade de apresentar o seu caso. Neste cenário de gravidade não devem ser incluídos, à evidência, o simples deferimento parcial de provas, a restrição de outras, eis que tais limitações devem ser encaradas como fatos normais, inseridas nos poderes de direção dos árbitros e que, como regra geral, não importam vício do processo arbitral nem admitem controle judicial posterior.

49 Rafael Francisco Alves, com propriedade, afirma que “é preciso que a interpretação dos referidos dispositivos seja a mais restritiva possível, de modo a permitir a interferência do Poder Judiciário apenas e tão-somente nos casos que realmente representarem afronta direta ao ideal de um processo justo e equitativo” (Jurisprudência estatal nacional comentada. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 14, p. 140, abr./jun. 2007).