

Essa é uma característica do modelo processual brasileiro que a doutrina não tem dificuldade em aplicar ao processo arbitral, ainda que em negação à aplicabilidade de normas processuais concretas não previstas na própria Lei de Arbitragem. A ideia do máximo aproveitamento do ato jurídico pertence à teoria geral do direito, e inspira o princípio processual da instrumentalidade. São parâmetros aplicáveis a todas as hipóteses de processo, e até aos atos jurídicos em geral (ainda que, quanto aos atos jurídicos não processuais, as premissas se modifiquem razoavelmente). Ainda assim, existe uma regulação particular ao processo, um modo de ser, que não pode ser desprezado pelo processo arbitral.⁷⁰⁸

Na arbitragem, essa premissa de que somente se anulam atos se houver prejuízo tem ampla aplicabilidade. Serve para a prática de atos em desacordo com a lei, com o regulamento ou até mesmo com a convenção de arbitragem. A força da autonomia da vontade não pode ser tal, a ponto de autorizar a decretação de uma nulidade apenas porque ocorreu desrespeito formal a algum aspecto estabelecido entre as partes. Seria um fetiche à forma, ou à forma escolhida pelas partes, sem qualquer sentido prático ou razão de ser. A interpretação correta é aquela que somente autoriza a decretação da nulidade do ato processual em caso de sério prejuízo ao direito de defesa.⁷⁰⁹

2.14 Poderes dos árbitros

Ao se examinar apenas a lei de arbitragem, há poucas disposições sobre a extensão dos poderes dos árbitros, sobre seus deveres ou responsabilidades. Também quanto aos poderes dos árbitros, há elementos comuns, que permitem a constatação da aproximação entre o processo arbitral e os demais ramos do direito processual, assim como especificidades que caracterizam esta modalidade específica de tutela jurisdicional. Uma disposição muito tradicional do direito processual brasileiro, como a de que “o juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico” (CPC, art. 140), que é claramente aplicável ao processo arbitral, não possui qualquer disposição legal na própria lei de arbitragem.

desconsidera o vício. ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem, cit., p. 393.

708. O modelo de legislação arbitral sucinto e lacunoso, que foi adotado pelo Brasil, não é repetido em outros ordenamentos. A respeito desse tema, nas disposições sobre arbitragem constantes no Código de Processo Civil argentino (art. 761), há uma disposição que expressamente contempla a aplicação subsidiária das disposições sobre nulidades estabelecidas por aquele Código. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#21>.

709. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 163.

É certo que um princípio fundamental do processo arbitral é a outorga de poderes aos árbitros, para definir todos os aspectos do procedimento arbitral que não tenham sido definidos pelas próprias partes, mas essa disposição não chega a esclarecer se tais poderes se exercem a partir de parâmetros próprios, ou se devem ser adotadas as referências dos poderes dos julgadores, tal como regulados nas normas processuais gerais.⁷¹⁰

A Lei de Arbitragem proclama que o árbitro é juiz de fato e de direito, que sua sentença não está sujeita à homologação ou revisão quanto ao mérito (art. 18), confere a ele o poder de determinar medidas antecipadas e cautelares (art. 22-A), poderes instrutórios de ofício (art. 22). No que tange ao desempenho da sua função, o árbitro tem os deveres de imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção (art. 13). E instrumental à imparcialidade e independência, o árbitro tem o dever de revelação (Art. 14). Da mesma forma, tem o dever de tentar a conciliação.⁷¹¹

Ainda, fruto do reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, a Lei nº 9.307/96 modificou o então CPC/73, para incluir a sentença arbitral no rol de títulos executivos judiciais, status evidentemente mantido pelo CPC/15 (art. 515, VII). Confere ainda ao árbitro amplos poderes de disciplinar o procedimento arbitral, suprindo todas as omissões das partes (art. 21, §1º).

Não obstante sua relevância, os poderes dos árbitros não se esgotam nesta relação expressamente afirmada na lei própria.

Dinamarco afirma que o árbitro exerce todos os poderes ordinariamente conferidos a um juiz, observados os limites da convenção, os da lei de arbitragem e os elementos da demanda submetida ao árbitro. Por exemplo, os poderes-deveres de zelar pela igualdade das partes, pela aplicação do contraditório efetivo e equilibrado, pela celeridade, pela observância do devido processo legal, pelo dever de

710. Para Fernando Gajardoni, o árbitro pode fixar astreinte quando conceder alguma decisão urgente, assim como, na sentença, não há óbice a que o árbitro aplique pena por litigância de má-fé, porque isso decorre da sua função jurisdicional, e ao árbitro, “como juiz de fato e de direito da causa (art. 18 LARB) não se podem negar os poderes inerentes à atividade jurisdicional, inclusive o de coibir abusos (atos atentatórios à dignidade do juízo arbitral e abuso do direito de demandar)”, GAJARDONI, Fernando. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal, cit., p. 196.

711. Fernando Gajardoni sustenta que esta previsão legal é desnecessária, porque isso decorre dos poderes deveres do julgador constantes do art. 125 do CPC/73 (que no CPC/2015 correspondem ao artigo 139), dada a natureza jurisdicional da justiça arbitral. GAJARDONI, Fernando. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal, cit.

diligência, pelo impulso processual e pelo poder de polícia das audiências.⁷¹² Paula Costa e Silva alude ao

dever de garantir a igualdade substancial das partes ao longo de todo o processo, o dever de observar o contraditório, o dever de se declarar impedido se verificadas determinadas circunstâncias, o dever de administrar justiça, o dever de fundamentar as decisões, o dever de cooperar para a justa composição do litígio, o dever de dirigir o processo com vista ao célere e regular desenvolvimento da instância, o dever de ordenar e realizar actividades instrutórias e o dever de adaptar a tramitação processual.⁷¹³

São todas condutas que o aproximam do seu congêneres, o juiz togado, porque constituem deveres inerentes à posição jurisdicional que ocupa.

Assim, para a efetivação de suas decisões e boa condução do caso, o árbitro pode orientar as partes, adverti-las sobre comportamentos impróprios, determinar medidas indutivas ou coercitivas para reforço das suas determinações, ainda que, diante de eventual resistência da parte, não possa o árbitro impor o seu cumprimento ou tomar medidas práticas para a sua efetivação.⁷¹⁴ Mas é inerente ao poder de decisão do árbitro a possibilidade de adotar medidas de execução indireta, que influenciem psicologicamente o devedor e o faça cumprir os provimentos voluntariamente.⁷¹⁵

Esses poderes dizem respeito às partes e abrangem comandos que lhes são diretamente dirigidos. Por exemplo, no contexto da tutela provisória, árbitros podem determinar a suspensão de determinadas condutas, de pagamentos, abstenções de comportamentos. Podem bloquear a transferência de ações ou outros ativos, determinar a averbação destas ordens. Quando a arbitragem tem por objeto contratos que configuram títulos executivos extrajudiciais, os árbitros podem determinar a suspensão da execução ou de certos atos executivos.

Todo esse amplo espectro de poderes pode ensejar interações com outro órgão jurisdicional, ou mesmo com órgãos públicos (Juntas Comerciais, por exemplo) ou terceiros, estranhos ao processo arbitral. Pense-se em seguradoras, que

712. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 49-50.

713. SILVA, Paula Costa e. *O processo e as situações jurídicas processuais*, cit., p. 783.

714. GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Aspectos fundamentais de processo arbitral e pontos de contato com a jurisdição estatal, cit., p. 196. Nesse sentido: TJMG, 18ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 1.0024.13.357238-8/007, Rel. Des. Arnaldo Maciel, j. 28.06.2017; TJDF, 4ª Turma Cível, Agravo de Instrumento 20120020271314AGI, Rel. Des. Fernando Habibe, j. 28.01.2015.

715. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 48.

podem receber ordens para suspender processos de regulação de sinistros, ou instituições financeiras, a quem podem ser dirigidas ordens de bloqueio na movimentação de contas bancárias.

Os terceiros podem ainda receber determinações de exibição de documentos, que sejam incidentalmente requeridos no curso de demanda arbitral.⁷¹⁶ Diante de eventual recusa, os árbitros não terão poder de coerção sobre os terceiros, daí porque a parte interessada na sua produção terá que mover demanda judicial em face do terceiro (CPC, art. 404). Relativamente à própria parte, remete-se o(a) leitor(a) ao tópico 2.11, acima.

Os poderes dos árbitros incluem o de advertir as partes sobre condutas atentatórias ou sobre práticas que configurem litigância de má-fé. Há aqui outro ponto de interação entre os dois modelos, uma janela de comunicação entre o sistema do processo estatal e o do arbitral. Porque, não obstante prever expressamente a litigância de má-fé, a Lei de Arbitragem não a define, não elenca as suas hipóteses nem estabelece as sanções.⁷¹⁷ Estes parâmetros são, necessariamente, os do Código de Processo Civil, porque a autonomia das partes não lhes autoriza a afastar preceitos que proclamam o exercício da boa-fé e lealdade, nem permitem que elas criem um universo particular, regulando quais condutas serão aceitas ou toleradas, regulando as punições que decorrerão dos comportamentos desleais. A referência a ser obrigatoriamente adotada é a do Código de Processo Civil, porque a natureza penal deste tipo de norma exige que se atenha a um parâmetro de legalidade (*nulla poena sine lege*).⁷¹⁸

716. Quanto ao tema, na arbitragem internacional, ver, OHLROGGE, Leonardo; BORCHARDT, Bernardo. Aspectos práticos sobre pedidos de exibição de documentos em arbitragens internacionais à luz das regras da IBA. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 70, abr.-jun. 2021. p. 50.

717. A redação completa do texto legal é a seguinte: “Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”. A frase final, sobre o respeito às disposições da convenção de arbitragem, se houver, diz respeito a todas as hipóteses ali tratadas, ou seja, à responsabilidade pelas custas e à litigância de má-fé? Nesta interpretação, é possível cogitar de uma combinação sobre outras hipóteses que configurem litigância de má-fé, ou em valores diferentes daqueles previstos na lei processual? Eduardo Parente parece concordar que sim. Na falta de acordo sobre incidência e parâmetros, os árbitros regularão a questão. “Podem desenhar a condenação por litigância de má-fé da forma como melhor entenderem”. PARENTE, Eduardo. *Processo arbitral e sistema*, cit., p. 297. Parece-me que os parâmetros devem ser aqueles fixados na lei, não podendo as partes ampliar ou reduzir a tipificação dos comportamentos que configuram litigância de má-fé, dada a natureza sancionatória da norma.

718. Fichtner, Mannheimer e Monteiro observam que a lei de arbitragem se omite quanto à qualificação das condutas como de má-fé, daí porque podem ser usadas as regras do CPC como

Mas, sobretudo, é de se reconhecer que, ao disciplinar o procedimento e ao decidir sobre todos os aspectos do processo arbitral, o árbitro deve seguir parâmetros de segurança, previsibilidade. Dos influxos da teoria geral do processo, o árbitro deve organizar o processo arbitral à luz dos conceitos e parâmetros conhecidos, das conquistas do direito processual, de sua teoria geral. Sem voluntarismos, sem “inventar a roda”, a pretexto de uma autonomia que, ao fim e ao cabo, não diz respeito a essa estrutura fundamental, à espinha dorsal do processo. Seguir parâmetros do processo não desdiz nem retira das partes e dos árbitros a ampla possibilidade de regular o procedimento da forma que melhor se adequa à disputa. São conceitos complementares, que se bem manejados, outorgarão segurança, previsibilidade e adaptabilidade à solução dos conflitos por meio da arbitragem.

Nesse mesmo contexto, também no que diz respeito aos deveres gerais das partes e dos procuradores, o quadro normativo específico da Lei de Arbitragem é incompleto, eis que não há regulamentação ou tipificação de deveres das partes e de seus procuradores relativamente ao processo arbitral. Como se sabe, na legislação processual há diversos deveres tipificados, sobretudo nos artigos 77 e 78. Não obstante a falta desta remissão, não parece haver dúvidas sobre a incidência, quanto ao processo arbitral, do dever de cooperação (corolário do princípio do contraditório),⁷¹⁹ de expor os fatos conforme a verdade, de tratar com urbanidade as demais partes e advogados, ou, como visto acima (itens 2.10 e 2.11), os deveres relativos às provas, como os de colaborar para a descoberta da verdade, de não produzir provas ou praticar atos inúteis ou desnecessários, ou mesmo algo corriqueiro como o dever de comportar-se convenientemente em audiência.

Mesmo quando se levam em conta as regras institucionais, tais deveres não são ordinariamente detalhados pelas instituições arbitrais. São situações que, examinada a legislação arbitral isoladamente, restariam não reguladas, ou reguladas de forma insuficiente, mas que se resolvem mediante o recurso integrativo com as normas processuais gerais.

parâmetro aos árbitros, “sem que isso importe em aplicação do estatuto processual civil na arbitragem e, muito menos, violação da lei processual escolhida pelas partes” (FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 200). No mesmo sentido, propugnando pela aplicação de pesadas multas para coibir tais práticas no âmbito do processo arbitral, Hermes Marcelo Huck, *As táticas de guerrilha na arbitragem*, cit., p. 315).

719. A esse respeito, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração, cit.

2.15 Tutela Provisória

Como já dito no Capítulo 2 (item 1.4), a lei de arbitragem prevê a possibilidade de formulação de pedidos de urgência (cautelares ou antecipados), cuja atribuição é dos árbitros, ressalvada a possibilidade de a parte se dirigir ao Poder Judiciário enquanto não constituído o tribunal arbitral. Como o artigo 22-A da Lei de Arbitragem limita-se a aludir à possibilidade de concessão de medidas cautelares e de urgência, sem propriamente regular seus requisitos ou características essenciais, daí decorre, pelos exercícios de aproximação entre a norma processual geral e a especial que vem sendo feitos ao longo desta obra, que tais elementos são complementados, no processo arbitral, pelas regras do processo estatal, pois este constitui a fonte normativa que regula a agora denominada tutela provisória.

As disposições da Lei de Arbitragem estabelecem os requisitos para a concessão de decisões em sede de tutela provisória, que delimitam as noções de probabilidade do direito, perigo de dano, risco ao resultado útil do processo. Mais do que isso, é do sistema processual positivo que se extrai a ideia da vedação à concessão de tais medidas em caso de irreversibilidade. Ou que adicionam ao nosso modelo a ideia da tutela da evidência, que enfatiza a probabilidade do dano e dispensa a demonstração da urgência. O processo arbitral compartilha destas noções, que não decorrem nem da sua própria lei, nem de princípios do processo.

Ainda que, do plano constitucional, se possa extrair a autorização para medidas desta natureza, em atenção à efetividade da tutela, fato é que seus parâmetros concretos só podem ser aplicados a partir das regras do Código de Processo Civil brasileiro.⁷²⁰ É, portanto, o diploma legal do CPC que explica a sua incidência ao processo arbitral.⁷²¹

Estas características da relação jurídica processual, que são observadas no processo arbitral, não são nele previstas, o que não exclui sua aplicação. Nem há incompatibilidade entre tais disposições e aquelas mais estritamente procedimentais que a Lei de Arbitragem contempla, como a determinação de instauração da arbitragem em até trinta dias após a efetivação da decisão que concedeu a medida pelo

720. Por exemplo, com a exigência de fundamentação adequada do árbitro para a manutenção, revisão ou revogação da tutela provisória. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre estrutura formal da sentença arbitral, cit., p. 579.

721. Fichtner e Monteiro reconhecem ser impossível negar que existe uma interação entre o sistema arbitral e o sistema processual da sede da arbitragem no que diz respeito às medidas de urgência. Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e tutela cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental, cit., p. 474.

Poder Judiciário.⁷²² Este parâmetro, aliás, adveio da legislação processual, e era defendido pela doutrina antes mesmo da reforma da Lei de Arbitragem, ocorrida em 2015.⁷²³

A despeito de a disciplina da tutela provisória ser aquela do Código de Processo Civil, há duas nuances no processo arbitral que merecem comentário adicional. Em primeiro lugar, que as partes, no exercício da sua autonomia, podem eleger árbitros de emergência⁷²⁴ e, simultaneamente, excluir a apreciação judicial sobre questões de urgência.⁷²⁵ Tal escolha, que em termos práticos não é recomendada, pode ser feita, ao menos em termos teóricos. As partes preservam o acesso à tutela jurisdicional, asseguram o direito de uma resposta a questões urgentes, mas o fazem por um mecanismo que exclui a apreciação do Poder Judiciário.

Em segundo lugar, que do ponto de vista dos árbitros, a atividade judicante relacionada aos temas de urgência deve ser feita com grande prudência. Mesmo que, por sua própria natureza, as decisões sejam precárias, possam ser revistas e devam ser revistas (para confirmação ou revogação) no momento de proferir sentença, fato é que os árbitros são a única autoridade jurisdicional a examinar o mérito da disputa, o que gera impactos no modo como devem enfrentar pedidos que, em maior ou menor medida, correspondem a uma antecipação deste mesmo julgamento.

O exame realizado deve ser efetivamente sumário, buscando o delicado equilíbrio entre não prejudicar a causa e, de outro lado, garantir a efetividade da futura decisão e a utilidade do processo arbitral. Mais do que isso, os árbitros devem responder com presteza a pedidos desta natureza. Deferir ou indeferir, mas examinar. Esse é o contexto com que autoridades jurisdicionais enfrentam o tema da urgência, lutam contra os males do tempo no processo. Árbitros devem fazer igual, devem responder com a brevidade possível, ainda que o façam com maiores cuida-

722. GRION, Renato Stephan Grion. Procedimento II, cit., p. 201.

723. ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem, cit., p. 409.

724. No âmbito internacional, a arbitragem de emergência está prevista nos regulamentos da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI (art. 29 e anexo V), International Centre for Dispute Resolution – ICDR (art. 6º) e da London Court of International Arbitration – LCIA (art. 9.º-B) entre outros. Já entre as câmaras nacionais, a arbitragem de emergência está prevista nos regulamentos do CAM-CCBC (art. 21, itens 21.1 a 21.5), da Câmara do Mercado (art. 5.1), da CAMARB (art. 9.4.) e da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (art. 13 e Resolução nº 4/2018).

725. TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015, cit., p. 293-294.

dos, porque não podem prejudicar e devem exercitar autocontenção quanto aos aspectos do mérito que ainda serão aprofundados.

Essa advertência é válida tanto para a situação em que o tema da urgência é trazido diretamente perante os árbitros, como nas hipóteses em que as partes pedem ao Poder Judiciário medidas antecedentes. Instituída a arbitragem, será dos árbitros a competência para manter, revogar ou modificar as decisões anteriormente concedidas. O fato de uma decisão judicial ter sido proferida não é, em si, fator de influência, mas mera circunstância que o árbitro terá que enfrentar. Integram as suas atribuições a revisão, manutenção ou modificação da decisão judicial anterior. Há, neste particular, um aparente paradoxo, que decorre do sistema.

Juizes togados podem apreciar questões submetidas à arbitragem, nas situações de urgência, antes da instituição do tribunal arbitral. Este, uma vez constituído, terá poderes para revisar a decisão judicial, quanto ao seu mérito. Julgada a demanda arbitral, os juizes togados podem voltar a conhecer da disputa arbitral, em sede de ação anulatória. Aqui, o controle que juizes exercerão dirá respeito somente aos temas formais, às questões processuais que autorizam essa ação, sem a possibilidade de revisarem as questões de mérito enfrentadas pelos árbitros.⁷²⁶

2.16 *Fundamentação das decisões arbitrais*

Questão polêmica, que tem sido debatida pela doutrina arbitral, diz respeito à aplicação dos parâmetros de fundamentação das decisões judiciais, estabelecidos pelos parágrafos do artigo 489 do Código de Processo Civil. Inovação importante do CPC/15,⁷²⁷ o dispositivo, valendo-se de técnica legislativa incomum, dispõe no §1º não ser motivada a decisão que incorrer nas hipóteses dos seus incisos e prescreve elementos que devem constar da fundamentação, nos seus §§ 2º e 3º.

As adições foram comemoradas, porque explicitam critérios decisórios que, não obstante até certo ponto óbvios, não eram observados na prática forense bra-

⁷²⁶. DALLA, Humberto. MAZZOLA, Marcelo Mazzola: sendo vedado ao juiz analisar o mérito da sentença arbitral, também não pode reexaminar o conteúdo da tutela deferida pelo árbitro. *Manual de Mediação e arbitragem*, São Paulo, Saraiva Educação, 2019, p. 335.

⁷²⁷. Marcelo Barbi Gonçalves propõe a aplicação deste parâmetro de fundamentação ao processo penal: "Para parcela da doutrina, o dever de motivação analítica das decisões judiciais (art. 489, § 1º, CPC) é uma decorrência do direito fundamental consagrado no art. 93, IX, da CF. Assim, considerando que os parâmetros estipulados no Código de Processo Civil têm como escopo assegurar uma sentença customizada às particularidades do caso concreto, não devem eles serem trasladados quando o bem jurídico em jogo é a liberdade?" GONÇALVES, Marcelo Barbi Gonçalves. *Teoria geral da jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 359.