

# 4

## PRINCÍPIOS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ARBITRAL

1. Considerações Introdutórias; 2. Os princípios processuais aplicáveis ao processo arbitral; 2.1 Inafastabilidade da tutela jurisdicional; 2.2 Devido Processo Legal; 2.3. Contraditório. 2.4. Ampla Defesa; 2.5. Igualdade; 2.6. Imparcialidade; 2.7. Economia Processual; 2.8. Vedação às provas ilícitas; 2.9. Juiz Natural; 2.10. Duração Razoável do Processo; 2.11. Publicidade; 3. Regras processuais (não princípios) aplicáveis ao processo arbitral; 4. Visão crítica da noção de que os princípios processuais, juntamente com as disposições da LARB, são suficientes para regular o processo arbitral.

### 1. Considerações introdutórias

É inegável a relevância do estudo dos princípios jurídicos, em relação a qualquer ramo do direito, a qualquer assunto. No plano normativo, os princípios constituem o ponto de partida, funcionam como guias, como parâmetros que devem ser seguidos pelas demais normas integrantes do ordenamento. Se o Direito pudesse ser representado como um edifício, os princípios constituiriam a sua fundação, o seu alicerce, sobre os quais se erguem as demais estruturas normativas da sociedade. São normas de caráter mais abstrato, nas quais as demais se inspiram e às quais devem obediência.<sup>391</sup>

Nas sociedades contemporâneas, sobretudo em sistemas jurídicos constitucionais como o brasileiro, os princípios assumem uma conotação ainda mais importante, porque deixam os livros e as teses, para integrar a ordem constitucional. A Constituição Federal de 1988 é pródiga em princípios, elenca-os em um extenso rol de garantias individuais, do qual se extraem normas aplicáveis aos diferentes

391. AFONSO DA SILVA, José. Os princípios constitucionais fundamentais, *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, Brasília, v. 6, n. 4, out.-dez. 1994. p. 18: “Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são – como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira – núcleos de condensações nos quais confluem *valores e bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em *normas-princípio* e constituindo preceitos básicos da organização constitucional”.

ramos do direito. No plano processual, há inúmeros princípios positivados na Constituição, muitos dos quais, objeto dos subtópicos abaixo.

Nem todo princípio é consagrado ou expresso em normas jurídicas positivas, e nem todas as normas constitucionais têm características de princípios.<sup>392</sup> É necessário distinguir tais figuras, não devendo a doutrina se contentar, ou se acomodar, com a ideia de que a condição de princípio depende do status constitucional da norma. Nesse exercício haveria um duplo risco, primeiro o de desprezar construções teóricas e conceitos jurídicos que podem ser extraídos, sistematicamente, do ordenamento como um todo; segundo, o de hiperinflacionar a ideia de princípio, extraindo de toda e qualquer previsão constitucional algum princípio.

Em relação ao processo arbitral, tendo em vista a expressa previsão do artigo 21 da Lei de Arbitragem, não há dúvidas acerca da incidência dos princípios processuais. Ao contrário, prevalece a ideia de que não se limitam aos quatro enumerados na própria lei, porque a aplicação de princípios processuais de índole constitucional é uma imposição da própria ordem constitucional, independentemente de previsões infraconstitucionais específicas.<sup>393-394</sup>

A questão que se coloca é outra, na verdade. Como dito nos capítulos iniciais, parte expressiva da doutrina que se dedica ao estudo do processo arbitral entende que o seu arcabouço normativo decorre da combinação das regras fixadas pelas partes e pelos árbitros, com apoio tão somente na estrutura normativa da própria Lei de Arbitragem e nos princípios processuais, ou seja, que o recurso aos princípios é suficiente para, em complementação às disposições específicas da Lei de Arbitragem, se extrair um regime jurídico abrangente do processo arbitral.<sup>395</sup>

392. WAMBIER; TALAMIN., *Curso avançado de processo civil*, cit., p. 71-72.

393. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 25.

394. Carlos Alberto Carmona, um dos coautores do anteprojeto de lei que veio a se converter na Lei 9.307/1996, ressalta como o legislador brasileiro extraiu, entre os princípios gerais do processo, aqueles mais aptos a garantir às partes um julgamento justo, entre eles: princípio do contraditório, da igualdade, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*, cit., p. 293.

395. FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N. e MONTEIRO, André L. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 119 “Parece-nos plenamente possível, porém, a aplicação de diversos princípios jurídicos na arbitragem – inclusive nesta nova roupagem dos princípios, com eficácia normativa autônoma –, desde que se mantenham a preponderância e o respeito à autonomia privada e ao devido processo legal. Em outras palavras, pode-se dizer que desde que a autonomia privada e o devido processo legal sejam fielmente observados, a aplicação de princípios jurídicos na arbitragem é saudável e não representa “publicização” da arbitragem, mas apenas significa o enquadramento da disciplina arbitral nas mais contemporâneas visões evolutivas do Direito.”

Neste capítulo, serão examinados os princípios aplicáveis ao processo arbitral, para realizar as aproximações do processo arbitral aos demais ramos do processo, nos aspectos que têm em comum, e para ressaltar as diferenças na aplicação destes mesmos princípios, relativamente aos pontos em que a natureza do processo arbitral difere dos seus congêneres. Trata-se de revisitar os princípios do processo, com uma dupla finalidade. A primeira é a de propor novos olhares sobre noções sedimentadas dos princípios, examinados agora à luz do processo arbitral. A segunda é de analisar o processo arbitral à luz destes mesmos princípios, para identificar possíveis equiparações, similitudes e, sobretudo, para distinguir as peculiaridades do processo arbitral, que devem ser observadas e respeitadas, mas nem por isso permitem a conclusão acerca de um isolamento conceitual da arbitragem.<sup>396</sup> Ao final, será proposta uma visão crítica à ideia da suficiência destes mesmos princípios para, ao lado das disposições da própria Lei de Arbitragem, constituírem o arcabouço conceitual e normativo de que o processo arbitral pode (e deve) se valer.

## 2. Os princípios processuais aplicáveis ao processo arbitral

A conceituação de princípios pode ser feita a partir de diferentes construções. A que se revela mais adequada é a que qualifica como princípios normas com elevado componente axiológico, que retratam parâmetros jurídicos, sociais e morais da sociedade, os seus pilares ou linhas mestras, as suas verdades fundantes.<sup>397</sup> Princípios são assim qualificados por um critério de importância.

Há também as construções teóricas que qualificam os princípios de acordo com a estrutura da norma, a exemplo das sempre referidas teorias de Alexy<sup>398</sup> e

396. Para Dinamarco, a arbitragem contém um “autêntico processo civil no qual se exerce um verdadeiro poder, a jurisdição, e que as atividades inerentes a esse exercício têm natureza inegavelmente processual”, daí porque deve ser inserida na teoria geral do processo. Ainda, na medida em que a arbitragem se destina a produzir efeitos sobre a esfera jurídica de sujeitos, mediante a prolação de decisões proferidas por outro, é natural que as atividades desenvolvidas neste processo se submetam às garantias superiores que o processo constitucional proporciona. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 23.

397. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 285.: “Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da praxis.”

398. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 93.

Dworkin.<sup>399</sup> Contudo, tais teorias adotam premissas que acabam por propor critérios que dificultam a distinção entre princípios e regras, eis que, como adverte Virgílio Afonso da Silva, se valem de critérios que nada dizem respeito à fundamentalidade da norma e, no âmbito da doutrina brasileira, são muitas vezes empregados ao mesmo tempo, resultando em um sincretismo jurídico que mais confunde do que esclarece.<sup>400</sup> <sup>401</sup> Assim, na medida em que as classificações das normas devem ser feitas com finalidades de auxiliar a sua compreensão e aplicação, a classificação que leva em conta o aspecto axiológico da norma preserva a sua utilidade, porque permite manejar estes conceitos tanto para a interpretação como para a integração das normas jurídicas, além de facilitar o exercício interpretativo dos conflitos normativos. Portanto, para fins dos tópicos subsequentes, os princípios serão compreendidos como integrantes da estrutura do ordenamento, como seu alicerce, a fundação sobre a qual se constroem todas as demais estruturas.<sup>402</sup>

399. Para Dworkin, “a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”, (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39). Em outra passagem, afirma que o seu conceito de princípio consiste em “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (p. 36).

400. Sobre as críticas às teorias de Alexy e Dworkin, ver AFONSO DA SILVA, Virgílio. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1, 2003. p. 611. Em especial, quando o autor afirma que “o conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma”.

401. Humberto Ávila também critica as construções de Dworkin e por Alexy, entendendo que tanto os princípios como as regras comportam um exercício de ponderação, podendo ser aplicadas ou afastadas, caso a caso. Segundo o raciocínio desenvolvido por Ávila, não se pode afirmar, *a priori* e antecipadamente, que um determinado dispositivo constitucional contenha um princípio jurídico ou uma regra. Esta qualificação depende de um trabalho de interpretação do referido dispositivo, para especificar “a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, subjacentes”, do qual resultará, portanto, “a interpretação jurídica de um dispositivo hipoteticamente formulado como regra ou como princípio” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 41-42). Porque a distinção entre regras e princípios é sempre feita caso a caso, após o trabalho de interpretação, penso ser difícil a utilização concreta da classificação proposta por Ávila.

402. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 46: Princípio é “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito

Princípios veiculam normas com conteúdo valorativo mais relevante, que pode ser entendido como fundamental e fundante de um certo ordenamento. São seus mandamentos nucleares, suas disposições fundamentais, e em geral, dos princípios se extraem regras específicas e particulares, que dão concretude a eles, que implementam a sua verificação nas situações concretas.<sup>403</sup> Por essa razão, regras apresentam um caráter instrumental e menos fundamental.<sup>404</sup>

Em relação ao ordenamento brasileiro, há a particular circunstância de que os princípios em geral, e os processuais em particular, encontram-se contemplados no próprio texto constitucional, o que amplifica a sua aplicação e serve de parâmetro tanto para o legislador, na edição de leis que concretizem aqueles princípios, como do intérprete, que realiza a tarefa de subsunção à luz daqueles princípios.<sup>405</sup> E mesmo que essa noção não seja suficiente para explicar todo o regramento do processo arbitral, ela se faz presente, de modo que, nas arbitragens regidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, os princípios processuais terão sim um importante papel na regulação do procedimento arbitral.

Afinal, o processo arbitral, enquanto modalidade de processo jurisdicional, evidentemente se pauta pelo respeito aos princípios constitucionais do processo, porque não pode haver processo jurisdicional no Brasil sem a observância destes parâmetros constitucionais.<sup>406</sup> Este é um fenômeno que não se limita ao Brasil ou ao direito brasileiro. De um modo geral, as legislações sobre arbitragem dos sistemas jurídicos conhecidos, bem como os tratados internacionais, aludem a princípios jurídicos básicos, relacionados ao *due process of law*, como parâmetros mínimos que

---

e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”.

403. CASTRO NEVES, José Roberto. *Uma introdução ao direito civil*, cit., p. 17: “os princípios expressam grandes vetores, de ampla aplicação, ao passo que as regras são, comumente, desdobramentos mais específicos dos princípios, destinadas a regular uma situação particular”.

404. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Princípios e regras...*, cit., p. 612.

405. Didier identifica três mudanças significativas na ciência do direito constitucional, com impactos sobre a ciência processual: (i) o reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) a expansão e consagração dos direitos fundamentais e (iii) a expansão e desenvolvimento da jurisdição constitucional, com o desenvolvimento de instrumentos processuais para a jurisdição constitucional, como a ADPF e a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário). “A Constituição Federal passa a ser examinada como o mais importante capítulo do direito processual, fundamento para que todo o Direito Processual seja construído” (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo*, cit., p. 148-149).

406. Bedaque afirma que, enquanto método de resolução de conflitos e pacificação, do mesmo modo que o processo judicial, o processo arbitral se utiliza da ontologia para explicar a incidência das garantias constitucionais. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Sentença arbitral...* cit., p. 382.

devem ser observados.<sup>407</sup> Estes parâmetros servem como fundamento para o controle primário de sentenças arbitrais, realizado em geral perante o Poder Judiciário da sede do procedimento, e também como fundamento para o controle secundário, nos juízos de homologação e reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Dessa forma, o primeiro universo de onde se extraem os princípios aplicáveis ao processo arbitral é a Constituição Federal.<sup>408</sup> Há certos princípios que inequivocamente se aplicam ao processo arbitral, como o devido processo legal, o contraditório e a inafastabilidade da tutela jurisdicional.<sup>409</sup> E todos eles se aplicam com adaptações, diante das peculiaridades do processo arbitral. Aliás, afirmar esta adaptação pode ser compreendido como uma obviedade, sob certo sentido, porque é próprio dos princípios a característica de serem conceitos abertos, mais fluidos, que se realizam de mais de uma maneira e que tem aptidão para se adaptarem às situações particulares.

Assim é que a doutrina processual identifica muitos princípios processuais, tanto aqueles expressa ou implicitamente contemplados na Constituição Federal, como outros, relacionados ao modo de ser do processo, tal qual estabelecido pelo ordenamento. Menciona-se o princípio da demanda, da correlação, da lealdade, da

407. GONÇALVES alude ao fato da equivalência funcional entre as justiças pública e privada, como um fenômeno que vem ganhando crescente aceitação, e alude a julgamento da Corte de Estrasburgo, de 2008, no caso *Regent Company contra Ucrânia*, no qual se declarou que as garantias processuais previstas no art. 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDU) têm aplicação direta na arbitragem. GONÇALVES esclarece que a decisão também afirmou que o vocábulo “tribunal”, previsto no art. 6º, § 1º, da CEDU, não deve ser lido apenas como “órgão estatal”. “Por essa razão, respeitando as particularidades da arbitragem, o árbitro possui o mesmo grau de vinculação que o juiz togado à CEDU. Essa decisão é importante, porquanto consagra uma evolução no sentido de que o direito ao justo processo se aplica diretamente na arbitragem, e não apenas indiretamente, através do controle de aplicação da CEDU por parte do juiz togado competente para fiscalizar a validade da sentença arbitral” (GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*, cit., p. 151).

408. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 194: “o direito processual constitucional é método que também deve ser utilizado ao se estudar e ao se utilizar (criar, adaptar, aplicar) o procedimento arbitral, (...) sem qualquer sombra de dúvida”. Para Montoro, “as regras que regulam o procedimento arbitral devem ser estudadas e utilizadas (construídas, aplicadas e adaptadas) à luz do que prevê a Constituição Federal, ou seja, tendo em vista o direito processual constitucional”.

409. Para BEDAQUE, os fins semelhantes entre o processo judicial e o processo arbitral faz com que a aplicação das garantias constitucionais seja justificável. Assim, mecanismos como o contraditório e a fundamentação da sentença seriam exigências do Estado de Direito, considerando que as Partes só teriam escolhido a arbitragem em razão da efetiva aplicação das garantias do processo constitucional. Sendo inaceitável a decisão ou ato em contrário. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Sentença arbitral...*, cit., p. 383.

cooperação, do impulso oficial, além dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.

Também na arbitragem isso ocorre. Se não há princípios constitucionais especificamente atrelados à arbitragem, há aqueles que também a ela se aplicam, como o princípio da autonomia privada, decorrência de uma noção mais geral de liberdade. Fala-se, ainda, em princípio da competência-competência, da autonomia da cláusula compromissória, entre outros. O excesso de princípios decorre não apenas de percepções da doutrina, mas sobretudo do legislador. A Lei nº 9.307/1996 menciona o livre convencimento motivado como um dos princípios que *serão sempre observados* na arbitragem. Contudo, como se verá, o livre convencimento motivado, ou persuasão racional, constitui mera técnica utilizada pelo legislador, que se vincula à garantia da fundamentação das decisões, mas não é, em si, uma garantia. Fora do universo da arbitragem, basta pensar em decisões do tribunal do júri, que não obedecem a esses exatos parâmetros (ainda que as demais decisões do processo, inclusive a decisão judicial que aplica a pena, sejam motivadas).

Esta profusão de princípios vem sendo reconhecida pela doutrina. Virgílio Afonso da Silva,<sup>410</sup> Nelson Nery Jr.<sup>411</sup> e Carlos Ari Sundfeld,<sup>412</sup> apenas para citar alguns exemplos, expõem suas visões sobre os riscos deste fenômeno. Da obra *Teoria Geral do Processo*, em suas sucessivas edições, os autores observam que há certas regras de grande relevância, que caracterizam o modelo do processo brasileiro, mas que, à luz dos critérios que qualificam os princípios processuais, não podem ser assim considerados.

Fato é que na arbitragem, à exceção do livre convencimento motivado, que não pode ser entendido como um verdadeiro princípio, os demais princípios mencionados na lei – devido processo legal, imparcialidade e igualdade – têm sim as características que permitem considerá-los princípios e, ademais, são extraídos do texto constitucional. Mas é possível identificar e classificar com princípios aplicáveis ao processo arbitral também os princípios da ampla defesa, do contraditório, da inafastabilidade da tutela jurisdicional, da economia processual e da vedação às

410. AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 128.

411. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 48.: “Talvez o pecado mais sério da doutrina hodierna seja o de tratar o tema mediante sincretismo, vale dizer, misturando-se as teorias que se utilizam de critérios e parâmetros distintos uns dos outros”.

412. SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? *Direito Administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 205-229.

provas ilícitas.<sup>413</sup> Não obstante, há adaptações relevantes em relação à compreensão geral que se tem deles quando se observa sua incidência no processo estatal.

Além dos princípios expressamente contemplados na Constituição, há outros princípios que são observados, como os princípios do juiz natural, da publicidade e da duração razoável do processo (ver itens 2.7, 2.11 e 2.10 abaixo). Também quanto a estes, é de se reconhecer a necessidade de adaptações destas normas principiológicas para o processo arbitral, como será adiante visto.

Por fim, é de se reconhecer que há outros princípios que não têm aplicação ao processo arbitral. O duplo grau de jurisdição é o exemplo mais nítido. Seja ele admitido como princípio, seja, como sustenta a doutrina majoritária, como uma garantia, ele não é observado no processo arbitral, e esta circunstância não retira do processo arbitral a sua validade, sua natureza jurisdicional ou sua compreensão como processo regido pelos princípios constitucionais (conforme Capítulo 3, tópico 6.1). Da mesma forma, aspectos que são normalmente associados à ideia da jurisdição, como características ou princípios, tais com a investidura, indelegabilidade, aderência ao território e indeclinabilidade, não se verificam em relação à jurisdição arbitral (conforme Capítulo 3, tópico 6.1).<sup>414</sup>

Mas a este rol podem ser adicionadas outras construções que, não obstante respeitáveis, não representam, sob a perspectiva desta tese, exemplos corretos de verdadeiros princípios jurídicos. A observância da ordem pública<sup>415-416</sup> ou aos bons

413. FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO incluem a vedação de provas ilícitas entre os direitos e garantias da Constituição que se aplicam ao processo arbitral, além da previsão expressa do art. 21, par. 2º. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 150-151.

414. *Idem*, p. 155.

415. *Idem*, p. 156-157: “A nosso ver, não é apenas o desrespeito ao princípio do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade e do livre convencimento que pode, a depender do caso, viciar a sentença arbitral, mas também o desrespeito a todos os demais princípios aplicáveis à arbitragem cuja violação acabe representando, no caso concreto, ofensa à ordem pública”.

416. ARMELIN igualmente alude à ordem pública como fator limitador da liberdade das partes em fixar as regras aplicáveis à solução do litígio, no que tem razão. Também corretamente, não erige a ordem pública a um princípio em si, porque a ordem pública é a técnica, o mecanismo de controle pelo qual se obsta a produção de efeitos certos atos jurídicos que violem princípios jurídicos relevantes. A esse respeito, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*, cit., p. 65. Mas Donaldo Armelin parece ir além quando sustenta que “também carece a liberdade das partes nessa área de poder para alterar as normas procedimentais inseridas na própria Lei 9.307/96. Portanto, quanto a essas áreas do processo e do procedimento arbitrais, a vontade das partes, que desfruta em relação a outras condições plenas de atuação, há de se fletir a esses comandos expressamente insculpidos no diploma legal de regência.” Há poucas normas procedimentais previstas na própria Lei, mas penso que não se possa afirmar que todas elas sejam de observância obrigatória. O prazo para apresentação do pedido de esclarecimentos

costumes, a vedação à revisão do mérito, a autonomia da cláusula compromissória ou mesmo a competência-competência,<sup>417</sup> são exemplos do que se pode denominar de inflação principiológica. Não porque não tenham relevância no estabelecimento de limites e parâmetros ao processo jurisdicional, mas porque a sua compreensão como princípios faz surgir o risco de uma excessiva permissividade para o afastamento de regras concretas, ou para que a partir dessas ideias outros princípios sejam afastados, pelo exercício típico de ponderação que é próprio do conflito entre princípios. Alguns deles, ademais, não possuem o grau de generalidade ou a natureza fundante que caracteriza os princípios. Ao contrário, são regras técnicas concebidas pelo legislador com base em juízos de conveniência, integram decisões políticas dos legisladores e não se traduzem em elementos sobre os quais o sistema jurídico esteja alicerçado.<sup>418</sup>

Fato é que a doutrina processual trata como princípios muitos fenômenos processuais que não passam de regras. Foram concebidas pelo legislador infraconstitucional, definem o modo de ser do processo brasileiro, mas nem por isso podem ser erigidas verdadeiramente à caracterização de princípio. Sob outra perspectiva, são definidas como falsos princípios, porque veiculam normas tradicionais, difundidas e que integram a estrutura do processo brasileiro, mas que poderiam ser suprimidas ou modificadas, sem que daí resultasse uma modificação substancial do ordenamento em si.

Cândido Dinamarco refere-se a falsos princípios porque, na verdade, se traduzem em regras técnicas que, não obstante sua relevância para o bom funcionamento do processo, essas normas não têm, em si mesmas, os atributos próprios de um princípio. Na verdade, são regras que decorrem de ideias expressas em princípios, mas elas mesmas não são princípios constitucionais. É tradicional se referir a tais regras técnicas sob a nomenclatura de princípios, o que também faz Dinamarco, mas sendo regras jurídicas, é conveniente adotar outra terminologia, como forma de contribuir para a distinção de tais regras em relação a princípios. Assim, para os efeitos desta tese, as expressões princípio da demanda, princípio da correlação da

---

é exemplo típico, pois os regulamentos institucionais preveem prazos maiores e em geral as partes ampliam o prazo indicado na lei. ARMELIN, Donald. Notas sobre sentença parcial e arbitragem, cit., p. 12.

417. LAMAS, Natália Mizhari. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem, cit., p. 47-49. A autora também alude ao princípio da não denegação de justiça, que constitui um princípio geral de direito que se aplica igualmente à arbitragem (p. 58).

418. Como, aliás, ocorre quanto à competência-competência, na Itália e na Alemanha. O regramento deste tema nestes países permite que os juízes togados examinem a competência dos árbitros, em caráter prioritário, conforme artigos 819 do CPC italiano e 1.032 (2) da ZPO alemã.

sentença ao pedido, princípio do livre convencimento motivado, princípio da oralidade, da lealdade, da convalidação e do prejuízo serão substituídas e referidas como regras<sup>419</sup> (ver item 3 abaixo).

Voltando ao processo arbitral, não constituem verdadeiros princípios a separabilidade, a autonomia da cláusula compromissória, ou a competência-competência. Ou para um exemplo negativo, a vedação à prática de atos executivos pelos árbitros igualmente não se constitui em um princípio. E no plano processual mais geral, também não constituem princípios, mas regras, as normas sobre correlação entre pedido e sentença, disponibilidade, dispositivo e flexibilidade procedimental.<sup>420</sup>

A correta identificação das normas em princípios e regras tem uma importância central na própria operabilidade do sistema. A distinção entre tais figuras é muito relevante para o adequado tratamento dos problemas de conflito entre normas. E mais do que conflito entre princípios, ou entre regras, o tema se revela particularmente sensível quando se está diante de conflito entre princípios e regras.

No âmbito do processo estatal este problema é conhecido, e grave. Alguns exemplos ilustram o ponto. Em primeiro lugar, a regra do artigo 334 do CPC, que prescreve a designação de audiências de conciliação ou mediação no momento procedimental que antecede a apresentação da defesa. Trata-se de letra morta do CPC, de norma que nunca chegou a ser aplicada, sob a justificativa de que esta norma viola a duração razoável do processo. Estas decisões correspondem a um juízo de ponderação entre os valores propostos por diferentes normas. De um lado, a garantia constitucional da duração razoável do processo, que pode ser entendida como um princípio jurídico, segundo a concepção aqui adotada. De outro, a norma que impõe a tentativa de solução amigável a todos os processos, como uma verdadeira política pública de solução adequada de conflitos.

Não me parece correto compreender que o artigo 334 do CPC veicule um princípio jurídico. A norma tem conteúdo específico, não é dotada de generalidade suficiente. É certo que ela tem inspiração em outros princípios jurídicos, mas não é, ela mesma, um princípio. Assim, o seu afastamento se põe em termos de eficácia. A regra deveria deixar de ser aplicada se estivesse em conflito com outra regra jurídica. Mas, no caso aqui examinado, as decisões colocam em confronto um princípio e uma regra, e por atribuírem maior peso ao princípio, realizam uma ponde-

419. FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 188, qualificam como princípios as normas sobre correlação entre pedido e sentença, disponibilidade, dispositivo e flexibilidade procedimental.

420. Que constituem princípios, para FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 188.

ração entre as normas, da qual resulta o afastamento da regra.<sup>421</sup> Em termos práticos, a política pública de solução adequada de conflitos e estímulo aos métodos autocompositivos vem sendo sabotada pelo Poder Judiciário.

Outro exemplo emblemático. O legislador previu a incidência de uma modalidade particular de honorários advocatícios, os de sucumbência, que são devidos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora, e cujas bases são objetivamente fixadas na própria lei. O Código de Processo Civil estabeleceu regras para se aferir a base de cálculo do valor em disputa (expressão econômica do litígio) e percentuais mínimos e máximos que devem ser adotados. Também aqui, ao fixar tais regras jurídicas, o legislador fez sua ponderação, levando em consideração os princípios jurídicos pertinentes (para ilustração, pode-se falar em acesso à justiça, em boa-fé e até mesmo em litigância responsável, que mesmo não podendo ser erigido a um princípio jurídico, é um valor levado em consideração pelo legislador, e que se faz presente em diferentes regras do Código). Esta ponderação, evidentemente, embute um juízo de conveniência, o qual não pode, contudo, ser afastado pelo intérprete. Não se podem desprezar os parâmetros fixados na lei, porque se trata de regra jurídica que, diante de eventual confronto com outros princípios jurídicos, deve prevalecer.

Princípios jurídicos são inspirados em valores mais relevantes, mas o seu caráter genérico e, com o perdão da redundância, principiológico, não permite que eles prevaleçam e gerem o afastamento de regras jurídicas particulares. Não cabe ao julgador – integrante dos quadros do Poder Judiciário ou privado – realizar juízos de conveniência sobre as normas jurídicas, criando critérios próprios e particulares de julgamento e noções personalíssimas de justiça. Esse método de interpretação de princípios e regras é fonte de grande instabilidade e é um dos fatores responsáveis pela loteria judiciária a que nos sujeitamos permanentemente.<sup>422</sup>

421. Ávila, com razão, aponta para o equívoco da concepção doutrinária largamente difundida no sentido de que descumprir um princípio é mais grave que descumprir uma regra. “Em geral, o correto é o contrário: descumprir uma regra é mais grave que descumprir um princípio”. Prossegue o autor observando que também é errado considerar que, diante de um conflito entre uma regra e um princípio (ainda que ambos com status constitucional), deva prevalecer o princípio. Para o autor, “isso não é aceitável” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 90-91).

422. O que Humberto Ávila qualifica de decisionismo. Nas palavras do autor, “com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., p. 91).

Do ponto de vista do conflito de normas, nos dois exemplos acima a solução deveria ser diferente. Inspirado em diferentes princípios, o legislador fez as suas ponderações, concluindo, no primeiro caso, que a designação de audiências no início dos procedimentos comuns (excluindo, portanto, processos sob procedimentos especiais) atenderia a certos princípios, ainda que às custas de outros. E no segundo, que os parâmetros objetivos para a fixação dos honorários são os que melhor atendem aos valores sob análise. Esta é a função do legislador, de editar normas gerais, coerentes e compatíveis com o ordenamento jurídico como um todo, sujeitas a controles difuso e concentrado de constitucionalidade. Mas não sujeitas, em princípio, a um juízo de conveniência do intérprete, que permita afastar regras porque, a juízo do julgador, elas não são adequadas ou afrontam determinados princípios. Ao permitir que cada julgador realize as ponderações que quiser, por esta classificação fluída de regras e princípios, o resultado é a instabilidade jurídica. A técnica de classificação das normas e os métodos de solução dos seus conflitos não servem, ou não deveriam servir, a tais propósitos.

A partir destas considerações, nos tópicos a seguir são elencados os diversos princípios aplicáveis ao processo arbitral, isoladamente considerados. Nos limites propostos por este trabalho, o que se pretende é tecer considerações centrais sobre cada princípio, para em seguida examinar as eventuais adaptações que eles sofrem no tocante ao processo arbitral. Esta metodologia será adotada em relação a todos os princípios adiante enumerados.

## 2.1 *Inafastabilidade da tutela jurisdicional*

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, ou do acesso à justiça, constitui garantia processual constitucional de grande relevância. Integra o rol de direitos fundamentais e impõe ao Estado um conjunto amplo de políticas públicas, iniciativas legislativas e executivas para a sua efetiva implementação.

Previsto na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXV, o texto normativo alude ao Poder Judiciário, o que, por algum tempo e para certas parcelas da doutrina e jurisprudência, representava a consagração do monopólio do Estado na administração da Justiça. Mas é certo que, há tempos, a correta interpretação que se deu à garantia constitucional é a de que não apenas diretamente por meio de órgãos estatais se assegura o acesso à justiça.<sup>423</sup> Esta visão se reflete na própria denominação do princípio: inafastabilidade da tutela jurisdicional.

---

423. Sobre o acesso à justiça, os Autores propõem uma leitura do artigo 5º, XXXV da CF que não se limita ao Poder Judiciário, mas sim a toda forma de apreciação jurisdicional, o que inclui os

Isso quer dizer que nenhuma lei, no ordenamento brasileiro, pode impedir que as pessoas (entendidas aqui em sentido amplíssimo) possam pleitear perante alguma autoridade jurisdicional a prevenção ou reparação de danos que aleguem sofrer. Tal garantia, conforme a interpretação que se lhe deu ao longo do tempo, não se exaure na mera previsão de órgãos do Poder Judiciário, ou no estabelecimento de competência destes órgãos para todos os tipos de conflitos. O acesso à justiça consagra um amplo conjunto de medidas, de normas e de posturas do Estado para, efetivamente, propiciar aos cidadãos e à sociedade em geral (inclusive aos próprios entes da Administração, do Legislativo e também do Judiciário) amplo e efetivo acesso à tutela jurisdicional.

A doutrina há tempos adverte para a magnitude desta garantia constitucional, que se materializa na previsão constitucional de assistência judiciária gratuita, na criação de Defensorias Públicas no âmbito da União e dos Estados, na edição de leis que consagrem meios e facilitação à efetivação dos direitos, como a criação dos Juizados Especiais ou a previsão de instrumentos processuais para a tutela dos direitos (direitos de natureza coletiva, por exemplo). Tal compreensão se expandiu para contemplar não apenas a reparação de direitos, mas a prevenção, mediante técnicas de tutela inibitória, e para amplificar a efetividade destes direitos, por exemplo mediante as técnicas da tutela de urgência e da evidência.

No âmbito do processo arbitral, a inafastabilidade se manifesta, em primeiro lugar, pela compreensão de que ela se constitui uma segunda modalidade de tutela jurisdicional, pela qual as partes podem optar. E sendo um mecanismo para o exercício do acesso à justiça, as técnicas de que o processo arbitral deve ser munido devem ser tão amplas quanto possível. Não por acaso, o legislador brasileiro expressamente atribuiu aos árbitros o poder de conceder medidas de urgência, e por essa mesma razão, são eles os competentes para medidas de produção antecipada da prova, porque, mesmo não se caracterizando um conflito com a exata dimensão de uma demanda típica, cuida-se de modalidade de exercício de direitos, visando o seu melhor aparelhamento ou até mesmo a facilitação da conciliação entre as Partes (vide o Capítulo 5, item 2.12). Outro conjunto de regras que se extrai do princípio da inafastabilidade abrange a especial carga de eficácia da convenção de arbitragem, que possui efeitos positivo e negativo, para impor seu cumprimento aos contratantes e excluir a matéria da apreciação do Poder Judiciário.<sup>424</sup>

---

árbitros. FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 158-159.

424. GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. 4. ed. São Paulo: Almedina, 2022. p. 157-161.

Mas no plano do processo arbitral, nem todo o instrumental deste princípio da inafastabilidade se faz presente, ao menos não na mesma medida e intensidade que em relação ao processo estatal. A garantia de um juiz natural, isto é, uma autoridade estatal cuja competência tenha sido previamente estabelecida e que já esteja no exercício de suas funções, antes do início do litígio ou da violação do direito, é uma característica que só faz sentido nos processos sob a administração do Estado. Da mesma forma (e como já visto no Capítulo 3, item 5.1) a oferta de assistência judiciária gratuita ou a concessão de benefícios de justiça gratuita (aqui incluídas as noções de abatimentos ou parcelamentos das custas) não se compatibiliza com a arbitragem, porque ela é um mecanismo próprio para disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, que exige manifestação de vontade em geral incompatível com relações jurídicas desiguais e assimétricas. O campo propício das disputas sob arbitragem são os contratos empresariais, as relações societárias e outras com suficiente complexidade, e a premissa da própria escolha do método é a plena ciência do conjunto de vantagens e desvantagens que a arbitral proporciona.

Não pode ser imposto ao Estado que custeie essa forma privada de administração de justiça. Da mesma forma, os agentes privados que nele atuam não podem ser forçados a atuar sem a correspondente contraprestação. Não há, portanto, gratuidade no âmbito do processo arbitral.

No fértil campo da autonomia da vontade que permeia a arbitragem, há ainda outras restrições que as partes podem fazer, que não podem ser consideradas como violadoras da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Relembre-se, a propósito, que a norma constitucional determina que *a lei* não excluirá da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito. O destinatário principal do comando constitucional é o legislador, ou o próprio Estado. Do princípio da inafastabilidade não se extrai que as próprias partes não possam estabelecer restrições ao seu direito de demandar. Aliás, nem mesmo o legislador é impedido em termos absolutos, porque para que o acesso à Justiça se faça de modo racional e útil, as demandas devem reunir condições mínimas de procedibilidade. Prevalece, hoje, a ideia de que certas restrições ao acesso à justiça são legítimas e não se incompatibilizam com a garantia constitucional.<sup>425</sup>

Quanto às partes, elas podem estabelecer cláusulas escalonadas, que imponham a realização de etapas prévias de negociação, conciliação, mediação, ou mesmo a instauração de *dispute boards*. Podem também fixar limitações a indenizações que venham a ser fixadas, ou excluir determinados aspectos da relação ju-

425. Como a exigência de prévio requerimento administrativo antes do beneficiário do INSS ingressar com a ação judicial (STF, Tema 350, com repercussão geral).

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, estabeleçam, 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).

434. 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.

435. 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).

436. 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).

437. 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 posituação 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. BERMANN, George. A. *Ascertaining the Parties' Intentions in Arbitral*, cit., p. 1014.

aspecto, a ampla liberdade geralmente concedida para que os árbitros disciplinem o procedimento servirá como escudo protetor do processo arbitral, justamente porque em relação a muitos aspectos, não existe um parâmetro prévio que deva necessariamente ser preenchido. Fato é que o devido processo legal pode ser observado por muitos caminhos diferentes, não sendo a escolha de um ou outro caminho, em si, fator que justifique a anulação do processo arbitral.

### 2.3 *Contraditório*

Este princípio é também consagrado na ordem constitucional brasileira, em sentido amplo, pois a norma se refere aos litigantes e aos acusados em geral e expressamente menciona os processos judiciais e administrativos (CF, art. 5º, LV). A necessidade de estender ao processo administrativo a garantia do contraditório tem razões históricas, e representa um importante marco para a incorporação do processo administrativo à teoria geral do processo.<sup>444</sup>

O contraditório corresponde ao princípio pelo qual todos aqueles que são potencialmente afetados em suas esferas de direito por decisões decorrentes de processos administrativos ou de natureza jurisdicional, devem ser necessariamente informados e a eles deve ser assegurada a possibilidade de reação. Cuida-se de disposição tradicional em nossa ordem jurídica,<sup>445</sup> cujo campo de aplicação vem sendo expandido, com razão. Não basta, como outrora se compreendeu, assegurar

444. Por processo administrativo, deve-se entender não apenas os procedimentos que se processam perante a Administração, mas também inquéritos civis ou penais, que se processam sem uma autoridade jurisdicional responsável, sem que se concluam com decisões por terceiros equidistantes. O fato de serem procedimentos preparatórios de eventuais futuros processos não lhes retira a potencialidade de afetar a esfera de direitos dos investigados, razão pela qual deve se assegurar o contraditório também nestes ambientes. A este respeito, ver, FRANCO, Fernão Borba. *Processo administrativo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 77-84. Ao discorrer sobre a valoração probatória das informações colhidas nos inquéritos, Susana Henrique da Costa afirma que a ausência de contraditório diminui a força probatória, “mas não implica a total inaptidão das peças de informação do inquérito para formação do convencimento do magistrado, sequer para a concessão de tutelas de urgência. (...) Deve prevalecer, assim, o entendimento majoritário, que permite ao juiz apreciar livremente a prova constante dos autos, inclusive o inquérito. A análise do magistrado, racional e motivada, deverá considerar a importantíssima circunstância da implementação, ou não, do contraditório no curso do procedimento administrativo e valorar, segundo este e outros critérios legais ou de experiência, o peso que seus elementos de convicção terão no seu convencimento” (COSTA, Susana Henrique da. O contraditório e a valoração dos elementos de prova. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 738).

445. Nery Jr. afirma ser da tradição do direito constitucional brasileiro a adoção expressa da garantia ao contraditório no texto da Constituição. O preceito encontrava-se previsto na CI/1824 179 VIII; CF/1891 72 § 16; CF/1934 113 24; CF/1937 122 11; CF/1946 141 § 25;330

o contraditório no âmbito do processo penal,<sup>446</sup> ou do processo civil estatal. Cuida-se de garantia inerente a todo e qualquer exercício de poder, e isso se dá tanto na esfera pública como na privada, tanto nos processos de natureza jurisdicional, como os sem esse atributo. O contraditório é elemento indissociável do próprio conceito de processo, é ele que “quando menos em potência – que justifica a vinculação do destinatário ao ato de poder”.<sup>447</sup> A participação do Estado é apenas um dos elementos que justificam o respeito ao contraditório, mas ele se observa também em procedimentos sob a responsabilidade de entidades privadas, como no direito desportivo<sup>448</sup> ou mesmo no seio de sociedades e associações. Assembleias de acionistas de sociedades anônimas ou limitadas, de agremiações políticas ou científicas, enfim, em todos esses campos deve ser sempre assegurada a ciência dos fatos relevantes e a possibilidade de reação por parte dos interessados.<sup>449</sup>

Tal princípio é instrumental à própria ideia de Estado de Direito, à legitimação do exercício do poder por parte daqueles que podem ser afetados por ele.

A relevância do contraditório é tal que a sua aplicação a todo e qualquer processo jurisdicional é mandatória.<sup>450-451</sup> Nesse aspecto, a previsão específica na

---

CF/1967 150 § 15; CF/1969 153 § 15. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 246.

446. AVENA, Norberto. *Processo penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense/Método, 2021. p. 27.

447. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2020. v. I, p. 137.

448. Sobre contraditório, diz que tem previsão na CF e que por isso, que o princípio do contraditório aplica-se em procedimentos não estatais. Exemplos, Justiça Desportiva, cuja observância do contraditório tem previsão legal nos §§s 1º e 2º do art. 217 da Constituição Federal, e nos art. 49 e seguintes da Lei Pelé (nº 9.615/98). O *caput* do art. 52 e o § 3º do art. 53, ambos da Lei Pelé. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, ct., p. 151.

449. O mesmo para associações privadas, clubes etc. Tãmanha importância do contraditório para o direito de defesa que ele foi contemplado no artigo 507 do CC. O mesmo no âmbito das sociedades, art. 1085 do Código Civil. Montoro afirma, com acerto, que “todos esses exemplos demonstram que o princípio do contraditório e da ampla defesa são regras que devem ser respeitadas inclusive quando é exercido poder dentro da sociedade civil, fora dos órgãos estatais. O mesmo ocorre na arbitragem”. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 151.

450. O contraditório é amplamente assegurado no âmbito da arbitragem internacional e alguns diplomas legais estrangeiros fazem expressa referência a este princípio. KAUFMANN-KOHLER menciona tal previsão no Direito francês (artigo 1.502 do Código de Processo Civil) e no direito suíço (artigo 182 do Swiss Private International Law Act. KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Arbitration procedure: identifying and applying the law governing the arbitration procedure. In: van den Berg, Albert Jan. *Improving the efficiency of arbitration agreements and awards: 40 years of application of the New York Convention*. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 359.

451. CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal, cit., p. 85: o princípio constitucional do contraditório corresponde a um postulado considerado eterno.

Lei de Arbitragem é, ao mesmo tempo, redundante e didática. Tem razão de ser no contexto histórico da edição da Lei, que representou uma expressiva mudança, propondo o (re)surgimento da arbitragem no Brasil e a afirmação contundente da sua jurisdicionalidade. Esta ideia, hoje amplamente admitida pela doutrina, enfrentou muita resistência, o que explica e justifica a previsão de que certos princípios processuais deveriam ser sempre observados no processo arbitral.<sup>452</sup>

É certo, de outro lado, que a previsão de alguns princípios não significa a exclusão de tantos outros. Como sempre ocorre quando o legislador infraconstitucional mimetiza princípios constitucionais, a previsão tem essencialmente caráter didático. Afinal, ainda que nenhum dos princípios processuais aplicáveis estivesse previsto na Lei de Arbitragem, eles seriam aplicados mesmo assim. A colocação da arbitragem como método jurisdicional de solução de controvérsias só pode se dar se inserida na ordem constitucional brasileira, o que necessariamente atrai a aplicação dos princípios processuais antes referidos.<sup>453</sup>

Seja como for, na arbitragem o contraditório é duplamente previsto. Não pode haver dúvidas da sua ampla incidência. Mas a compreensão do conteúdo do contraditório impõe algumas ressalvas. Primeiro, como a doutrina adverte, o contraditório não exige a reação da parte, mas apenas que ela seja cientificada dos atos do processo e que lhe seja franqueada, adequadamente, tal possibilidade de reação. Daí porque fala-se em bilateralidade da audiência como uma expressão mais apropriada para definir o conteúdo do princípio do contraditório.<sup>454</sup>

Isso explica inúmeros outros aspectos do procedimento previsto para os processos estatais, como a exigência de requisitos para a citação judicial, a previsão de citação por edital para réus em local incerto e não sabido, ou ainda a previsão de

452. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. Procedimento I, cit., p. 176.

453. O que Cassio Scarpinella Bueno corretamente denomina como o modelo constitucional do processo civil. Por exemplo, em *Comentários ao Código de Processo Civil*, ... cit., p. 21.

454. Para Nery Jr., no processo civil o contraditório não tem essa amplitude. É suficiente que seja dada oportunidade aos litigantes para se fazerem ouvir no processo, por intermédio do contraditório recíproco, da paridade de tratamento e da liberdade de discussão da causa. Tratando-se de direitos disponíveis, o réu, por exemplo, pode deixar de apresentar contestação – revelia – sem que isto configure ofensa ao princípio do contraditório. Deve-se, isto sim, dar a ele a oportunidade de ser ouvido, de apresentar sua contrariedade ao pedido do autor. Essa oportunidade tem de ser real, efetiva, pois o princípio constitucional não se contenta com o contraditório meramente formal. Por esta razão é mais apropriado falar-se em bilateralidade da audiência, como princípio no processo civil. O réu deve ser, portanto, citado. Isto se verificando, mesmo no caso de ele tornar-se revel, deixando de apresentar contestação, terá sido atendido o princípio constitucional do contraditório. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 252

nomeação de curador especial para réus citados por edital e que não apresentem defesa. A própria ideia de revelia se insere nesse mesmo contexto, porque o que se exige é que o réu seja cientificado dos termos da demanda que lhe é dirigida, mas, no processo civil, admite-se que seu comportamento seja o de não apresentar resposta, o que não impacta a validade do processo nem impede seu desenvolvimento.

O princípio do contraditório permanece o mesmo, mas será aplicado com diferenças em outros ramos do processo. No penal, por exemplo, pelos valores em jogo, não se admite a revelia do acusado, e o julgador pode até mesmo substituir a defesa, se identificar falhas técnicas que ameacem justamente o correto exercício do contraditório e da ampla defesa.<sup>455</sup> Admite-se ainda o depoimento do acusado como parte da defesa, ao mesmo tempo em que se admite a recusa do acusado em depor, sem que desse comportamento se possa extrair alguma consequência processual.

No processo do trabalho e no processo dos Juizados Especiais, em geral ocorre a citação do réu para comparecer à audiência inicial, devendo a defesa ser apresentada naquele ato (CLT, arts. 847<sup>456</sup> e LJE, art. 28<sup>457</sup>). Caso o réu deixe de comparecer à audiência, será considerado revel, ainda que apresente a sua defesa mediante protocolo.<sup>458</sup> E mesmo que se faça representar por procurador, esse comportamento será interpretado como o de ausência, aplicando-se as penas da revelia,<sup>459</sup> entendimento corretamente criticado pela doutrina, dado o seu caráter de excessi-

455. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 335.

456. Art. 847. Não havendo acordo, o reclamado terá vinte minutos para aduzir sua defesa, após a leitura da reclamação, quando esta não for dispensada por ambas as partes. Parágrafo único. A parte poderá apresentar defesa escrita pelo sistema de processo judicial eletrônico até a audiência.

457. Art. 28. Na audiência de instrução e julgamento serão ouvidas as partes, colhida a prova e, em seguida, proferida a sentença.

458. Conforme art. 37, parágrafo único, da CLT: Não comparecendo o reclamado, lavrar-se-á termo de ausência, sendo considerado revel e confesso sobre os termos da reclamação feita, devendo as anotações serem efetuadas por despacho da autoridade que tenha processado a reclamação); Art. 847 da CLT: O não-comparecimento do reclamante à audiência importa o arquivamento da reclamação, e o não-comparecimento do reclamado importa revelia, além de confissão quanto à matéria de fato. Nos Juizados Especiais, a LJE dispõe no art. 20: Não comparecendo o demandado à sessão de conciliação ou à audiência de instrução e julgamento, reputar-se-ão verdadeiros os fatos alegados no pedido inicial, salvo se o contrário resultar da convicção do Juiz.

459. Cf. Súmula 122 do TST: “Reclamada, ausente à audiência em que deveria apresentar defesa, é revel, ainda que presente seu advogado munido de procuração”. Ainda, o Enunciado Cível n. 78, do Fonaje: “O oferecimento de resposta, oral ou escrita, não dispensa o comparecimento pessoal da parte, ensejando, pois, os efeitos da revelia”.

vo formalismo.<sup>460</sup> Tais situações correspondem a formas particulares de manifestação do contraditório no processo penal, do trabalho ou dos Juizados Especiais, representam especificidades de um princípio que, não obstante geral, pode sofrer tais adaptações a depender do ramo do direito ao qual se aplique.<sup>461</sup>

Mesmo raciocínio se aplica ao processo arbitral.<sup>462</sup> O contraditório se faz presente, é respeitado, mas assume peculiaridades. Como visto, não existem parâmetros normativos sobre a citação ou a intimação das partes ou de seus procuradores, mas isso não previne, e ao contrário, reforça a necessidade de ampla cientificação de todos os atos do procedimento, inclusive às partes contumazes.<sup>463</sup> As regras procedimentais específicas do processo estatal não terão aplicação no processo arbitral, porque quanto a elas, a norma de regência determina que sejam as partes e, na sua omissão, os árbitros que definirão o procedimento.

Não existe propriamente a hipótese de omissão dos árbitros, que devesse ser resolvida mediante o recurso à legislação processual geral, como norma subsidiária. Não em relação a particularidades do procedimento. Explico. Os árbitros sempre deverão fixar os prazos para a prática dos atos que determinarem. Quando muito, os poucos prazos que os regulamentos institucionais costumam prever serão observados, mas ainda assim, quanto a todos os demais, não haverá uma regra subsidiária a ser aplicada. Também a forma de intimação dos atos do procedimento deverá ser definida pelos árbitros, preferencialmente em conjunto com as Partes.

Em termos concretos, será sempre necessário cuidado ao fixar prazos específicos, que devem guardar proporção com a providência a ser tomada. Em arbitragens internacionais, não é incomum que a audiência de instrução seja designada

460. NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT 2013, p. 1878. LINHARES, Erick. *Juizados Especiais Cíveis: comentários ao Enunciados do Fonaje – Fórum Nacional de Juizados Especiais*. 3. ed., 1. reimp. Curitiba: Juruá, 2009. p. 110.

461. MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*, cit., p. 72: “(...) ao contrário do que ocorre no direito processual civil, em que vige o princípio da verdade formal e a revelia autoriza presumir verdadeiros os fatos alegados pelo autor, no processo penal prevalece o interesse público, e a prestação jurisdicional busca reconstruir a verdade real, empírica, e assim esclarecer, com a maior precisão possível, a maneira como os fatos imputados verdadeiramente se deram.”

462. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 154.

463. A citação, que é mais grave, também ocorre sem formalidades específicas. Montoro diz que “mais importante do que a forma eventualmente escolhida pelas partes, o que efetivamente importa é verificar se o objetivo foi alcançado, se a parte “demandada” teve real ciência da existência da arbitragem”. Outra variável é que a parte não é convidada a apresentar sua defesa, mas apenas a se manifestar sobre a instauração da arbitragem. A petição inicial e a defesa serão apresentadas depois. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 156.

com mais de um ano de antecedência, e sejam reservadas algumas semanas para a prática do ato. Em casos menos complexos, dificilmente se poderá designar audiências com menos de trinta dias, porque devem ser assegurados às partes e aos advogados os meios para se preparar adequadamente. E da realidade dos casos se extrai a percepção de que, não raro, a data da audiência é fixada em conjunto, no Termo de Arbitragem ou em conferência especialmente designada para tanto e, quando o Tribunal Arbitral fixa a data diretamente, é comum que as partes apresentem pedidos de adiamento.

A própria ideia do calendário processual, amplamente encampada no processo arbitral e que inspirou a inclusão do artigo 191 do CPC, corresponde à concretização do contraditório no processo arbitral. O mesmo pode ser dito com a maior liberdade para a arguição de partes e testemunhas, a fluidez com que se realiza a comunicação entre árbitros e advogados, a possibilidade de realização de acareações (*hot tubing*), não porque se tenha constatado alguma inverdade que precise, *a posteriori*, ser revelada e retificada, mas como uma providência *a priori*, para permitir a intensificação dos debates e o exaurimento do tema sob análise. Aliás, a oitiva de peritos e testemunhas técnicas é prática comum no processo arbitral, pelas quais igualmente se intensifica a observância do contraditório.

Outra manifestação do contraditório que assume peculiares no processo arbitral diz respeito ao pedido de esclarecimentos em relação às decisões arbitrais, figura equivalente aos embargos de declaração previstos quanto ao processo estatal. A Lei de Arbitragem (art. 30) determina a manifestação da parte contrária, antes da decisão. Essa circunstância não é prevista no processo estatal, no qual se observa o contraditório apenas nas situações em que os embargos têm potencial modificativo da decisão recorrida.<sup>464</sup>

Enfim, fato é que o contraditório no processo arbitral é qualitativamente maior, porque os árbitros são julgadores privados, interessados em prestar bons serviços, porque a complexidade dos casos em geral exige que as oportunidades de reação sejam asseguradas com propriedade e, sobretudo, porque se tratando de um princípio processual cuja violação ameaça a higidez do processo como um todo, não vale a pena correr o risco de violar direitos processuais das partes, se o contraponto é puramente uma questão de reduzir (um pouco) o tempo total de duração do procedimento.

A estas considerações deve-se adicionar uma última, final.

---

464. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 165-166.

O conteúdo do princípio do contraditório, sob uma perspectiva que pode se dizer clássica, é composto das noções de informação e reação, mas a elas se agregou, nas últimas décadas, a ideia de que o respeito ao contraditório igualmente contempla uma maior participação do órgão julgador nessa dinâmica. Não basta que a informação de um dos polos seja transmitida para o outro e lhe seja dada oportunidade de reação. O contraditório é entendido sob uma perspectiva circular, abrangendo também a figura do julgador.

Inúmeros sistemas jurídicos passaram a contemplar regras em seus códigos de processo civil expressamente impondo ao julgador o dever de promover o debate sobre fundamentos da disputa, antes de levá-los em consideração na decisão da causa. No Brasil, a doutrina sustentava que essa exigência era um desdobramento do princípio do contraditório, devia ser observada ainda que não houvesse previsão legal expressa no Código de Processo Civil. A partir da edição do CPC/15, a questão se colocou em outros termos, diante da inclusão dos artigos 7º, 9º e 10.

Atualmente, ao menos no plano doutrinário, compreende-se que o julgador deve promover o debate de questões sensíveis, e não pode decidir sobre algo de forma a surpreender as partes.<sup>465</sup> Alguns entendem esse fenômeno sob o prisma de um princípio ou dever de colaboração, que abrange o julgador, outros o enquadram no plano do contraditório, opção que me parece mais adequada, como tive oportunidade de afirmar em outro texto.<sup>466</sup> Seja como for, no âmbito do processo estatal, deixou de ser possível ao juiz – se é que um dia foi<sup>467</sup> – levar em consideração fatos e fundamentos jurídicos sem promover o debate entre as partes, antes.

Essa nova perspectiva conflita com a tradicional noção de que o juiz conhece a lei, consagrada nas máximas *damo tibi factum dabo tibi jus*, ou *iura novit curia*. Discute-se em que medida tais máximas seguem compatíveis com a nova compreensão deste contraditório circular.

465. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 95.

466. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 337, p. 19-30, mar. 2023. O texto corresponde à prova escrita por mim elaborada no concurso de Livre-Docência perante a Faculdade de Direito da USP, em 04.11.2022.

467. Calamandrei já afirmada: “nel processo il giudice non è mai solo. Il processo non è un monologo: è un dialogo, una conversazione, uno scambio de proposte, di repliche. (...) In ciò consiste quel carattere, il più prezioso e tipico del processo moderno, che è la dialetticità: che vuol dire che la volontà del giudice non è mai sovrana assoluta, ma sempre condizionata (anche nel processo penale) alla volontà e al comportamento delle parti, cioè all’iniziativa, allo stimolo, alla resistenza o all’acquiescenza di esse”. (CALAMANDREI, Piero. *La Dialetticità del Processo*. *Processo e democrazia*. Padova: Cedam, 1954. p. 679).

A mesma discussão se punha no plano do processo arbitral, antes mesmo da edição do CPC/15. E há fundamentos específicos do processo arbitral para qualificar essa discussão. Primeiro, que sendo o controle que se exerce sobre a sentença arbitral apenas relativo aos aspectos formais, é justamente no respeito ao contraditório e ao devido processo legal que reside o núcleo central de validade e higidez do processo arbitral. A maior qualidade do contraditório, que sempre se fez presente no processo arbitral, impunha, independentemente da previsão normativa para o processo estatal, a vedação a decisões-surpresa.<sup>468</sup> Além disso, a origem contratual da jurisdição dos árbitros determina que eles recebam autorização para desempenhar esta atividade jurisdicional dentro de certos parâmetros, de certa moldura. Se as partes propõem certa qualificação jurídica à sua demanda, há quem entenda que os julgadores não podem ampliar sua investigação, mesmo dentro do ordenamento jurídico aplicável à disputa. Se a qualificação proposta pelas partes não conta com a aceitação dos árbitros, a alternativa seria a rejeição da demanda, sendo vedada a utilização de argumentos que não foram suscitados pelas partes ou debatidos entre elas.

O problema se torna mais crítico no processo arbitral porque a violação ao contraditório não permite o aproveitamento do processo, nem é feita no âmbito de um tribunal que, no limite, poderia julgar o mérito da causa novamente, ou no mínimo devolver a causa para a instância inferior. Na arbitragem, o resultado será a anulação de todo o processo, impondo às partes iniciar do zero uma nova disputa.<sup>469</sup>

De outro lado, autorizadas vozes entendem que a qualificação jurídica dos fatos é uma atribuição inerente aos julgamentos de natureza jurisdicional, não podendo ser objeto de restrição nem representando violação ao contraditório.<sup>470</sup> A vedação às decisões surpresa diz respeito a outros elementos, sobretudo à consideração de elementos fáticos que as partes não trouxeram ou não debateram adequadamente. Sustenta-se, ainda, que a Lei de Arbitragem brasileira, a exemplo de muitas outras leis nacionais, não exige que o árbitro tenha formação jurídica, não

468. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*, cit., p. 71-75.

469. Mesmo porque semelhante fundamento nada diz com a validade da convenção de arbitragem, de forma que as partes seguirão obrigadas a submeter seus conflitos por arbitragem.

470. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009. p. 371: “Nunca é demais lembrar que, quanto à decisão *extra petita*, esta só acontece se o árbitro contemplar questão que não for trazida à discussão pelas partes, o que não ocorre quando forem examinados os pedidos e aplicada norma diversa daquela invocada pelo (ou pelos) contendentes, pois o árbitro – como o juiz togado – não está obrigado a usar os mesmos fundamentos legais ou jurídicos invocados pelos litigantes.”

sendo razoável exigir que árbitros sem formação jurídica conheçam o direito e possam, portanto, aplicar a qualificação jurídica que acharem mais adequada, mesmo que diferente da qualificação proposta pelas partes. Não podem, em qualquer caso, surpreender as partes.<sup>471</sup>

Nos limites do que é possível aprofundar a discussão nesse tópico, observo que a evolução doutrinária sobre o significado e a extensão do princípio do contraditório conduzem a uma ideia de verdadeira democratização do processo decisório. O processo não pertence ao julgador, mas às partes. São elas as titulares dos direitos sob disputa, e que podem inclusive dispor sobre as regras processuais e procedimentais aplicáveis. Isso, desde a edição do CPC/15, inclusive no processo estatal. Sob essa perspectiva é que se desenvolvem as noções de deveres de prevenção, consulta, esclarecimento e auxílio, que compõem essa atual perspectiva do contraditório.<sup>472</sup> Difícil sustentar que o julgador possa surpreender as partes, promovendo julgamento inesperado, aplicando fundamentos não debatidos.<sup>473</sup> Continua sendo verdade que o julgador conhece o direito (e se ele não tem formação jurídica, nem por isso é isento desse dever, que é conatural à função desempenhada), e que ele pode aplicar qualificação jurídica diversa. O ponto é que ele não pode fazer isso de surpresa, sem observar, antes, o contraditório.<sup>474</sup>

471. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 133-135: “Dentro da comunicação principiológica que existe entre os processos judicial e arbitral, o novo dispositivo também pode servir de baliza para a atuação do árbitro”. Tal dispositivo reforça a previsibilidade, segurança jurídica e o contraditório, também relevantes para o processo arbitral. Mas ressalva que quando o árbitro aplica o direito sem ter ouvido as partes previamente, não necessariamente há violação ao devido processo legal. No mesmo sentido, FURTADO, Leonardo Mader. *Iura novit curia* em arbitragem e as cortes europeias. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. 36, 2012. p. 54.

472. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alcance e limites do princípio da colaboração, cit.

473. Sobre a necessidade de consultar as partes antes da sentença, CRUZ e TUCCI diz que essa justificativa é plenamente aceitável nos domínios da arbitragem, que a nova regra legal contida no artigo 9º do Código de Processo Civil encerra verdadeiro dever de consulta do árbitro, impondo ao tribunal em regime de franca cooperação, conceder às partes a oportunidade de manifestação sobre qualquer questão de fato e de direito. O árbitro deve abrir prazo para discussão pelas partes, evitando seja proferida uma decisão calcada em fundamento surpresa, e se o fizer, acarreta nulidade da sentença por violação à garantia do contraditório (artigos 32, VIII, artigo 21 parágrafo 2º da lei de arbitragem). CRUZ E TUCCI, José Rogério. Reflexões sobre estrutura formal da sentença arbitral. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 581.

474. OLIVEIRA, Swarai Cervone de. *Iura novit curia e contraditório no processo civil atual*, cit., p. 288. Não obstante, Fabiane Verçosa aponta que, em sua opinião, seria um excesso reputar nula uma sentença arbitral exclusivamente porque o árbitro não consultou as partes acerca de um

Ao fazê-lo, viola garantias constitucionais das partes e ameaça a higidez da sentença, o que vale tanto para o juiz estatal, como para o árbitro. Na arbitragem, não é preciso recorrer às regras do Código de Processo Civil porque, como dito, trata-se de desdobramento do princípio constitucional do contraditório.<sup>475</sup> Assim, a vedação à decisão surpresa, sendo uma decorrência direta do princípio constitucional do contraditório, tem aplicação integral ao processo arbitral, e isso independentemente de previsão legal infraconstitucional. Pode-se dizer, adicionalmente, que sob uma perspectiva puramente teórica – e possivelmente ingênua – mesmo no âmbito do processo estatal, é indiferente a previsão legal. Se tais dispositivos não tivessem sido incluídos, a regra valeria do mesmo jeito, como, aliás, já se defendia antes do CPC/15.<sup>476</sup>

Essa abordagem é bastante comum na prática arbitral brasileira. Por exemplo, em discussões sobre inadimplemento contratual e a aplicação de cláusulas penais, não obstante a dicção do artigo 413 do Código Civil sugerir que a redução equitativa da multa pode ser aplicada de ofício pelo juiz, a conduta adequada a se tomar é a de os árbitros suscitarem essa questão para que as partes debatam a respeito. Assim, o fato de não ter sido deduzido o argumento pela parte a quem ele aproveitada não impede que a regra jurídica seja considerada pelo julgador, mas lhe impõe o dever de promover o debate, antes de decidir. É evidente, de outro lado, que o respeito ao contraditório não autoriza o julgador a se substituir as partes e suscitar argumentos que só elas podem fazer. Não basta que suscite debate antes, o julgador deve se ater aos limites da disputa que lhe foram submetidos, sem suscitar argumentos fáticos ou jurídicos cuja iniciativa seja das partes.<sup>477</sup>

---

fundamento 'novo' em que baseará sua decisão, embora, naturalmente, tal consulta seja aconselhável e preferível. VERÇOSA, Fabiane. "Dá-me os fatos, que lhe darei o direito": uma reflexão sobre o contraditório e iura novit curia em arbitragem. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; VERÇOSA, Fabiane; PANTOJA, Fernanda Medina; ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende de (coord.). *Arbitragem e mediação: temas controvertidos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 10.

475. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 271: "nada obstante a proibição de a decisão-surpresa ser decorrência natural do princípio constitucional do contraditório, inserido na Constituição da maioria dos países democráticos, há Estados que explicitam aspectos processuais e procedimentais dessa proibição em seus códigos de processo civil".

476. Antes da edição do CPC/15, inúmeros autores propugnavam esta dimensão amplificada do contraditório. Entre outros, veja-se BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

477. FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 166, dizem que o árbitro dialoga, informando, permitindo reação, esclarecendo dúvidas até mesmo em questões de ofício. Mas o árbitro não pode suscitar questões que só as partes devem alegar, como

## 2.4 Ampla defesa

Apesar de ter conteúdo próprio, a ampla defesa é em geral tratada juntamente com o princípio do contraditório. A Constituição Federal se refere a ambos no mesmo inciso, mas nem por isso devem ser compreendidos como sinônimos. Ampla defesa se dirige a todos os litigantes, não apenas a quem ocupa a posição formal de requerido. Também não pode ser entendida como assegurada mediante o contraditório, porque pode se dar que as partes tenham oportunidades formais de serem ouvidas, mas não se lhes assegure efetivamente meios para demonstrar suas alegações.

Se o contraditório é satisfeito com a abertura de oportunidades para manifestação, é a ampla defesa que permite que as partes se dirijam aos julgadores, mesmo fora do calendário expressamente estabelecido. No processo estatal, é este princípio que gera a edição de regras que garantem o direito de os advogados serem recebidos por juízes, desembargadores, ministros, ou de realizarem sustentação oral no julgamento de certos tipos de recursos. No processo penal, em termos concretos, a ampla defesa se manifesta mediante a autodefesa, que inclui o direito ao interrogatório, que é, portanto, uma prerrogativa do próprio réu, mediante o direito à audiência, inclusive à audiência preliminar de custódia (CPP, art. 310).<sup>478-479</sup> Manifesta-se igualmente pela defesa técnica, tendo o Supremo Tribunal Federal sumulado a orientação de que *no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*.<sup>480</sup>

No processo arbitral o princípio é igualmente aplicável, independentemente de menção na lei própria.<sup>481</sup> Uma demonstração eloquente deste princípio se dá nas regras institucionais que vedam a formulação de pedidos se a parte não recolher os respectivos custos com a própria instituição ou com o tribunal arbitral. Sendo um método privado de solução de conflitos, apenas as partes que pagam as respectivas custas podem deduzir suas pretensões, formulando pedidos. Mas evidentemente que essa regra procedimental não proíbe – nem poderia – a parte de deduzir defesa e participar ativamente do procedimento, independentemente de recolher parte das custas.

---

compensação, novação, direito de retenção, exceção de contrato não cumprido. E o contraditório pode servir para sanar nulidades, pois o árbitro pode propiciar o exercício do contraditório, sanando os vícios, especialmente se forem relacionados a violação ao direito de defesa.

478. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*, cit., p. 257.

479. AVENA, Norberto. *Processo penal*, cit., p. 29.

480. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*, cit., p. 346.

481. GRINOVER, Ada Pellegrini. Parecer – Arbitragem e Litisconsórcio Necessário, cit., p. 14-15.

Mesmo quando há apenas a demanda principal, proposta pelo autor em face do réu, os regulamentos institucionais em geral dispõem que as custas serão arcadas pelas partes, igualmente. O requerido deve, nesse contexto, pagar parte das custas. Mas caso se recuse a fazê-lo, o requerente será convidado a recolher as custas integrais, permitindo o desenvolvimento do procedimento. O requerido exercitará a sua ampla defesa, sem óbices de natureza econômica.

Outra demonstração pode ser extraída das regras sobre a intimação das partes. Prevalece a noção de que as partes devem receber adequada notícia acerca da existência do processo arbitral, porque a própria existência do processo relativamente ao requerido depende do seu válido chamamento. Mas na falta de regras específicas, ou exigências formais assemelhadas àquelas do procedimento estatal, o que se busca assegurar é que a cientificação ocorra, ainda que por diferentes métodos.<sup>482</sup> No âmbito das sentenças arbitrais estrangeiras, como já observado, o legislador teve o cuidado de ressaltar que a citação de parte brasileira poderia ser feita nos termos da convenção de arbitragem, sem necessidade, portanto, de ser feita mediante expedição de carta rogatória. A exigência da lei se resume a que se “assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa” (art. 39, parágrafo único).

De outro lado, pelas especificidades do processo arbitral e pela circunstância de os árbitros serem profissionais do setor privado, que atuam pontualmente nesta função, não há que se falar em um direito da parte de ser recebida pelos árbitros, individualmente, ou de se dirigir aos árbitros sem a ciência e participação da contraparte. Não existe, outrossim, norma ou circunstância fática equivalente à hipótese legal que assegura aos advogados o direito de serem recebidos pelos árbitros. Ao contrário, há regulamentos e *soft laws* que vedam semelhante comportamento. Este contato unilateral entre advogados e árbitros pode comprometer a equidistância e afetar a confiança (objetiva) que o árbitro deve suscitar em relação a ambos os polos, devendo ser evitado a todo custo. Trata-se de outro exemplo que demons-

---

482. O mesmo no âmbito da arbitragem internacional. Como afirma KAUFMANN-KOHLER: “Though there is a consensus on the hard-core principle, the exact confines of due process may fluctuate from one legal system to the other. A few illustrations will demonstrate the unanimity in certain areas and the divergences in others. Let us start with the requirement of notice, which is a generally accepted component of due process. From a review of court decisions of all origins, it appears that courts consistently look to whether the defendant had actual notice of the proceedings, not whether any technical service requirements were met, and very rarely find that proper notice was not given. Only in extreme cases do they hold to the contrary, such as when the defendant died before the request for arbitration was served!” (Kaufmann-Kohler, Gabrielle. *Arbitration procedure: identifying and applying the law governing the arbitration procedure*, cit., p. 363).

tra a distinção entre as duas modalidades de prestação jurisdicional, porque as especificidades do processo arbitral exigem soluções diferentes e, não raro, afastam regramentos aplicáveis no contexto do processo estatal.

## 2.5 Igualdade

A igualdade é um princípio de tamanha magnitude que está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição: *todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*. O inciso I inaugura o extenso rol de garantias fundamentais afirmando a igualdade entre homens e mulheres. Não pode haver, portanto, âmbito das relações jurídicas e sociais em que este princípio não deve ser buscado e aplicado.

Ao se cogitar da igualdade enquanto princípio jurídico, o que se deve ter em mente é a busca por proporcionar a todos condições semelhantes, o que tradicionalmente é compreendido sob dois ângulos: pessoas em condições igualitárias devem receber tratamento igual; pessoas em condições desiguais devem receber tratamento desigual, como forma de combater e eliminar as desigualdades antecedentes.<sup>483</sup>

No âmbito da teoria geral do processo, a igualdade é um princípio fundamental. Se o processo é o mecanismo por meio do qual se exercita o poder, e nas suas modalidades jurisdicionais, se por ele se obtém a solução de crises jurídicas e a aplicação do direito aos casos concretos, o método ficaria seriamente ameaçado se não respeitasse a isonomia entre os participantes. Difícil cogitar de um processo justo em que as partes sejam tratadas de forma desigual. O princípio da igualdade, nesse contexto, está na base de outros princípios e de inúmeras regras processuais e procedimentais concretas. E para além desse corpo normativo, é uma verdadeira bússola do julgador, que deve assegurar sempre a igualdade de oportunidades e o equilíbrio no exercício das posições jurídicas processuais (ativas e passivas) de que as partes sejam titulares.<sup>484</sup>

A igualdade está na base de importantes diferenças no modo de funcionamento dos processos civil e penal, o que serve não apenas para ilustrar a aplicação concreta da igualdade enquanto princípio, mas para reafirmar a incidência de

483. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*, cit., p. 132: “por isso é que são constitucionais dispositivos legais discriminadores, quando desigualam corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos distintos; e são inconstitucionais os dispositivos legais discriminadores, quando desigualam incorretamente os iguais, dando-lhes tratamentos distintos. Deve buscar-se na norma ou no texto legal a razão da discriminação: se justa, o dispositivo é constitucional; se injusta, é inconstitucional”.

484. YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, cit., p. 157.

princípios comuns aos diferentes tipos de processos e que, concretamente, se manifestam de modo diverso.

No processo penal, vige o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF), o qual, em termos concretos, produz um desequilíbrio estrutural no processo a favor do réu. Alguns dispositivos do Código de Processo Penal estabelecem provisões em favor do réu, como o art. 386, que trata da sua absolvição, atrelada a diversas hipóteses de falta de prova da existência do fato ou da participação do réu. O CPP contempla meios de impugnação exclusivos da defesa, como a Revisão Criminal (arts. 621, 623)<sup>485</sup> e considera a defesa técnica indisponível, autorizando-se, em situações excepcionais, a destituição da defesa técnica e a substituição por novo defensor. No processo civil, em que a igualdade é presumida, o sistema adota parâmetros diversos. Inexiste a autodefesa, a parte não pode requerer seu próprio depoimento (CPC, art. 385<sup>486</sup>) nem há um direito subjetivo a uma audiência, a qual será ou não designada a depender do quadro probatório de cada caso. O réu participa do processo se quiser, sendo admitida a sua revelia.<sup>487</sup>

O Código de Processo Civil estabelece o dever de o magistrado tratar igualmente as partes (art. 139, I). Há também regras que asseguram tratamentos diferenciados entre os litigantes, mas que são compreendidas, quase sempre acertadamente, como uma concretização do princípio da igualdade, pois procuram corrigir assimetrias do plano material. As regras que fixam competência no domicílio do consumidor, do trabalhador, da criança ou da mulher, são exemplos típicos destas situações. O mesmo quanto às regras que determinam prioridade de tramitação dos processos judiciais envolvendo idosos, portadores de doença grave, vítimas de violência doméstica e familiar (CPC, art. 1.048). Algumas das prerrogativas da Fazenda Pública em juízo certamente assim podem ser consideradas, como a previsão de prazos em dobro ou o regime de pagamentos por precatórios. Mais difícil compreender a remessa necessária como algo mais do que puro e simples privilégio.<sup>488</sup>

485. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*, cit., p. 607-620.

486. Sobre críticas a este dispositivo e sobre a utilidade de se autorizar que a parte requerida o seu próprio depoimento no processo civil estatal, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil: das Provas, disposições gerais*. Vol. VIII, tomo I, p. 293-295. Esta hipótese é admitida no direito Português, conforme: AMARAL, Paulo Osternack. *Prova por declarações de parte*. São Paulo: Juspodivm, 2022.

487. Marcelo Barbi Gonçalves sintetiza: no processo penal, a autodefesa é disponível e a defesa técnica é indisponível, ao passo que processo civil não há direito à autodefesa e a defesa técnica é disponível. GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Teoria geral da jurisdição*, cit., p. 345-346.

488. MOLLICA, Rogério. *O reexame necessário, a fazenda pública e a efetividade do processo*. Tese (Doutorado) – Faculdade Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 32, 37, 38.

No plano da arbitragem, a igualdade se impõe diante da sua magnitude, da sua previsão constitucional e, como reforço, em vista da previsão específica na Lei de Arbitragem (art. 21, § 2º). É certo, porém, que o processo arbitral é, por assim dizer, um palco natural para a verificação concreta da igualdade, porque sua origem serão relações jurídicas marcadas por direitos disponíveis, de natureza patrimonial, firmadas entre partes capazes. Mais do que isso, são relações contratuais, que versam sobre temas empresariais, de que participam partes não apenas capazes, mas em geral aptas a compreender plenamente as consequências da escolha pela arbitragem. Dessa potencial igualdade no plano substancial tende a decorrer a igualdade no plano do processo.

Mas se esta é a situação ideal, e se ela se verifica muitas vezes, isso não quer dizer que não haja espaço, no processo arbitral, para desigualdades, ou que os árbitros nunca tenham que se preocupar com a equalização das forças entre os litigantes. Primeiro, sob uma perspectiva mais teórica, o fato de a arbitragem exigir partes capazes e que o objeto verse sobre direitos patrimoniais disponíveis não assegura, por si só, que todas as relações submetidas à arbitragem estarão sempre marcadas por absoluta igualdade. Basta pensar nos exemplos de sempre, de arbitragem em relações de consumo, ou relações de trabalho. Ou nas relações, mesmo civis, que se celebram mediante contratos de adesão.

O ponto não se põe apenas do ponto de vista do consentimento, porque esse pode ser manifestado de forma válida (adotando-se as formalidades do artigo 4º da Lei de Arbitragem, por exemplo), mas da equivalência de meios para a dedução das razões e apresentação de provas, equivalência de assessoramento técnico. Mesmo em contratos empresariais, não é incomum que uma parte predomine em relação à outra, impondo o modo de ser da relação comercial, bem como da cláusula de resolução de controvérsias.

Assim, para muitas situações, será presumida a igualdade, devendo-se estabelecer e manter tratamento igual aos litigantes, como forma de preservação desse status de igualdade que eles já apresentavam. Mas essa não será uma regra absoluta, pois haverá situações em que será necessário equilibrar posições assimétricas.<sup>489</sup>

Em termos práticos, não é incomum que partes participem de processos arbitrais pela primeira vez, assim como advogados atuem em demandas arbitrais sem prévia experiência. Se a contraparte é um litigante habitual em arbitragem, ou possui assessoramento de profissionais especializados, ocorrerá desequilíbrio entre

489. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 172-173: “existindo desigualdades materiais entre as partes, isso deve ser necessariamente levado em consideração quando forem criadas ou adaptadas as regras procedimentais”.

as partes. A autonomia privada permanecerá na base de todas essas escolhas: a escolha de incluir convenção de arbitragem nos contratos, de contratar este ou aquele profissional, cabendo a cada parte assumir as consequências destas escolhas. Mas isso não impede que, em situações específicas, os árbitros minimizem tais desigualdades, assumindo uma posição didática em relação a estes litigantes, para orientar acerca de nuances do processo arbitral.

Porque no mais das vezes, os “novatos” no processo arbitral serão partes e profissionais familiarizados com a dinâmica do contencioso judicial, e é justamente nessa transposição, nessa migração dos ambientes, que residem os riscos da tão propalada processualização da arbitragem. Compreender que arbitragem é processo, que se insere no âmbito da sua teoria geral, que compartilha dos mesmos fundamentos de todo e qualquer processo, mas que se realiza com nuances e diferenças, é fundamental para evitar o pior dos dois mundos. Competirá aos árbitros dirigir as partes nesta transição, e se isso tiver por destinatário apenas um dos polos, esse comportamento dos árbitros não deverá ser tido como violador da igualdade entre as partes. Ou, se se preferir, deverá ser admitido como uma manifestação do tratamento desigual entre desiguais.

A atividade dos árbitros no tocante à garantia da igualdade abrange o controle sobre a própria convenção de arbitragem, bem como sobre os atos do procedimento. Quanto à convenção de arbitragem, admite-se o controle sobre a sua existência, validade e eficácia, sendo este o conteúdo central da regra da competência-competência (LArb, art. 8º). Nestes planos, pode haver o controle também parcial da validade da convenção, afastando, por exemplo, regras que imponham injustificados tratamentos desiguais entre as partes.<sup>490</sup> Quanto ao procedimento, sendo ele em geral muito pouco regulado pelas partes ou pelas instituições arbitrais cujos regulamentos são escolhidos, será dos árbitros a tarefa de assegurar tratamento igualitário aos litigantes.

Um exemplo corriqueiro pode ilustrar o ponto. Na produção probatória, às vezes ocorre uma assimetria muito grande na quantidade de testemunhas arroladas entre as partes. Qual deve ser a medida da igualdade neste caso? Em primeiro lugar, as partes devem ter iguais oportunidades de arrolar testemunhas, sem uma delimitação *a priori* que limite escolhas por uma delas. Se o exercício concreto dessa prerrogativa resultar em poucas testemunhas para uma parte e muitas para a outra, nem por isso terá havido qualquer desequilíbrio. No contexto da audiência, as partes devem ter iguais oportunidades de arguir as testemunhas. Novamente, a

---

490. Rafael Francisco Alves afirma, acertadamente, que a autonomia privada não pode violar a igualdade, e esse controle compete ao árbitro. Se ele pode controlar a validade da convenção como um todo, pode controlar parcialmente, para afastar disposições que violem a igualdade. ALVES, Rafael Francisco. O devido processo legal na arbitragem, cit., p. 390.

igualdade não se estabelece outorgando-se certa quantidade de tempo para cada polo, mas assegurando que elas possam inquirir as testemunhas em condições semelhantes, tanto as próprias, quanto as da contraparte. O tempo efetivo que cada parte utilizará é o menos relevante, basta que as oportunidades sejam equivalentes.

## 2.6 Imparcialidade

A imparcialidade dos julgadores constitui outro dos princípios fundamentais relacionados à Jurisdição e, por que não dizer, até mesmo ao Estado de Direito. Cuida-se de garantia consagrada no plano internacional, aspecto inerente à própria condição de julgar. Curiosamente, não é explicitamente prevista na Constituição Federal.<sup>491</sup> Nem por isso se pode considerar que ele só se aplica ao processo arbitral porque a Lei de Arbitragem o prevê de forma expressa. Como já dito, os princípios processuais constitucionais são aplicados a todos os métodos de solução jurisdicional dos conflitos, independentemente de sua previsão normativa expressa.<sup>492</sup>

A atividade jurisdicional, seja ela exercida por agentes do Estado, seja por particulares, só pode ser considerada como adequadamente exercida se realizada por julgador imparcial, independente,<sup>493</sup> e mediante um procedimento que assegure aos litigantes adequada oportunidade de apresentar seus casos (alegar, provar, influenciar a decisão).<sup>494</sup> Esses elementos constituem o núcleo duro, a condensação dos princípios fundamentais que todo e qualquer processo jurisdicional deve apresentar.<sup>495</sup>

491. Mas que é prevista na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 8º, 1, tratado ao qual o Brasil aderiu (Decreto nº 678 de 06/11/1992) e que possui status de norma constitucional (artigo 5º, §3º, da CF/88) Também a Declaração Universal dos Direitos Humanos assegura o direito a julgamentos imparciais (art. 10).

492. VAUGHN, Gustavo Favero. *Arbitragem comercial e controle de constitucionalidade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2021. p. 68: “A força normativa e a supremacia da Constituição Federal são imperativos indissociáveis do processo arbitral e não estão ao dispor das partes, tampouco dos árbitros, mesmo que a arbitragem seja um mecanismo privado de solução de conflitos. O dever de os árbitros harmonizarem o direito aplicável com a Constituição advém de uma lógica sistemática do direito brasileiro, que é inescapável aos *players* da arbitragem, ainda que o processo arbitral tenha suas idiossincrasias e tenha um fechamento operacional diverso do processo estatal.”

493. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reflexões sobre a imparcialidade do juiz. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19. Também, ARAÚJO, Yuri Maciel. *Arbitragem e devido processo legal*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 41.

494. TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 114-115. ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, cit., p. 64.

495. Acertadamente, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal reconheceu a falta de imparcialidade do árbitro na seguinte situação: “Ainda que o contrato preveja a livre indicação do árbitro por

Apesar de a origem do poder jurisdicional dos árbitros ser diferente, bem assim os mecanismos para garantir a sua imparcialidade, a condição da imparcialidade e da independência se faz presente no processo arbitral, tanto quanto no processo estatal.<sup>496</sup> De fato, a imparcialidade é uma condição que deve ser verificada na atividade do julgador, durante o processo e no momento de proferir a decisão. Significa a equidistância e indiferença em relação aos litigantes, a necessidade de lhes assegurar igual oportunidade de influenciar o convencimento do julgador.<sup>497</sup> Julgadores imparciais são aqueles sobre os quais não pesa nenhuma causa de impedimento ou suspeição, nenhum vínculo com as partes ou com o tema sob julgamento que interfiram no seu processo decisório, favorecendo uma das partes, em detrimento da outra.<sup>498</sup>

No processo arbitral, fala-se não apenas em imparcialidade, mas em independência do árbitro, entendidos como fenômenos complementares, assim como em competência, diligência e discricção (art. 13, § 6º). A imparcialidade diz respeito à inexistência de fatores que possam influenciar a convicção do árbitro em relação às partes e à disputa, a inexistência de predisposição (subjéctiva) em relação ao argumento ou à pessoa de uma das partes. Corresponde à equidistância do julgador em relação às partes.<sup>499</sup> A independência, por sua vez, qualifica a inexistência de um vínculo de subordinação ou de relações pessoais, sociais, negociais ou finan-

---

ambas as partes contratantes, a nomeação deve observar as regras de impedimento e suspeição do julgador previstas na legislação processual. Árbitro que assinou o contrato como testemunha, atua como advogado do grupo empresarial da parte e já expôs seu entendimento sobre a controvérsia. Cabimento da ação do art. 7º para substituição do árbitro suspeito”. TJDFT, 3ª T.C., Apel 0010189-09.2016.8.07.0001, j. 22.03.2017, unânime.

496. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *A imparcialidade dos árbitros*. São Paulo: Almedina, 2021. p. 25.

497. CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 2, 2005. p. 456.

498. José Carlos Magalhães observa que toda atividade de julgar terceiros exige a imparcialidade, definindo-a como o dever de não proceder com tendenciosidade em favor de uma das partes. MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 227-228.

499. Para Antonio Pinto Leite, “a independência pode definir-se como a não exigência de relações, passadas ou actuais, entre o árbitro e uma das partes, ou pessoas ou entidades em relação com esta, bem como a não existência de interesses ou expectativas potenciais do árbitro em uma relação futura com a parte, ou pessoas ou entidades em relação com esta, que possam constituir para o árbitro uma limitação (*bias*) com *foreseeable impact* em uma decisão objectiva e de plena juridicidade, seja por poder tornar o árbitro susceptível a ordens ou pressões, seja por poder estabelecer uma qualquer relação de constrangimento, interesse ou motivação do árbitro com destino da causa.” (LEITE, Antonio Pinto. *Independência, Imparcialidade e suspeição de Árbitro*, cit., p. 110).

ceiramente objetivadas.<sup>500</sup> Em suma, enquanto a independência do árbitro qualifica a ausência de conexões próximas, a imparcialidade diz respeito ao eventual prejulgamento do litígio, isto é, com uma *inclinação* ou *tendenciosidade* que não se pode admitir, seja em relação a uma das partes, seja em relação com a matéria em disputa.<sup>501-502</sup> Evidentemente, não é toda e qualquer relação – objetivamente falando – classificável como indicativa da perda da dependência: é necessária uma análise – em certa medida subjetiva – a respeito da relevância dessa relação.<sup>503</sup>

Na doutrina brasileira, agrega-se sempre um comentário quando se fala da imparcialidade do julgador: exige-se a sua imparcialidade, mas não a sua neutralidade, porque esta característica seria impossível. Julgadores são pessoas, com formação, com história, com opiniões e visões do mundo. A condição de neutralidade absoluta é impossível, e talvez o fosse mesmo se julgamentos fossem realizados por máquinas (que, afinal, são desenvolvidas por humanos).<sup>504-505</sup> Na arbitragem

500. DONAHEY, M. Scott. The independence and neutrality of arbitrators. *Journal of International Arbitration*, v. 9, n. 4, 1992. p. 31. No mesmo sentido: BASTIDA, Bruno Manzanares. The independence and impartiality of arbitrators in International commercial arbitration. *Revista e-mercatoria*, v. 6, 2007. p. 4.

501. PARK, William W. Arbitrator integrity: the transient and the permanent. *San Diego law review*, v. 46, 2009. p. 635.

502. LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro: princípios da independência e imparcialidade*. São Paulo: Ed. LTr: 2001. p. 53. No mesmo sentido, BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial e internacional*. São Paulo: Lex Magister, 2011. p. 165.

503. MARC, Henry. Affaire Tecnimont: de la défense de l'orthodoxie. *Petites affiches*, n. 215, 28 Octobre 2014. p. 9: “l'appréciation de l'indépendance de l'arbitre doit être de nature objective tempérée (de subjectivisme)”. No mesmo sentido: KOCH, Christopher. Standards and procedures for disqualifying arbitrators, in *Journal of international arbitration*, v. 20, n. 4, 2003, pp. 237-239.

504. NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 285, p. 421-447, nov. 2018. Segundo os autores: “Apesar de já existirem diversos estudos sobre os vieses cognitivos, há muitas dificuldades ao lidar com o tema, porquanto muitos dos julgadores ainda se consideram imparciais e não desenvolvem técnicas capazes de superar o enviesamento – as técnicas de “desenviesamento” ou debiasing. O mesmo fenômeno pode ser verificado nas ferramentas de IA que, conforme previamente exposto, são consideradas por muitos como isentas. Há, contudo, um agravante: as decisões tomadas por humano são impugnáveis, pois é possível delimitar os fatores que ensejaram determinada resposta e o próprio decisor deve ofertar o iter que o induziu a tal resposta (arts. 93, IX, CF/1988 e 489 do CPC). Por outro lado, os algoritmos utilizados nas ferramentas de inteligência artificial são obscuros para a maior parte da população – algumas vezes até para seus programadores – o que os torna, de certa forma, inatacáveis. Em função disso, a atribuição de função decisória aos sistemas de inteligência artificial torna-se especialmente problemática no âmbito do Direito (p. 428-429).

505. Sem as ressalvas quanto à impessoalidade do julgador, Nelson Nery pondera que “não se pode exigir do juiz, enquanto ser humano, neutralidade quanto às coisas da vida (neutralidade objetiva), pois é absolutamente natural que decida de acordo com seus princípios éticos, religiosos,

internacional, a neutralidade possível diz respeito à nacionalidade ou identidade cultural do árbitro, especialmente em disputas entre partes provenientes de diferentes sistemas jurídicos.<sup>506</sup>

Em sentido amplo, porém, os julgadores não são totalmente neutros, mas igualmente não podem imprimir suas visões particulares de mundo à aplicação do direito. Os juízes togados são funcionários do Estado, realizam a atividade de distribuir Justiça em nome do Estado. Ainda que o façam pessoalmente, não o fazem em caráter pessoal. Toda atividade pública deve ser exercida sob o signo da impessoalidade.<sup>507</sup> Essa distinção é relevante, porque não cabe ao julgador desprezar o direito aplicável à espécie, caso não goste ou concorde com as soluções preconizadas pelo ordenamento. Fosse permitido ao julgador fazer isso, teríamos um grande grupo de justiceiros, empregados pelo Estado, e não integrantes do Poder Judiciário. Na arbitragem, a perspectiva se modifica um pouco, apenas porque árbitros não são servidores do Estado, não realizam sua função em nome dele. Fazem-no por autorização legal, realizam a justiça em disputas privadas, e tem igualmente a função de aplicar o ordenamento jurídico determinado pelas partes. O árbitro deve aplicar o direito ao caso concreto, independentemente de suas preferências pessoais.

Julgamentos realizados segundo regras de direito sempre se realizam com equidade, mas não se confundem com os julgamentos por equidade, em que se permite o afastamento total das regras estritas de direito.<sup>508</sup> Nesta última situação, o espaço para as visões pessoais dos julgadores se amplia, mas nem por isso o jul-

---

filosóficos, políticos e culturais, advindos de sua formação como pessoa. A neutralidade que se lhe impõe é relativa às partes do processo (neutralidade subjetiva) e não às teses, *in abstracto*, que se discutem no processo. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 178. Magalhães também ressalva que imparcialidade não se confunde com neutralidade, pois o árbitro tem sua carga própria de formação, conteúdo, cultura, religião etc. MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro, cit., p. 227-228.

506. Nesse sentido: “[there is] greater degree of confidence... on all sides if there is no chance that one party will get a better hearing because of some cultural or national identification between the party and the arbitrator”. LANDAU, Toby. Composition and establishment of the tribunal. *American Review of International Arbitration*, v. 9, 1998. p. 73. No mesmo sentido: LALIVE, Pierre. On neutrality of the arbitrator and of the place for arbitration. In: REYMOND, Claude; BUCHER, Eugène (Ed.). *Swiss essays on international arbitration*. Zurich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1984. p. 23.

507. Dinamarco, Badaró E Lopes afirmam que a imparcialidade não implica ao julgador um dever de ser ética ou axiologicamente neutro. “O juiz, embora escravo da lei como tradicionalmente se diz, tem legítima liberdade para interpretar os textos desta e as concretas situações em julgamento, segundo os valores da sociedade” (*Teoria geral do processo*, cit., p. 95).

508. Sobre este assunto, quanto ao processo arbitral, ver DELLA VALLE, Martim. *Arbitragem e equidade: uma abordagem internacional*. São Paulo: Atlas, 2012).

gador pode perder os atributos de imparcialidade e independência, ou, justamente por estas preferências e visões de mundo, impedir ou prevenir a influência que uma das partes possa exercer sobre seu julgamento, a ponto de favorecer a outra parte.

Estas considerações se aplicam a juízes e árbitros, sem diferenças relevantes. Há, porém, aspectos do tema que assumem contornos bastante diferentes, quando se fala no processo arbitral, comparativamente com o processo estatal.

No plano constitucional, determina o artigo 5º, XXXVII, que *não haverá juiz ou tribunal de exceção*, preceito que corresponde ao princípio do juiz natural, do qual se costuma extrair a ideia da imparcialidade. São conceitos complementares, porém independentes. E o processo arbitral serve para demonstrar que a imparcialidade não decorre nem depende do juiz natural, como será visto no tópico subsequente.

Para assegurar a imparcialidade e a independência dos juízes togados, a Constituição Federal estabelece salvaguardas, tais como a previsão da existência e composição dos órgãos do Poder Judiciário, sua independência em relação aos demais poderes do Estado. No plano individual, os juízes são protegidos pela inamovibilidade, irredutibilidade de salários e vitaliciedade, e seu ingresso se dá mediante concurso público. Para o adequado desempenho de suas funções, juízes são funcionários exclusivos do Estado, não podendo se dedicar a atividades empresariais, exceto ao magistério. São mecanismos tradicionais em nosso ordenamento jurídico, concebidos para conferir proteção a estes específicos agentes do Estado, para cuja função devem ser blindados quanto a pressões de toda ordem.

Esse instrumental imposto e garantido pela Constituição Federal aos juízes estatais pretende assegurar que se mantenham imparciais e independentes, durante o exercício das suas funções jurisdicionais. Da comparação com o processo arbitral, extrai-se que em comum há apenas o dever de juízes e árbitros serem imparciais e independentes, mas os mecanismos que se impõem e asseguram aos árbitros para tanto são completamente diferentes. Também aqui se observa a identidade de propósitos e as linhas gerais em comum, mas muitas especificidades em cada modelo, tudo a confirmar o enquadramento destas modalidades na teoria geral do processo e a preservação de suas características próprias. Como já observado em diferentes passagens ao longo do livro, nem tudo que se aplica e funciona ao processo estatal se aplicará ao processo arbitral, que nem por isso deixará de ser processo, ou de ser regido pelas mesmas premissas e fundamentos.

Árbitros são necessariamente profissionais do setor privado, quase sempre do campo do direito. Exercem outras atividades e, quando escolhidos para um ou outro caso, desempenham transitoriamente esta função jurisdicional. São escolhidos, aliás, por serem conhecidos, por gozarem da confiança das partes. Árbitros

possuem o que a doutrina qualifica como capital simbólico, e para adquiri-lo, participam de comunidades profissionais, acadêmicas, amplificam suas relações profissionais e, ao longo do tempo, viabilizam-se para serem escolhidos para desempenhar a função de árbitros.<sup>509</sup> A arbitragem é uma prestação de serviços, que, naturalmente, envolve prestadores e tomadores desse mesmo serviço. Essa circunstância impõe uma dinâmica muito diferente ao mercado profissional em que atuam árbitros e advogados. A credibilidade necessária para a oferta desse serviço exige que os árbitros demonstrem seus atributos técnicos e pessoais, que conheçam e se façam conhecer pelo mercado que se vale dos serviços dos árbitros. Mas nada disso pode interferir na imparcialidade e independência que os árbitros devem apresentar, desde o primeiro momento em que são cogitados para a função.<sup>510</sup>

A seleção e a indicação de árbitros em geral são precedidas de contatos das partes com os potenciais coárbitros. No cenário internacional, é comum que se realizem entrevistas e há inclusive protocolos internacionais a este respeito.<sup>511</sup> Árbitros não devem opinar sobre a matéria sob julgamento, não devem prometer resultados. A investigação é lícita, os contatos prévios igualmente, mas feitos em ambiente de absoluta institucionalidade, de lisura. Árbitros não tomam ou manifestam posição, não prometem nada. Quando muito, informam sobre sua disponibilidade futura, para que a parte possa aferir se o nome cogitado efetivamente reunirá condições de, naquele momento, dedicar-se ao estudo e condução do caso para o qual será nomeado. E acaso venham a ser nomeados, devem declarar o fato de terem sido entrevistados pela parte.

De outro lado, e pela mesma origem privada destas relações, temas como inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos ou vitaliciedade simplesmente não se põem. Da mesma forma, não sendo inseridos ou integrantes de qualquer órgão estatal, não possuem, *a priori*, parcela alguma da jurisdição sob sua compe-

509. AZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 29 e 31.

510. A esse respeito, ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *Imparcialidade do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2021; DALMASO MARQUES, Ricardo Tadeu. *O dever de revelação do árbitro*. São Paulo: Almedina, 2018 e LEMES, Selma Maria Ferreira. *Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura*. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 271-290.

511. Guideline n. 1 do Chartered Institute of Arbitrators (CI Arb) – Interview for Prospective Arbitrators. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>.

tência. Receberão jurisdição e competência das partes, nos termos da convenção de arbitragem e nos limites do pedido formulado nas demandas em concreto.

Em termos concretos, diz a lei que

estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (art. 14).

O dispositivo suscita algumas questões e realça a necessidade de cautela nas adaptações entre as situações propostas aos juízes togados e aos árbitros. Relembre-se, primeiro, que a Lei de Arbitragem constitui norma especial em relação ao Código de Processo Civil, e é a lei especial que regula diretamente o tema da imparcialidade dos árbitros. Por imperativos de interpretação normativa, disso resulta que a lei especial prevalece sobre a geral. E dele, se extraem duas questões centrais. Primeiro, que o objeto da investigação é concentrado nas relações dos árbitros com as partes ou com o litígio. Esse ponto é relevante, porque o legislador, ao regular o processo arbitral, não se referiu a relações entre os árbitros e os advogados. Segundo, que se aplicam causas de impedimento e suspeição do CPC aos árbitros, aplicando-se a eles, *no que couber*, os mesmos deveres e as mesmas responsabilidades.

Sem pretender examinar em detalhes todos os aspectos desta disposição legal, tendo em vista os propósitos e limites desta tese, observo que a norma, com acerto, faz a ressalva de que as hipóteses se assemelham, *no que couber*. Da lei processual geral, extrai-se a divisão entre causas de impedimento e suspeição dos juízes, distinção que a lei de arbitragem não faz.<sup>512</sup> E se esta distinção tem alguma razão de

512. Rafael Francisco Alves entende que a imparcialidade não integra o núcleo do devido processo legal na arbitragem, porque diz respeito à escolha dos árbitros pelas partes, se insere na sua autonomia privada, não sendo proibido que as partes escolham um árbitro que se enquadre nas hipóteses de impedimento. ALVES, Rafael Francisco Alves. O devido processo legal na arbitragem, cit., p. 283. Com apoio em Carlos Alberto Carmona, entende que mesmo se o árbitro for parente de uma das partes, mas as duas aceitarem, a nomeação será válida. O autor tem razão, mas é preciso fazer uma ressalva. As partes podem aceitar a nomeação de árbitros, não obstante certas relações ou vínculos que tenham com as partes. Mas não podem renunciar à condição de imparcialidade deste árbitro. Aceitaram sua nomeação se, não obstante tais vínculos, confiarem na sua imparcialidade, que deve se fazer presente durante o processo. As Partes não podem aceitar um árbitro parcial, nem um árbitro pode aceitar o encargo sentindo-se ou sabendo-se parcial, porque o atributo da imparcialidade escapa à disponibilidade das Partes.

ser no processo estatal, no processo arbitral não existe diferença relevante.<sup>513</sup> As causas de impedimento são de natureza mais objetiva, dizem respeito a ligações do julgador com as partes do litígio ou com a matéria.<sup>514</sup> É até intuitivo que o juiz togado não pode atuar em causas cujas partes sejam ele próprio, cônjuge, companheiro ou parente seu, ou em que ele tenha atuado anteriormente, ou ainda se mantém relações com a parte (pessoa jurídica da qual seja membro do corpo diretivo, instituição de ensino onde leciona).<sup>515</sup> Não há observações particularizadas em relação ao processo arbitral, porque também os árbitros não devem manter relações de parentesco com as partes, ou interesse direto na solução do litígio.

As causas de suspeição, previstas no artigo 145 do CPC/15, são de ordem mais subjetiva. Juízes não podem manter relações de amizade íntima ou inimizade com qualquer das partes ou advogados, em causas em que tenham algum tipo de interesse. Os temas relativos à suspeição são mais propícios para as comparações e enquadramento das situações dos árbitros, mas as hipóteses propostas pela norma processual geral são duplamente insatisfatórias. De um lado, não exaurem as múltiplas situações de conflito que podem ser verificadas. A este respeito, o exame das listas de hipóteses casuisticamente sugeridas nas *IBA Guidelines on Party Represen-*

513. No processo estatal, entende-se que os motivos de suspeição devem ser arguidos pela parte, sob pena de preclusão, ao passo que o impedimento não se sujeita à preclusão. Da mesma forma, cabe ação rescisória contra decisões proferidas por juízes impedidos, mas não por juízes impedidos. Por fim, no sistema recursal do CPC, a decisão acerca do impedimento ou suspeição do julgador não é desafiada de modo imediato por agravo, sujeitando-se ao regime de arguição de questões preliminares do recurso de apelação (cf. arts. 1.105 c/c 1.009, § 1º)

514. CPC/15, Art. 144.

515. O CPC/15 adicionou uma hipótese que, em termos práticos, é de verificação quase impossível. Segundo o art. 144, VIII do CPC, juízes cujos cônjuges, companheiros ou parentes, até terceiro grau, sejam advogados, não podem julgar causas de partes que sejam clientes desses familiares. Até este ponto, a regra é razoável, compreensível e de fácil apuração. Não é incomum, aliás, que julgadores já registrem esse tipo de restrição nos sistemas de distribuição dos respectivos tribunais. Nenhum caso do escritório do parente ou cônjuge chegará a ser distribuído ao julgador. O problema surge porque a lei configura impedimento inclusive se a parte é representada por outro escritório de advocacia. Além de conceber uma regra não isenta de certa presunção de má-fé, a sua verificação concreta é quase impossível. Juízes deverão saber e manter atualizada a relação de clientes atendidos por seus parentes, para que possam informar seu impedimento caso qualquer deles seja parte de demanda sob sua responsabilidade, mesmo que representado por outros advogados. Para dizer o mínimo, o cumprimento da regra esbarra na impossibilidade que decorre da confidencialidade da relação cliente-advogado. No processo judicial, propondo ao dispositivo uma interpretação restritiva: ROQUE, Andre Vasconcelos. *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; DIDIER JÚNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 472-473.

*tation* bem demonstra as inúmeras situações de potencial conflito que podem surgir. De outro lado, mesmo não se admitindo amizade íntima ou inimizade entre árbitros e advogados, é de se reconhecer que as relações entre tais profissionais se estabelecem de modo e em parâmetros diferentes, não apenas autorizando, mas praticamente impondo que árbitros e advogados se relacionem. Porque é desta confiança, que no mais das vezes decorrerá de contatos profissionais ou acadêmicos prévios, que surgirá o incentivo para a indicação dos árbitros. Se assim é, é evidente que o processo arbitral convive e admite outro parâmetro de relacionamento entre julgadores e advogados. Repita-se. Não se admite ou tolera relacionamentos íntimos, que possam impactar a independência do julgador. Mas é esperado que haja um grau de relacionamento suficiente para justificar a escolha dos profissionais que, por sua especialidade, experiência e por suas características humanas, será considerado um julgador apropriado para aquele caso concreto.

Ademais, diante da autonomia da vontade que permeia o processo arbitral, é possível que as partes, mesmo sabedoras de alguma relação mais próxima entre árbitro e partes, ainda assim decidam pela indicação do profissional.<sup>516</sup> A renúncia a situações de possível conflito é inerente à liberdade que caracteriza a arbitragem. Uma vez mais, a locução “no que couber” do artigo 14 da Lei de Arbitragem é relevantíssima, devendo o intérprete sempre ter em mente estas especificidades.

Questão interessante é a de examinar duas disposições legais específicas do Código de Processo Civil. A primeira, do artigo 144, §2º, que veda a *criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz*. A segunda, o § 2º do artigo 145, de que será ilegítima a alegação de suspeição quando houver sido provocada por quem a alega ou quando a parte que a alega houver praticado ato que signifique manifesta aceitação do arguido. Não se pode dizer que a Lei de Arbitragem remeta a estes dispositivos, porque só se refere às hipóteses de impedimento ou suspeição. Mas parece difícil sustentar que tais regras não se apliquem ao processo arbitral, do que resultaria a conclusão possível de que, na arbitragem, as partes poderiam criar causas supervenientes de impedimento, ou se beneficiar de causas de suspeição que elas próprias causem.

Se isto não pode ocorrer no processo arbitral, mas se isso não decorre da autorização expressa de aplicação do CPC contida no artigo 14 da Lei de Arbitragem, qual a justificativa para a importação daquelas noções ao processo arbitral? Este é mais um exemplo das situações reguladas por normas processuais gerais, cuja aplicação ao processo especial é possível, diante da omissão do texto normati-

<sup>516</sup>. ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. *A imparcialidade do árbitro*, cit., p. 244.

vo especial. As normas atuam de forma coordenada, funcionando a norma geral como um complemento da regulação do processo especial.<sup>517</sup>

Em termos operacionais, porque árbitros não estão, *a priori*, lotados em um órgão jurisdicional, a verificação da ausência de impedimentos se faz em cada caso concreto, mediante o preenchimento de questionários, que as próprias partes podem formular ou, mais comumente, são elaborados pelas instituições arbitrais. Além das informações solicitadas, que podem variar de instituição para instituição, os árbitros têm o dever de revelar circunstâncias que possam gerar dúvidas justificadas quanto à sua independência e imparcialidade.

A lei brasileira se vale propositadamente de um conceito aberto, mas objetivamente aferível, o da dúvida justificada. A doutrina vem se dedicando a estabelecer os parâmetros desta regra, complementada pelas decisões dos tribunais. A aferição da dúvida razoável é feita tanto do ponto de vista das partes envolvidas, quanto de um terceiro, um observador objetivo dos aspectos do conflito. Em tempos recentes, talvez fruto da expansão da arbitragem (que traz aspectos positivos e negativos), casos emblemáticos foram enfrentados pelo Judiciário brasileiro, nem sempre com a melhor compreensão das nuances do tema<sup>518-519</sup>.

É preciso ter clareza quanto a dois aspectos, que, a um só tempo, representam as especificidades do processo arbitral e também demonstram a necessidade de interpretá-lo à luz dos conceitos e parâmetros processuais da teoria geral do processo. O primeiro aspecto é que a violação ao dever de revelação não é caracterizada, na Lei de Arbitragem, como causa única e exclusiva para a anulação de sentenças arbitrais. Não obstante ser claramente um dever dos árbitros, a sua violação não

517. BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 2ª ed., pp. 95-96.

518. No caso da Apelação Cível nº 1076161-35.2017.8.26.0100, julgado em 08.09.2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou a anulação de sentença, no caso em que a árbitra deixou de revelar informações sobre sua atuação em processo judicial em favor de uma das partes, reconhecendo, corretamente, que se tratava de caso anterior, que o vínculo havia sido desfeito, que não havia percepção de honorários e que a informação, pública, poderia ter sido buscada pela parte durante o tramite da arbitragem. Cheguei a emitir parecer sobre o caso em sentido oposto, mas examinadas as circunstâncias concretas e tendo refletido mais sobre o assunto, reputo ter sido correta a decisão pela manutenção da sentença arbitral.

519. Já no caso da Apelação Cível nº 1056400-47.2019.8.26.0100, julgado em 25.08.2020, o Tribunal de Justiça de São Paulo erroneamente anulou sentença, considerando ter havido violação ao dever de revelação consistente no fato de o árbitro presidente ter sido, após sua nomeação, indicado por uma das partes para funcionar como árbitro em um segundo procedimento, cujo objeto não se relaciona com o primeiro. O erro é duplo, porque considerou revelável um fato que, segundo parâmetros internacionais, nem precisaria ser revelado, e reputou que a violação a este dever de revelação gerava, *ipso facto*, a anulação da sentença arbitral.

gera, *ipso facto*, alguma consequência direta. Será preciso sempre verificar se, da não revelação de algum fato, houve impactos na imparcialidade e independência do árbitro que violou o dever de revelar. É muito perigosa a tendência que se observa de criar uma associação automática entre tais figuras, porque o argumento passa a ser uma espécie de “bala de prata”, que todo litigante perdedor tentará se valer, para impugnar decisões arbitrais. Para certas finalidades estratégicas, ganhar ou perder a ação anulatória é o que menos importa, porque a instabilidade se fará presente, ao menos durante os longos anos de tramitação desta demanda.<sup>520</sup>

Em julgado recente, proferido por uma das Varas Especializadas em Conflitos Empresariais e de Arbitragem, do Tribunal de Justiça de São Paulo, a questão recebeu adequado tratamento. Não obstante ter reconhecido a violação ao dever de revelação, examinou as circunstâncias relativas ao fato não revelado e concluiu, com apoio no Enunciado 110 da II Jornada da Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho da Justiça Federal,<sup>521</sup> que os fatos específicos que deixaram de ser revelados não configuravam hipótese de perda da imparcialidade ou independência, considerando a sua relevância e a distância, no tempo, entre a sua ocorrência e a arbitragem na qual eles deixaram de ser informados. Por tais razões, mesmo reconhecendo a violação ao dever de revelação, rejeitou o pedido de anulação da sentença arbitral.<sup>522</sup>

Ademais, a este tema se aplica a regra processual da instrumentalidade, representada pelo brocardo *pás de nullité sans grif*. Nem toda violação ao dever de revelação resultará em prejuízo para as partes. Basta pensar que se a violação aproveitar ao vencedor da demanda, ele não tomará providências a respeito e, certamen-

520. Segundo Ricardo Dalmaso Marques: “Não se defende, por evidente, que a mera quebra do dever de revelação isoladamente analisada ou uma quebra puramente subjetiva da confiança devam dar azo ao afastamento do árbitro ou à invalidação da sentença arbitral. Não existe uma quebra de confiança per se ou subjetivamente analisada que importe qualquer consequência tão extrema, até porque não se pretende dar ainda mais armas para impugnações frívolas e outras táticas de guerrilha que se tem visto. Mas tampouco se ignora que, tendo em vista a autoridade do dever de revelação para o processo arbitral, o peso que se dá à sua violação é crucial também para a legitimidade de todo o sistema; de um lado, soluções muito extremas podem incentivar ataques indevidos, e, de outro, propostas demasiadamente lenientes podem importar um despreço nocivo ao adequado exercício do dever de revelação.” (DALMASO MARQUES, Ricardo. *O dever de revelação do árbitro*. Coimbra: Almedina, 2018. p. 281).

521. Enunciado 110: “A omissão do árbitro em revelar às partes fato que possa denotar dúvida quanto à sua imparcialidade e independência não significa, por si só, que esse árbitro seja parcial ou lhe falte independência, devendo o juiz avaliar a relevância do fato não revelado para decidir ação anulatória”.

522. Processo nº 1093678-77.2022.8.26.0100, 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem, julgado em 27.04.2023.

te, será considerado carecedor da ação por falta de interesse processual, se o fizer. Mas essa lógica se aplica também ao vencido, porque o fato da sucumbência não decorrerá necessariamente desta violação ao dever de revelação. Será preciso averiguar se o fato não revelado constituía, em princípio, causa de impedimento. Se não constituía antes, o fato de não ter sido revelado não o converte em causa de impedimento depois. E mesmo se constituía, poderá haver circunstâncias que demonstrem que, não obstante, o processo transcorreu de modo regular e o fato não revelado não teve influência no julgamento da demanda. O tema não comporta generalizações, e a mais perigosa delas é considerar que a violação ao dever de revelação configura, sem outras investigações, imparcialidade dos árbitros e consequente nulidade da sentença arbitral. Ou que a não revelação de alguma circunstância autoriza, *ipso facto*, a remoção do árbitro indicado.

De toda sorte, a evolução a respeito dos parâmetros do que deve ou não ser revelado é evidente. O Código de Processo Civil de 2015 propôs novos parâmetros que, direta ou indiretamente, influenciam o modo de ser das revelações e das causas de impedimento dos árbitros. As relações entre árbitros e advogados, que em linha de princípio estão excluídas de aferição (porque o *caput* do artigo 14 se refere a árbitros e partes), vem sendo objeto de escrutínio, porque quase sempre é destas relações que se pode estabelecer algum questionamento sobre a independência dos árbitros. Basta pensar em escritórios de advocacia que repetidamente nomeiam o mesmo árbitro, ainda que a cada vez, para uma disputa diferente, de clientes diferentes. Não haverá relações com as partes, mas o excesso de nomeações pode fazer surgir, para o árbitro, um fluxo relevante de nomeações e remunerações, daí resultando impactos na sua capacidade de decidir de forma isenta, pelo temor de desagradar os advogados que promovem sua nomeação.

Este problema se coloca, aliás, mesmo em nomeações isoladas. Há sérias críticas ao método de nomeação dos árbitros pelas partes, pois há quem veja nesse modelo um potencial risco à isenção dos árbitros. Não obstante a lei exija imparcialidade e independência de todos os árbitros, independentemente da origem da sua nomeação ou do papel que ocupam, pesquisas indicam, no plano internacional, que os árbitros indicados pelas partes tendem a acolher os argumentos das partes que os nomearam. Disso resulta, segundo certas vozes, que apenas o árbitro presidente é verdadeiramente isento.<sup>523</sup>

---

523. Antonio Pinto Leite, em texto sobre a perspectiva da arbitragem internacional, observa que, em se tratando do “papel de tradução cultural” do árbitro em um procedimento internacional, o coárbitro poderia ter uma ligação com uma das Partes. Porém, no caso do árbitro presidente, essa ligação seria inadequada mesmo quando pensamos que a imparcialidade exige dos árbitros decisões com base nos fatos e na legislação aplicável. Para o doutrinador a não ligação cultural

Não posso concordar com semelhante construção. Primeiro, porque generaliza fenômenos que podem se verificar, mas são em proporção que não justifica a eliminação de um dos importantes pilares da arbitragem, que consiste justamente no direito de as partes escolherem seus julgadores. Segundo, porque o parâmetro legal não difere os árbitros em relação à origem da sua nomeação, devendo todos ser e manter-se imparciais e independentes durante todo o procedimento. Terceiro, porque a condução correta dos casos e o estabelecimento de etapas de efetiva discussão e deliberação pelos árbitros (tarefa que compete, sobretudo, ao presidente) são o mecanismo mais adequado para o processo decisório. A dialética, o debate e as divergências são inerentes ao processo, e muitas vezes, é justamente por meio delas que se alcançam decisões de qualidade. O voto divergente é uma qualidade do processo arbitral, deve ser aceito e respeitado.<sup>524</sup>

O que é inaceitável é a conduta parcial, o favorecimento, o viés em favor de uma parte (porque o julgador conhece o advogado ou por qualquer outra razão), que turva o processo decisório e impede que as partes tenham igual capacidade de influir no juízo a ser feito sobre a causa. Mas este tema é universal, não exclusivo do processo arbitral, e cada modalidade de processo deve buscar aprimorar seus mecanismos de controle, sempre. Os danos reputacionais que um árbitro venal ou tendencioso sofrerá são uma das ferramentas possíveis, e não obstante a confidencialidade que caracteriza os processos arbitrais em geral, essas circunstâncias acabam

---

e nacional do Árbitro Presidente com uma das partes assegura um processo equitativo, aceitável e de qualidade. LEITE, Antonio Pinto. Independência, imparcialidade e suspeição de árbitro, cit., p. 114. Pelas razões expostas no texto, ousou divergir desta posição, tanto nas arbitragens nacionais, como nas internacionais.

524. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2. ed. Nova Iorque: Kluwer Law International, 2014. p. 3052: "An almost inevitable consequence of the possibility of majority awards is the possibility of "separate" or "dissenting" views by individual members of the arbitral tribunal. One mechanism for indicating disagreement or dissent is for the arbitrator simply to decline to sign the award in question. Under most modern arbitration legislation, this will not prevent the award from being final, or from being an "award," but will signify the arbitrator's personal disagreement with his colleagues' conclusions.

Nevertheless, consistent with the tradition of requiring reasoned awards, and often for reasons of professional pride, some arbitrators wish to go further and explain the reasons for their dissent. This is sometimes expressed in the form of a separate or dissenting statement or opinion, which is often annexed to the tribunal's award.

Notably, a dissenting or concurring opinion is not part of the award, nor is it another or independent award; rather, it is merely a separate statement by the dissenting arbitrator, without any of the legal consequences of an award. Separate, dissenting and concurring opinions are common in both litigation and arbitration in some legal systems; they are somewhat less common in international commercial arbitration, particularly in civil law regimes."

sendo reveladas informalmente no âmbito da comunidade profissional, encurtando a carreira de semelhantes profissionais.

## 2.7 Juiz natural

O artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem menciona o livre convencimento motivado como quarto princípio a ser sempre observado no processo arbitral. A ele será dedicado um dos tópicos seguintes. Como o princípio do juiz natural guarda estreita ligação com a ideia da imparcialidade, reputo ser mais conveniente tratar deste princípio logo após o tópico sobre imparcialidade.

Como dito, extrai-se o princípio do juiz natural das previsões constitucionais de que *não haverá juiz ou tribunal de exceção* (art. 5º, XXXVII) e de que *ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente* (art. 5º, LIII). A doutrina ressalta a sua importância como forma de garantir a imparcialidade dos juízes. Nelson Nery ressalta três aspectos da garantia do juiz natural: primeiro, que não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, o que significa dizer que os órgãos do Estado encarregados das atividades jurisdicionais devem ser constituídos antes de ocorrer o fato a ser julgado, com atribuição de competência abstrata e geral; segundo, que todos têm o direito de se submeter a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na forma da lei e, por fim, que o juiz competente deve ser imparcial.<sup>525</sup>

Estas são noções importantes, que permitem que se desenhe um quadro geral de proteção dos cidadãos contra o abuso do poder do Estado, contra arbítrios. Daí porque a própria Constituição Federal se encarrega de prever a existência e a competência das várias espécies de Justiça (federal, estadual, comum, militar, do Trabalho etc.) e dos seus respectivos órgãos julgadores. Mas são regras pensadas para a estrutura do Estado, para o modelo de administração de Justiça que é prestado por órgãos estatais.<sup>526</sup> Estas circunstâncias, de um lado, não podem ser repli-

525. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, cit., p. 166. O autor observa que o Brasil adota o princípio do juiz natural desde a Constituição Imperial de 1824. Após discorrer sobre suas características e elementos, Nery afirma, acertadamente, que a escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não ofende o princípio do juiz natural. (p. 191).

526. Diferentemente, em Portugal, a Constituição reconhece a possibilidade de existirem tribunais arbitrais (art. 209, II), mas a doutrina ressalva que isso não significa que eles integrem a estrutura jurisdicional dos tribunais estaduais. Para Manoel Barrocas, tribunais arbitrais não são órgãos institucionalizados, mas constituídos para dirimir um litígio particular, extinguindo-se logo após proferir a decisão. São órgãos privados, constituído por pessoas privadas “que apenas dispõem de poderes transitórios dados pelas partes e baseados na lei” (BARROCAS, Manoel.

cadadas fora da estrutura estatal e, de outro, não impedem que haja atividade jurisdicional prestada por julgadores escolhidos pelas partes.

Segundo a compreensão generalizada do princípio do juiz natural, a submissão ao Poder Judiciário se dá de acordo com as regras legais, inclusive constitucionais, que estabelecem quais são os órgãos encarregados dos julgamentos. Uma das formas de controlar a autoridade do Estado e frear eventuais ímpetos não democráticos é a de estabelecer, objetivamente, a existência, composição e competência dos órgãos jurisdicionais, de forma anterior e antecedente aos conflitos que venham a ser julgados. Assim, sabe-se de antemão quais as matérias de competência do Supremo Tribunal Federal, ou de uma vara distrital da Justiça de um dos Estados brasileiros. As Partes, diante de um conflito, observarão tais regras de competência e submeterão seus litígios ao órgão adequado, não lhe sendo permitido escolher o tribunal, o juízo ou o julgador para suas causas.

A exigência de atribuição do julgamento da causa a julgadores competentes e imparciais se faz presente em todas as modalidades de processos jurisdicionais, mas na arbitragem, afasta-se completamente da ideia de que o órgão julgador deve existir e estar constituído antes mesmo do surgimento do litígio. Se esse cuidado se faz necessário no processo estatal, no arbitral o tema se coloca em outros termos, porque o princípio deve ser compatibilizado com a autonomia da vontade e com a concepção de que as partes podem, na máxima extensão possível, escolher a pessoa dos(as) árbitros(as) que irá julgá-las. Este é, aliás, um dos elementos que constituem o traço distintivo da arbitragem. A escolha, pelas partes, dos seus julgadores se faz, no mais das vezes, segundo as regras eleitas pelas próprias partes ou pelo regulamento da instituição arbitral escolhida. Em todos esses cenários, a cronologia se inverte, comparando-se com o processo estatal.

Na arbitragem, requerente e requerido formulam, resumidamente, as suas pretensões recíprocas, antes do momento oportuno para a escolha dos árbitros. Nas arbitragens institucionais, o que se conhece de antemão é a instituição que administrará o procedimento. Os árbitros serão escolhidos depois e, quase sempre, a sua especialidade e o conhecimento acerca da matéria sob disputa são elementos levados em consideração para a escolha. Dito de forma simplificada, as regras do processo estatal vedam que as partes escolham a figura dos seus julgadores, ao passo que as regras do processo arbitral convidam as partes para que façam exatamente isso.

Nem por isso, contudo, se deve considerar que o processo arbitral se aproxime da ideia de um tribunal de exceção. Afora a conotação negativa da expressão,

---

A razão por que não são aplicáveis à arbitragem nem os princípios nem o regime legal do processo civil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 52, 2017, p. 369).

o que se pretende evitar aos proscrever juízos ou tribunais de exceção é o abuso, a tirania, a opressão. A atividade jurisdicional é essencialmente desinteressada. Os julgadores não podem querer que certo resultado se produza, e parte dos mecanismos instituídos para evitar tais resultados é, no plano estatal, evitando a escolha dos julgadores pelos jurisdicionados.<sup>527</sup> No processo arbitral, que se dedica a dirimir conflitos sobre direitos disponíveis e, quase sempre, complexos, a liberdade assegurada às partes é a de excluir a solução estatal para seus conflitos e, como corolário lógico, permitir a escolha dos julgadores, que devem possuir, contudo, as mesmas características de equidistância e imparcialidade.

A *terzietà* dos julgadores em relação às partes é pressuposto de todo e qualquer método heterocompositivo. Na arbitragem, isso se preserva, mas se assegura a possibilidade de escolha dos árbitros.

Portanto, o princípio do juiz natural se manifesta igualmente no processo arbitral, não para impedir que julgadores sejam escolhidos após o surgimento do litígio, mas para impor o respeito à competência dos árbitros, que recebem jurisdição delimitada na convenção de arbitragem.<sup>528</sup> Nesse sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, entendendo “que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, mas ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes”.<sup>529</sup>

## 2.8 Fundamentação das decisões

Situado no capítulo dedicado ao Poder Judiciário na Constituição Federal, mais especificamente no artigo 93, IX, o princípio da fundamentação ou motivação não deve ser entendido apenas como um dever inerente aos magistrados, ou relacionado aos processos judiciais.<sup>530</sup> Pela fundamentação, as partes exercitam o

527. Com a ressalva da possibilidade de eleição de foro para certas circunstâncias. Contudo, tal liberdade tem incidência limitada às hipóteses de competência territorial e, portanto, relativa.

528. FICHTNER, MANHHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 171.

529. STJ, 1ª. Seção, MS 11.308/DF, Min. Luiz Fux, j. 09.04.2008, DJ 19.05.2008. Do acórdão, extrai-se que: “A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, mas ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem.”

530. FICHTNER, MANHHEIMER e MONTEIRO sustentam que, não obstante a localização do dispositivo no capítulo sobre o Poder Judiciário, esse princípio constitucional se dirige a qualquer atividade decisória, abrangendo a arbitragem. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 183.

controle sobre a atividade do julgador, têm condições de aferir se seus argumentos foram levados em consideração, se houve respeito ao contraditório. A fundamentação parametriza a irresignação da parte, em determinados tipos de recursos, ditos de fundamentação vinculada. Nos recursos de fundamentação livre, ela constitui o objeto específico da crítica, não sendo admissível um recurso que deixe de invocar as razões específicas para a reforma da decisão (CPC, art. 1.010, III).<sup>531</sup> Quanto ao processo administrativo, o próprio artigo 93, X, cuida de explicitar essa exigência. As decisões do processo arbitral devem ser igualmente fundamentadas, por interpretação destes dispositivos constitucionais. Ademais, há regra legal específica na Lei de Arbitragem, que exige que a sentença tenha uma seção dedicada aos fundamentos, *onde serão analisadas as questões de fato e de direito*. Ainda que com o emprego de outras palavras, a sentença arbitral repete o modo estrutural da sentença judicial, acrescentando-se a exigência de indicação do local e data da sua prolação, o que é relevante para a determinação da nacionalidade da sentença (LArb, art. 34, parágrafo único).

Porque a fundamentação, no ordenamento brasileiro, tem matriz constitucional, predomina a percepção de que nenhuma decisão de natureza jurisdicional pode ser proferida sem fundamentação. E esta constatação deve ser aplicada ao processo arbitral, inclusive por conta da sua disposição legal específica. Mais do que isso, a fundamentação se estende às decisões interlocutórias proferidas no processo arbitral.<sup>532</sup>

Também por conta desta relevância, considera-se que a motivação integra a noção de ordem pública internacional do Brasil, isto é, aquela exigida pelo ordenamento brasileiro para o reconhecimento da eficácia de sentenças estrangeiras em território nacional.<sup>533</sup> No âmbito das relações que o país estabelece com outros ordenamentos jurídicos, mesmo se admitindo que possa haver sistemas que dispensam a motivação em certos casos, o mínimo que a ordem jurídica brasileira tolera é a existência de decisões com fundamentação enxuta, mas não será reconhecida

531. ARRUDA ALVIM: "Conquanto não se recorra de fundamentos, mas da conclusão, os fundamentos hão de ser atacados também, como premissas do pedido de reforma da decisão" (*Manual de direito processual civil*, cit., p. 1133).

532. FICHTNER, MANHHEIMER e MONTEIRO. *Teoria geral da arbitragem*, cit., p. 182-183.

533. Sobre a distinção entre ordem pública interna e internacional, ver APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e processo*, cit., p. 53-56. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *Arbitragem comercial internacional e ordem pública*. São Paulo: Editora Renovar, 2005. p. 25-28. MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília. *Homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira no Brasil: exceção de ofensa à ordem pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 34-54.

no Brasil a decisão sem qualquer fundamentação. Nem mesmo a eventual autorização das Partes para a prolação de sentença imotivada supre esse requisito, que integra a noção de devido processo legal em nosso ordenamento e escapa à disponibilidade das partes.<sup>534</sup>

No capítulo seguinte, que pretende examinar algumas aplicações práticas das premissas estabelecidas nesta tese, será enfrentada a questão acerca da aplicabilidade, ao processo arbitral, do artigo 489 do Código de Processo Civil.

## 2.9 Vedação às provas ilícitas

Determina a Constituição Federal, no art. 5º, LVI, que *são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos*. Não há ressalvas ou especificações quanto a tipos de processos. O comando é geral, nem se limita aos processos jurisdicionais, muito menos ao processo penal ou civil estatal. O comando também não distingue ou limita algum tipo de prova. Todas as provas ilícitas são vedadas.

A inadmissibilidade das provas ilícitas, determinada pela norma constitucional, deve assim ser compreendida como um princípio geral aplicável a todos os tipos de processo, públicos ou privados, jurisdicionais ou não. A ilicitude diz respeito às fontes de prova, aos meios de prova, e abrange tanto as provas materialmente ilícitas como as processualmente ilícitas.<sup>535</sup> A prova ilícita deve ser desentranhada dos autos e desconsiderada para todos os fins. Mais do que isso, os fatos revelados por provas ilícitas não podem ser considerados pelo julgador no julgamento da demanda.

Estas considerações são aplicadas indistintamente ao processo estatal ou arbitral.<sup>536</sup> Relativamente ao processo estatal, a regra que determina a admissibilidade de “todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código”, pode ser interpretada como a confirmação, a *contrario sensu*, da vedação absoluta às provas ilícitas.<sup>537</sup> No processo arbitral, as disposições acerca das provas, no artigo 22, não contém particularidades que permitam identificar alguma tomada de posição a respeito. E como já afirmado em outras passa-

534. Contra, admitindo que as partes autorizem os árbitros a decidir a controvérsia sem motivação, MAGALHÃES, José Carlos de. Os deveres do árbitro, cit., p. 233.

535. Remeto o leitor ao meu *Comentários ao Código de Processo Civil: das provas, disposições gerais*, p. 96.

536. RICCI, Edoardo. *Lei Brasileira de Arbitragem...* cit., p. 31.

537. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil: das provas, disposições gerais*, cit., p. 76.

gens, isso nem seria necessário, pois tratando-se de comando fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, sua aplicação ao processo arbitral é inequívoca.

O tema se mostra de particular interesse para o processo arbitral, com alguma casuística na arbitragem internacional e também em disputas no Brasil em que se discutem os limites éticos da atuação das partes. A complexidade e o vulto de certos casos parecem atrair condutas questionáveis, não sendo incomum as notícias sobre a gravação clandestina de conversas, invasão de arquivos da contraparte ou mesmo dos árbitros. Os sistemas jurídicos, de um modo geral, rejeitam semelhantes comportamentos, porque a boa-fé é um princípio geral com natureza verdadeiramente transnacional. Independentemente de previsões específicas, como a do direito brasileiro, fato é que as provas ilícitas contrariam a noção mais geral de um devido processo e não são admitidas.

Mas a prescrição normativa e a aceitação generalizada da impossibilidade de uso de provas ilícitas não eliminam a necessidade de, concretamente, examinar situações em que o problema se põe. Em primeiro lugar, fora do plano da legalidade, mas talvez com nuances relativas à moralidade da prova, situam-se as gravações realizadas pelos próprios interlocutores, sem o conhecimento dos demais participantes. É razoavelmente comum que provas dessa natureza se apresentem em procedimentos arbitrais. Elas são admitidas, ainda que possam surgir controvérsias sobre a boa-fé da parte que registrou reuniões ou conversas sem o conhecimento do interlocutor.

Mais graves são as situações de quebra de sigilo de correspondências, sobretudo as eletrônicas. A obtenção indevida de dados mediante o acesso a e-mails ou a invasão de servidores, por exemplo, são práticas das quais se conhece, sobretudo em arbitragens internacionais de vulto.<sup>538</sup> Regra geral, estes elementos de prova deverão ser desconsiderados e o tribunal arbitral, além de advertir as partes sobre a reprovabilidade destas condutas, deve levar esse fato em consideração no momento de proferir a sentença, para fins da atribuição de responsabilidade pelos custos com o processo.

Por outro lado, o raciocínio comumente estabelecido para fins do processo estatal, de que a vedação às provas ilícitas não é absoluta, porque valores igualmente relevantes podem estar em jogo, a autorizar o típico trabalho de ponderação

<sup>538</sup>. Tais práticas podem consideradas como *táticas de guerrilha* que, como explica Caio Campello de Menezes, podem envolver métodos de controle de informação (telefones grampeados, contratação de *experts* de tecnologia para acessar computadores etc.) e fraudes, entre outros. MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. XII, p. 82-107, 2015.

entre os princípios, encontra menor espaço no processo arbitral, porque as disputas são, em geral, sobre temas contratuais ou empresariais, e necessariamente sobre direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode fazer, para este tipo de disputa, raciocínios que normalmente se explicam em relação de família ou com elevada carga de indisponibilidade. Assim, a ponderação dos valores em conflito, no processo arbitral, tende a fazer prevalecer a vedação às provas ilícitas.

Em qualquer caso, além da previsão constitucional já referida, penso que em todos os processos de natureza jurisdicional devam ser observados os parâmetros trazidos pelo Código de Processo Penal (art. 157), no qual se estabelece que as provas ilícitas devem ser desentranhadas do processo e que a ilicitude se estende às provas derivadas da prova ilícita,<sup>539</sup> o que representa a incorporação, ao plano legal brasileiro, do que se costuma denominar “teoria dos frutos da árvore contaminada”.<sup>540</sup> Também aqui, não obstante não haver a remissão expressa da Lei de Arbitragem a dispositivos do Código de Processo Penal, salvo melhor juízo, é improvável que se construa para o processo arbitral uma solução que proíba as provas ilícitas, mas excepcione a admissibilidade de provas derivadas.<sup>541</sup> O núcleo duro das regras processuais aplicáveis ao processo arbitral contempla semelhante proibição, ainda que regulada apenas no Código de Processo Penal. Para esta finalidade específica, aquela disposição funciona como a norma geral, aplicada aos processos regulados por leis especiais.

## 2.10 *Duração razoável do processo*

A duração razoável do processo foi inserida como garantia constitucional por meio da Emenda Constitucional 45/2004. Não obstante tenha status constitucional e seja uma das garantias do mesmo art. 5º, o princípio tem sua razão de ser e seu campo de atuação precípuo nas atividades do Estado, pois é a ele que compete estruturar-se e promover iniciativas para que os processos judiciais se processem em tempo razoável.

Ao comentar a inclusão do inciso LXXVIII no artigo 5º pela EC 45/2004, José Rogério Cruz e Tucci explica que “segundo a mesma orientação que norteou as regras dos arts. 5º, LV e 93, IX e X da CF/1988, no sentido de garantir, respectivamente, a ampla defesa e o contraditório, a motivação das decisões e a publicidade do procedimento tanto na esfera judicial quanto administrativa, o novo texto constitucional agora contempla a garantia do processo, judicial e administra-

539. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal*, cit., p. 236-237.

540. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Comentários ao Código de Processo Civil*, cit., p. 108.

541. FIGUEIRA JR., Joel Dias. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 274.

tivo, sem dilações indevidas. Assegura, outrossim, a implementação de meios que garantam a economia e a celeridade processual”.<sup>542</sup>

O processo arbitral, por suas peculiaridades, por ser concebido para disputas particularizadas, não deve ser pautado nos mesmos parâmetros. É claro que isso não significa que não se deva imprimir a máxima eficiência possível ao processo arbitral, mas apenas que o modo de realização daquele princípio se expressa por mecanismos diferentes.

A Lei de Arbitragem alude à noção de eficiência do árbitro, em dispositivo que é anterior à Emenda Constitucional, mas que pode ser a ela associado, constituindo-se uma das formas com que, no processo arbitral, se busca assegurar sua razoável duração. Da mesma forma, instituições arbitrais editam seus regulamentos procurando imprimir bom ritmo aos procedimentos, contemplam um procedimento diferenciado para “arbitragens expeditas” e costumam editar notas e roteiros com recomendações de adequado gerenciamento dos casos, a serem seguidos pelos árbitros.<sup>543</sup> Mas essas circunstâncias se explicam mais pela preocupação em prestar bons serviços, do que propriamente para obedecer ao comando constitucional.

A eficiência do processo arbitral é um valor jurídico, um comando normativo, que se inspira e dá cumprimento à razoável duração do processo, com todas as adaptações e ressalvas porque o modo de sua implementação é completamente diverso quando comparado ao processo estatal.<sup>544</sup>

## 2.11 Publicidade

A publicidade configura a regra geral dos processos estatais, prevista na Constituição não como uma garantia fundamental, mas como uma exigência da atuação dos órgãos do Estado (CF, art. 5º. art. 93, IX). Mas no processo arbitral,

<sup>542</sup>. CRUZ E TUCCI, José Rogério. Garantias Constitucionais da duração razoável e da economia processual no Projeto do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 192, 2011. p. 195.

<sup>543</sup>. Nathália Lamas observa que o regulamento da CCI consagra a condução eficiente do processo, o que faz a autora falar em princípio da eficiência. LAMAS, Natália Mizhari. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem, cit., p 27-59. Penso que, no contexto de um regulamento específico, tais disposições preservem sua utilidade, mas nem por isso erigem o preceito à condição de um princípio do processo arbitral.

<sup>544</sup>. Para Montoro, a celeridade, mesmo não prevista na Lei de Arbitragem, é uma baliza, uma garantia mínima, “que deve ser respeitada quando se cria ou se adapta (modifica) regra procedimental arbitral”. O dever de diligência do art. 13 é, indiretamente, a consagração da necessidade de observar a celeridade. MONTORO, Marcos. *Flexibilidade do procedimento arbitral*, cit., p. 216-217.

ela é a exceção. Apenas as arbitragens envolvendo a Administração Pública são necessariamente regidas pelo princípio da publicidade. Quanto às demais, a lei é silente e, na prática, prevalece a combinação da confidencialidade. O princípio da publicidade, na seara arbitral, cede diante do princípio da autonomia da vontade, mesmo sendo aquele expressamente previsto no texto constitucional, e este, inferido de outras disposições constitucionais.<sup>545</sup>

Há, ademais, a previsão na Lei de Arbitragem de que o árbitro deverá agir com discricção.<sup>546</sup> E esse dever se verifica, na verdade, mesmo nos casos em que prevaleça o princípio da publicidade. Pode-se até dizer que a discricção é um atributo esperado também dos juízes estatais, independentemente de previsão legal específica. Mas fato é que, no processo arbitral, existe o comando normativo, que deve ser sempre observado.

Em tempos mais recentes, vem surgindo reivindicações de maior transparência na arbitragem. O tema é importante, merece séria consideração, mas é preciso ponderar bem os seus múltiplos aspectos, identificar corretamente o problema – se é que há algum – e então propor soluções que resolvam este problema, ao invés de criar outros.

A confidencialidade da arbitragem é um parâmetro mundial. Na maior parte dos sistemas, e na prática de diversos outros lugares, prevalece a escolha das partes por processos que tramitam sob o signo da confidencialidade. Isto se dá por conveniência das partes, considerando os temas sob disputa, que quase sempre correspondem a segredos dos negócios, estratégias comerciais e informações que podem ser submetidas ao sigilo, sem qualquer prejuízo, no plano mais geral, à publicidade que pauta os sistemas de justiça.<sup>547</sup> Como já dito, ainda que compartilhe dos mesmos escopos, a jurisdição arbitral é privada e enfatiza a solução do caso concreto, sem as mesmas preocupações com a Administração da Justiça, o que é traço típico dos Estados.

545. Como por exemplo a livre iniciativa e a liberdade negocial. Cândido Rangel Dinamarco diz que a autonomia para escolher árbitros decorre (é filha) da liberdade negocial que emerge da ampla garantia constitucional da liberdade, conforme art. 5º, *caput*, inciso II da CF. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*, cit., p. 48/49.

546. ALVES, Rafael Francisco. *Árbitro e Direito: o julgamento do mérito na arbitragem*. 2018, p. 25.

547. APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho, JASPER, Caio Bianco. Visão crítica das decisões que afastam a confidencialidade dos processos judiciais sobre matéria arbitral. In: GIUSTI, Gilberto; BARALDI, Eliana; ALMEIDA FILHO, Eduardo e VAUGHN, Gustavo *Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre as jurisdições arbitral e estatal*. Editora Migalhas, no prelo.