

rídica da apreciação do órgão jurisdicional, como a exclusão de lucros cessantes, prática muito comum no universo dos contratos empresariais.

No que diz respeito à tutela de urgência, não obstante a previsão legal e a outorga de tais poderes aos árbitros, em tese é possível que as partes excluam tais poderes dos árbitros. Não podem excluir, em termos absolutos, a apreciação de questões urgentes de alguma autoridade jurisdicional, mas podem atribuir a árbitros de emergência ou mesmo ao poder Judiciário.<sup>426</sup>

De outro lado, prevalece a compreensão de que as partes não podem renunciar previamente à futura ação anulatória da sentença arbitral, porque isso feriria o núcleo fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional.<sup>427</sup> Questão diversa é estabelecer que a demanda anulatória seja proposta também mediante arbitragem, isto é, decidida por árbitros, em substituição aos juízes togados. A hipótese requer maiores reflexões, mas conta com relevantes fundamentos em seu favor.<sup>428</sup>

## 2.2 Devido processo legal

Com razão, a doutrina observa que o devido processo legal constitui o princípio síntese que congrega e reúne diversos outros princípios, tais como o contraditório, a ampla defesa, a imparcialidade etc. Trata-se de um princípio que serve de base para outros e para inúmeras regras.<sup>429</sup> Sua origem remonta à Inglaterra, em 1.215, com a assinatura da Magna Carta por parte do Rei João Sem Terra.<sup>430</sup> Des-

426. CARRETEIRO, Mateus Aimoré. *Tutelas de urgência e processo arbitral*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 208 e ss.

427. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 199, alude às restrições que as partes, voluntariamente, estabelecem, como a limitação de montantes indenizatórios, ou a exclusão de competência dos árbitros para tutela de urgência. E então afirma “as partes não podem inserir, na convenção arbitral ou em qualquer outro documento, declaração de renúncia antecipada ao direito de apresentar a ação de nulidade (anulação) da sentença arbitral prevista no art. 33 da Lei 9.307/96”, explicando que “Esse tipo de previsão é contrário ao princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, sendo, portanto, inválido”.

428. ZOCAL, Raul. *Arbitragem, jurisdição e anulação de sentenças arbitrais: um estudo sobre o exercício da pretensão anulatória pela via arbitral*. São Paulo: Quartier Latin, 2022. Em especial, o capítulo 4, p. 126-168.

429. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 32: “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies”.

430. NERY JR., Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal*, p. 33: “O primeiro ordenamento que teria feito menção a este princípio foi a *Magna Carta* de João Sem Terra, do ano de

de então, o conceito foi sendo continuamente ampliado e adaptado às inúmeras situações em que ele pode ter aplicação. Ada Pellegrini Grinover, aludindo também à sua origem, afirma que a garantia do devido processo legal “deve ser vista e entendida não apenas sob o enfoque individualista da tutela de direitos subjetivos das partes, mas sobretudo como conjunto de garantias objetivas do próprio processo, como fator que legitima o exercício da jurisdição, quer estatal, quer arbitral”.<sup>431</sup>

Na ordem constitucional brasileira, a garantia foi consagrada no inciso LIV do artigo 5º e efetivamente representa um pilar fundamental do próprio Estado Democrático de Direito. A atividade jurisdicional, que é realizada pelo Estado ou por particulares, por permissão legislativa, só pode resultar de um processo justo, no qual os litigantes tenham iguais oportunidades de participar, alegar, defender-se, provar suas alegações. A efetiva influência sobre o julgador, a participação das partes no processo, constituem elementos fundamentais, sem os quais não se pode conceber como válida essa atividade, seja ela realizada no âmbito do próprio Estado, seja por arbitragem.<sup>432</sup>

O tema é importante e delicado. A compreensão adequada deste princípio deve ser tal que resulte em um processo efetivamente justo, não apenas formalmente justo. Porque pode haver respeito ao contraditório e possibilidade de alegar e provar, mas sem que ocorra efetiva análise dos argumentos desenvolvidos. Por exemplo, quando decisões são proferidas minutos ou poucas horas depois de manifestações das partes nos autos. Nesses casos, o julgador espera o cumprimento do prazo (uma réplica, por exemplo), para instantes depois proferir julgamento antecipado. Esse tipo de situação é inaceitável, representa mero arremedo de um processo efetivamente devido e justo.

Na arbitragem, como não poderia deixar de ser, o princípio tem plena aplicação.<sup>433</sup> Aliás, cuida-se de um conceito difundido internacionalmente, constituin-

1215, quando se referiu à *law of the land* (art. 39), sem, ainda, ter mencionado expressamente a locução *devido processo legal*”.

431. GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – Arbitragem e Litisconsórcio Necessário, cit., p. 9.

432. ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem, cit., p. 389: no âmbito judicial o devido processo legal é a convergência de todos os demais princípios, que por trás desses princípios está o ideal de um julgamento justo, que se entende por aquele que assegura iguais oportunidades de participação a todos os envolvidos, pois processo é participação.

433. CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 192, p. 83-91, 2011: “Destacada página da história da liberdade, a garantia constitucional do devido processo legal deve ser uma realidade em todo o desenrolar do processo judicial, arbitral ou administrativo, de sorte que ninguém seja privado de seus direitos, a não ser que no procedimento em que este se materializa se constatem todas as formalidades e exigências em lei previstas. A CF vigente

do o *due process* um parâmetro de todo e qualquer processo. Inúmeras leis de arbitragem aludem ao respeito ao devido processo legal – seja em termos expressos, seja de forma indireta – e o mesmo se verifica em regulamentos das principais instituições arbitrais.<sup>434</sup> A autonomia da vontade das partes, outro dos princípios fundamentais da arbitragem, encontra seus limites justamente no respeito ao devido processo legal,<sup>435</sup> o qual se concretiza, também no processo arbitral, por meio da observância de outros princípios, tais como o contraditório, ampla defesa, imparcialidade, igualdade e a fundamentação das decisões.<sup>436</sup>

Em termos concretos, nos processos em geral, o devido processo legal é observado em diversas regras, seja de natureza processual, seja procedimental. Evidentemente, o processo estatal é profícuo em regras específicas, ao passo que no processo arbitral, a lei é propositadamente lacunosa, para permitir amplo espaço para a regulação do procedimento pelas próprias partes. Se no processo estatal o princípio se concretiza em regras específicas, no arbitral ele se preserva com esta natureza principiológica, que servirá de bússola para a atuação concreta das partes e para as determinações do Tribunal Arbitral.<sup>437</sup>

---

assegurou, como se sabe, a todos os membros da coletividade um processo que deve se desenvolver publicamente perante uma autoridade competente, com igual tratamento dos sujeitos parciais, para que possam defender os seus direitos em contraditório, com todos os meios inerentes e motivando-se os respectivos provimentos; tudo dentro de um lapso temporal razoável” (p. 84).

<sup>434</sup>. Por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), nos artigos 11 (1) e 22(4), o Regulamento do London Court of International Arbitration (LCIA), nos artigos 14.1 e 14.2., e o Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá, no artigo 7.8.

<sup>435</sup>. KAUFMANN-KOHLER: “It is no surprise that an overriding uniform principle will emerge from such review, which is the principle of party autonomy (or, alternatively, arbitrator autonomy) in procedural matters. But any autonomy, any freedom, has its limits. What are the limits here? Again, although the terminology differs, the limits appear largely uniform: due process constitutes the limit” (KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Arbitration procedure: identifying and applying the law governing the arbitration procedure*, cit., p. 336).

<sup>436</sup>. Como afirma MONTORO, “como dizer que o princípio do devido processo legal não se aplicaria na arbitragem, se todos esses seus aspectos se aplicam?” (MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 221).

<sup>437</sup>. Parente observa que o conceito de devido processo arbitral não se sustenta sozinho, mas exige complementação, preenchimento pela lei. Para o autor, no processo arbitral, esse conceito é preenchido pelas suas próprias disposições. PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*, cit., p. 104. Entendo que mesmo com a complementação possível das disposições legais, ainda assim há muitos campos em que a pouca regulamentação legal exige ulteriores complementações. Que são feitas pelos próprios árbitros, mas também mediante a aplicação de certas normas

As regras que determinam o procedimento arbitral estão previstas nos regulamentos das instituições, mas, mais especificamente, são determinadas caso a caso, porque mesmo os regulamentos são omissos e lacunosos. Como as partes, em geral, também não estabelecem regras na convenção de arbitragem, disso resulta que, no mais das vezes, será dos árbitros a tarefa de estabelecer tais regras e garantir a observância do devido processo legal.

Assim, na falta de regras específicas sobre a citação da parte requerida, será da instituição arbitral e dos árbitros a tarefa de determinar a realização de atos que permitam a efetiva cientificação das partes acerca da existência do processo arbitral. E como já dito, isso em geral redundará na cautela de que, relativamente à parte contumaz, todos os atos do procedimento são notificados.<sup>438</sup> Na falta de regras detalhadas sobre a postulação em si, ou sobre a defesa, será igualmente dos árbitros a tarefa de fixar parâmetros para o adequado exercício das posições jurídicas pelas partes. No âmbito das provas, devem ser asseguradas as possibilidades de sua produção e sua adequada valoração por ocasião do julgamento, vedadas as provas obtidas por meios ilícitos. Nesse contexto, e como será adiante visto, há diversas regras processuais importantes – tanto que tratadas por parcela da doutrina como verdadeiros princípios – que devem ser observadas no processo arbitral, como desdobramentos dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. E serão aplicadas as regras concretamente previstas no Código de Processo Civil, em aplicação subsidiária, porque afinal constituem normas processuais gerais, que moldam todo e qualquer processo jurisdicional.

Preceitos como o de que o julgador não pode se recusar a julgar a causa, alegando omissão do ordenamento (CPC, art. 140 – vedação ao *non liquet*), ou que delimitam o conteúdo da decisão aos limites do que foi pedido pelo autor (CPC, art. 141), ou ainda que determinam o aproveitamento dos atos do processo se sua finalidade tiver sido atingida (ainda que com desconformidades formais) (CPC, art. 283), são aplicáveis a todo e qualquer processo e não podem ser entendidos como princípios jurídicos processuais, eis que representam uma opção entre diferentes modelos pos-

---

processuais gerais, que asseguram parâmetros para o cumprimento do devido processo legal e que devem ser igualmente observadas no processo arbitral.

438. A doutrina, acertadamente, entende que não se aplica ao processo arbitral a regra procedimental fixada no CPC, artigo 346, que determina que o processo corra contra a parte revel e que ela seja considerada intimada de todos os atos, por mera ficção legal. Para Guilherme Setoguti Pereira, “a única maneira de se respeitar o devido processo legal, o contraditório e o direito de defesa do réu revel é lhe enviar cópia de todas as decisões e petições, cumprindo-se rigorosamente também em relação a ele, as regras de comunicação adotadas no processo” (PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I, cit., p. 189).

síveis. Não se pode pretender aplicar exatamente estas regras, mas seguir negando a aplicação subsidiária (e excepcional) do Código de Processo Civil, tampouco pretender enquadrar tais conteúdos como se fossem princípios processuais e, como tais, aplicáveis ao processo arbitral. São mais específicos que princípios, possuem conteúdo pormenorizado, que reflete escolhas políticas do legislador.<sup>439</sup>

De outro lado, a manifestação concreta do devido processo legal na arbitragem sofrerá adaptações, pela natureza peculiar da arbitragem, como processo marcado por maior liberdade e consensualidade. Com maior ênfase, as partes poderão realizar escolhas quanto ao modo de ser do seu processo, renunciado a posições jurídicas processuais de que seriam titulares, e isso não será – como regra geral – compreendido como uma violação ao devido processo legal. Ao contrário, será a concretização do processo devido daquela disputa particular.

O equilíbrio entre o respeito à autonomia privada e o devido processo legal é um campo em que podem se dar tentativas de processualizar a arbitragem, de fazer prevalecer uma visão formalista do fenômeno processual. A má compreensão sobre o conteúdo do devido processo legal no processo arbitral pode ser utilizada como mecanismo para que partes derrotadas se voltem contra as sentenças, procurando sua anulação por suposta violação ao devido processo legal. Por isso é importante que se tenha clareza quanto à adaptação que tais garantias recebem no processo arbitral.<sup>440</sup>

439. Marcelo Lima Guerra define regras como normas “dotadas de uma estrutura fechada, nas quais à previsão de um fato específico vem imputada uma consequência igualmente específica, ambos, fato típico e consequência, descritos de forma o mais detalhada possível na própria norma”, ao passo que os princípios se caracterizam por sua “estrutura aberta, nas quais não havia a indicação de um fato específico ao qual seriam aplicadas, nem a determinação clara da consequência jurídica, e sim a positivação de um valor” O autor então observa que “as regras distinguem-se dos princípios, sobretudo, quanto ao modo de aplicação. Realmente, por serem normas fechadas, as regras aplicam-se na base do “tudo ou nada”, na base da mera subsunção de situações concretas à descrição abstrata de fatos nelas contidas (a chamada subsunção do fato na hipótese legal), extraindo-se, automaticamente, a consequência jurídica devida ao caso concreto. Já as normas com estrutura de princípio aplicam-se não com base na subsunção – o que é virtualmente impossível de ser realizado, dado o caráter aberto de tais normas –, mas sim por meio da ponderação. É que tais normas, em sendo aplicadas diretamente, exigem do operador jurídico uma intensa atividade valorativa, no sentido de escolher um entre vários caminhos que se revelam igualmente possíveis, à luz da respectiva norma.” (GUERRA, Marcelo Lima. Prisão civil de depositário infiel e princípio da proporcionalidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 105, jan.-mar. 2002. p. 35-36.

440. FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 151, observam que “não se pode, sob a justificativa de observância dos direitos e garantias constitucionais, ‘pretender publicizar a arbitragem a ponto de comprometer sua autonomia privada das partes’.

Procedimentos específicos do processo estatal, peculiaridades das leis nacionais (no contexto de arbitragens internacionais sediadas no Brasil), não devem ser entendidos como integrantes do devido processo legal na arbitragem. Exemplo emblemático dessas distorções se deu no caso em que o Judiciário considerou nulo o processo arbitral no qual não se nomeou curador especial para a parte requerida que se manteve revel.<sup>441</sup> Da teoria geral do processo, extrai-se o princípio do devido processo legal. Das normas processuais gerais, podem ser extraídas regras sobre a estrutura fundamental do processo, a sua espinha dorsal, mas as regras procedimentais próprias do processo estatal não são aplicadas.

Outro campo em que se verifica o necessário equilíbrio entre a autonomia privada e o devido processo legal é o probatório, porque as partes podem estabelecer limitações às suas próprias prerrogativas de produzir provas. Podem fazê-lo no âmbito do processo estatal, e com maior razão no processo arbitral. Tais escolhas devem ser prestigiadas, reservando-se para situações verdadeiramente excepcionais a possibilidade de afastar combinações particulares das partes, para permitir a produção de provas que elas próprias excluíram.<sup>442</sup>

Outro aspecto inerente ao tema é que a violação ao devido processo legal conduzirá à anulação da sentença arbitral somente se a gravidade do vício for tal que não comporte aproveitamento. Irregularidades que tenham sido objeto de renúncia pelas partes, ou mesmo de expressas declarações de que estão satisfeitas com a condução do processo arbitral, gerarão preclusão contra alegações futuras de nulidades. Da mesma forma, se elas não forem substanciais, mas irregularidades formais (ou desconformidades em relação à vontade manifestada pelas partes) que não tenham gerado efetivos prejuízos, serão igualmente desconsideradas.<sup>443</sup> Nesse

441. TJ/PR, Agravo de Instrumento nº0002738-13.2018.8.16.0000, 11ª Câmara Cível, j. 18.07.2018: "(...) Da mesma forma que o Código de Processo Civil faz menção a princípios básicos que devem ser respeitados no âmbito dos processos judiciais, a Lei nº9.307/1996 prevê em seu art. 21, § 2º que 'Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento'. (...) Resta evidente que o direito ao contraditório da parte agravante naquela demanda restou prejudicado, diante da revelia no processo arbitral, uma vez que, realizada a citação por edital e não apresentada a resposta, necessariamente deveria ter sido observada a regra do art. 9º, inc. II, do Código de Processo Civil de 1973 (vigente na época), com a nomeação de curador especial para a defesa dos interesses dos réus revéis".

442. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 152, exemplificam com a limitação consensual de meios de prova. Se a convenção de arbitragem contempla alguma restrição, os árbitros se vinculam e "não poderão invocar os princípios do livre convencimento motivado, da igualdade e do contraditório para passar por cima daquilo que foi definido de comum acordo pelas partes na arbitragem como manifestação da liberdade individual".

443. BERMAN, George A. *Ascertaining the Parties' Intentions in Arbitral*, cit., p. 1014.